

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA

Maicon Pablo Franco Páscoa

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL À LUZ DO ECA

Paranaíba/MS
2015

Maicon Pablo Franco Páscoa

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL À LUZ DO ECA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba como exigência parcial para bacharelado no curso de Direito.

Orientador. Prof. Me. Aires David de Lima

Paranaíba/MS
2015

MAICON PABLO FRANCO PÁSCOA

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL À LUZ DO ECA

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Aires David de Lima (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Profa. Me. Denise Corrêa da Costa Machado Beserra
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Esp. Bruno Augusto Pasian Catolino
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, ao meu pai Miguel Aparecido de Oliveira Páscoa e à minha mãe Nilza de Fátima Aparecida Franco Pascoa, pois sem eles não seria possível chegar até aqui.

Aos meus filhos, que tem sido minha inspiração, Kaiky e Gabrielly.

A meu irmão Jeferson Cristian.

Aos meus amigos, em especial a Renato Amorim e Pablo Diego.

A Paulo Rian, que mesmo em pouco tempo me ensinou e continua me ensinando muito sobre a vida.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba, incluindo todo seu corpo docente, direção e administração, por me proporcionar a oportunidade de cursar Direito.

Ao meu orientador, Prof. Mestre Aires David de Lima, pelo direcionamento deste trabalho, pela paciência e por acreditar na minha capacidade.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho. Agradeço pela paciência, compreensão e principalmente pela colaboração, sem a qual seria impossível a realização deste sonho.

O ignorante afirma, o sábio dúvida, o sensato reflete.
(Aristóteles)

A esperança é o sonho do homem acordado
(Aristóteles)

RESUMO

Abordando o posicionamento de alguns doutrinadores e diversos artigos científicos, o presente trabalho tem por objetivo discutir algumas questões relevantes quanto à possibilidade da redução da maioridade penal no Brasil, hoje entendida e positivada aos 18 anos. Discute-se a possibilidade de uma emenda ao artigo 228 da Constituição Federal de 1988 para reduzir esta maioridade para 16 anos. Durante o trabalho versaremos sobre as correntes favoráveis que acreditam ser esta medida a forma mais eficaz na redução da criminalidade que atualmente tem crescido entre os adolescentes. De forma contrária versa a corrente desfavorável que afirma não ser possível por se tratar de uma garantia individual, além de ser uma conquista histórica a proteção integral à criança e adolescente, consagrada na atual Carta Magna e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Direito Constitucional – Redução da maioridade penal – Doutrina da Proteção Integral.

ABSTRACT

Addressing the placement of some teachers and several scientific articles, this paper aims to discuss some important issues regarding the possibility of reducing the legal age in Brazil, today understood and positively valued at 18, notes that there is a possibility of an amendment of Article 228 of the 1988 Constitution to reduce is of age to 16 years, dealing with the favorable currents that believe that this measure is the most effective way of reducing crime that currently is growing daily, mainly about the illegal acts committed by children and adolescents, so contrary deals unfavorable current discusses not be possible because it is an single guarantee, due to the historical achievements over time the current Constitutionthis ensures understanding of the purely biological issue of the individual which is one of the underlying principles, which are listed in the Statute of Children and Adolescents, which is also present in Article 5 of the Brazilian Federal Constitution.

Key-words: Constitutional law - Reduction of legal age - Doctrine of Integral Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PANORAMA HISTÓRICO DA MAIORIDADE PENAL	11
1.1 Ordenações Filipinas	11
1.2 Código Criminal do Império.....	12
1.3 Código Republicano de 1890	13
1.4 Do Código de Menores aos dias atuais.....	14
1.5 Código Penal de 1940.....	15
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	18
2.1 Direitos Fundamentais	18
2.2 Direitos Sociais.....	20
2.3 Clausula Pétreia sobre o artigo 228 da CF/88	22
2.4 Estatuto da Criança e do Adolescente	23
2.5 Princípios inerentes ao ECA.....	26
3 DA IMPUTABILIDADE E DA INIMPUTABILIDADE	30
3.1 Crime X ato infracional	32
3.2 A responsabilidade da criança e do adolescente devido a pratica de atos infracionais	34
3.3 Posicionamentos sobre a redução da maioridade penal.....	36
3.3.1 Argumentos dos que defendem a redução	36
3.3.2 Argumentos dos que são contra a redução	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar de forma sucinta as diferentes concepções sobre a maioridade penal ao longo da história e como, na atualidade, se concebe o direito do Estado de punir os menores de 18 anos.

Para melhor compreensão dos direitos fundamentais e sociais inerentes à criança e ao adolescente, observando a responsabilidade da família na educação dos mesmo para que possam se desenvolver de forma saudável, evitando assim o caminho da marginalidade.

A atual Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, elucida inicialmente sobre a finalidade de instituir um Estado Democrático, desse modo, assegurando e criando direitos e deveres, além de garantias individuais. No artigo 5º a Carta Magna traz os direitos fundamentais que são intrínsecos à pessoa humana. Logo após, em seu artigo 6º, versa sobre os direitos sociais, estes que são de responsabilidade do Estado assegurar.

A Constituição segue o entendimento do Código Penal de 1940 no qual se estabeleceu o fator biológico para determinação da imputação da pena. Tal garantia se encontra positivada no artigo 228 da CF, garantindo assim a proteção a toda criança e adolescente.

Abordaremos as formas diferenciadas pelas quais um adolescente é tratado ao cometer um ato infracional em relação ao adulto, visto que a criança e o adolescente não sofrem imputação prevista no Código Penal, mas estão sujeitas às medidas socioeducativas e protetivas, elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/90) surgiu para regular os dispositivos constitucionais, tendo como objetivo dar cumprimento à defesa dos direitos no que concerne os infanto-juvenis.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente traga a previsão de punição para o adolescente que cometer ato infracional, a opinião pública não dotada de saber jurídico se confunde sobre a inimputabilidade como sendo uma impunidade, sob a influência de posicionamentos sensacionalistas por parte da mídia, o que acaba levando à defesa da redução da maioridade penal.

O presente trabalho se pautará em discorrer sobre a inconstitucionalidade da proposta de redução da maioridade penal, tendo em vista se tratar de cláusulas pétreas, que versam sobre a inconstitucionalidade da PEC, visto que estariam limitando direitos constitucionais, sendo que direitos constitucionais devem ser ampliados e não limitados.

Pretendemos levar o leitor a uma reflexão sobre esse tema apontando as contradições e consequências caso tal medida venha a ser aprovada, visto que nosso sistema prisional funciona como uma escola para o crime e não suportaria receber mais internos.

Este trabalho faz uso de diversos artigos e doutrinas relacionados ao tema, fazendo assim uma análise sobre os pontos positivos e negativos, demonstrando ao final não ser possível a redução da maioria penal em razão de todo o aparato jurídico que recepciona a criança e o adolescente como sujeitos que precisam de proteção.

1 PANORAMA HISTÓRICO DA MAIORIDADE PENAL

O Brasil experimentou pela primeira vez um “golpe de maioridade” na ocasião da abdicação do trono de Imperador por Dom Pedro I:

[...] O golpe da maioridade, ocorrido em 1840, foi uma decisão outorgada pelo parlamento brasileiro declarando o príncipe herdeiro, D. Pedro II, Imperador do Brasil, a despeito da menoridade do príncipe, que impedia sua coroação até 1843, ano em que ele completaria 18 anos. (ANDRADE, s/d, n/p)

Diante da pressão sofrida pela elite e pela ala liberalista, Dom Pedro I veio a deixar o poder diante da enorme crise institucional. Em virtude deste acontecimento o Brasil passa a ser governado sob a regência determinada pela Assembléia Geral. Isto porque o príncipe herdeiro, Dom Pedro II, tinha apenas 6 anos de idade, não podendo assumir o trono.

Com apenas 14 anos de idade Dom Pedro II se torna imperador, o que fora um fato marcante na história, algo que influenciou as mudanças do poder político do Brasil.

Nessa época a Igreja tinha grande influência sobre o Estado com o entendimento de que o homem com apenas 7 anos era apto ao discernimento.

Vejamos o que Marques nos diz sobre discernimento:

Sobre o significado e alcance do discernimento, discordes eram as opiniões dos doutos: se uns o entendiam como a capacidade de conhecer a regra moral, distinguindo o bem do mal, - para outros ele consistia no conhecimento da ilicitude penal do ato. (MARQUES, 1997, p.223).

1.1 Ordenações Filipinas

A Igreja Católica, em meados do século XIX, gozava de forte influência sobre as decisões tomadas pelo Estado. Nessa época o Brasil estava sob a vigência das Ordens Filipinas.

As Ordenações Filipinas entraram em vigor em 1603 em Portugal e no Brasil de 1600 a 1830 que aderiu a este estatuto considerado severo, os quais previam penas de morte, que poderiam variar de enforcamento às mais cruéis como queimar o acusado vivo. O intuito era provocar medo, intimidação, sem distinção de pena e delito. Não havia proporção, ficando a critério do juiz, o que ocasionava a confusão dos interesses do Estado com o da Igreja.

O livro X das Ordenações Filipinas versava sobre a área penal, e em seu título CXXXV discorria sobre a questão da idade penal e o aspecto punitivo. Vejamos:

Titulo CXXXV. Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem. Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-lhe-ha a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse.

E se fôr de idade de dezasete annos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total ou diminuir-lha.

E em este caso olhará o Julgador o modo com que o delicto foi commettido, e as circumstancias delle, e a pêssoa do menor; e se o achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-ha, posto que seja de morte natural.

E parecendo-lhe que a não merece, poder-lhe-ha diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido.

E quando o delinquente fôr menor de dezasete annos cumpridos, posto que o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena.

E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Comum.

É nítido o tratamento rigoroso do Estado para com o sujeito que praticasse algum tipo de delicto, mesmo estando em tenra idade. Nas Ordenações Filipinas os juízes tinham o livre arbítrio podendo aplicar, ou deixar de aplicar a pena.

As Ordenações Filipinas eram conhecidas pela sua severidade, podendo destacar alguns exemplos como o confisco de bens, a morte por esquartejamento, pelo emprego da força, o banimento, dentre outras. Existia um sistema de jovem adulto que vigorava dos dezessete aos vinte um ano, entre esta idade havia possibilidade de ser condenada a morte, porém dependendo da situação poderia ter sua pena reduzida.

Só a partir dos vinte um anos, que se alcançaria a imputabilidade penal plena. A este sujeito era aplicada a pena de morte se fosse o caso.

Havia uma confusão entre infância e adolescência, pois terminava a infância aos sete anos e, sem transição, entrava-se na idade adulta. Confundiam-se crianças e adultos, visto que se considerava o adulto aquele que conseguia viver sem a mãe ou a ama, poucos anos após o desmame, por volta dos sete anos.

1.2 Código Criminal do Império

Com o surgimento do Código Criminal do Império (inspirado no Código Penal Francês de 1810) em 1830, foi adotado o sistema biopsicológico, que considerava a idade de 14 anos a maioridade absoluta, isto porque o infrator estaria ciente do ato praticado, e dentre os 7 aos 14, se o sujeito estivesse em pleno juízo sobre o ato praticado também seria considerado imputável, podendo responder penalmente.

O Código Criminal do Império, em seu art. 10, colocava em pauta que não se julgariam como criminosos os menores de 14 anos, mas ressaltava em seu art. 13 o seguinte:

Art. 10: Também não se julgarão criminosos:

§ 1o. Os menores de quatorze anos.

Art.13 Se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que o juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos (Código Criminal do Império).

O fator biopsicológico foi afastado em 1921 com o surgimento da Lei 4.242, esta que veio proibir qualquer tipo de processo penal contra menores de 14 anos. A partir de então, para responder penalmente o agente deveria ter 14 anos completos, adotando como critério objetivo a idade.

1.3 Código Republicano de 1890

O Brasil, em 1890, em seu Código Penal adotou o limite de 9 anos de idade para inimputabilidade. O menor de 9 anos seria para este Código considerado inimputável. Quanto aos jovens com idade entre 9 e 14 anos, caberia ao juiz analisar as condições do discernimento, diante do que entendia o juiz poderia ele considerá-los criminosos. O art. 27 do Código Republicano deixa claro o exposto acima:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1.º Os menores de 9 anos completos;

§ 2.º Os maiores de nove e menores de 14, que obrarem sem discernimento.

Art. 30. Os maiores de nove anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos.

Art. 42. São circunstâncias atenuantes:

§ 11. Ser o delinqüente menor de 21 anos.

(Código Republicano 1890)

Logo, se conclui que menores de 9 anos não poderiam ser considerados criminosos, e que entre 9 e 14 deveria ser analisado a condição do discernimento pessoal. Porém, este critério do discernimento logo se tornou impreciso, isto porque sua aplicação nem sempre se concluía de modo satisfatório, diante da falha sobre quais medidas deveriam ser aplicadas com base no discernimento. Logo houve sua supressão, que se deu pela promulgação da Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921. Surge então, em 1927, o Código de Menores

1.4 Do Código de Menores aos dias atuais

O Código de Menores nasce em 1927 e apontava a possibilidade de 3 limites de idade, visto que se diferencia o pobre do rico. As pessoas de família não seriam tratadas de forma igual aos abandonados. O Código elucidava inimputáveis os menores de 14 anos. Entre 14 e 16, embora fossem considerados irresponsáveis, seria instaurado um inquérito com intuito de apuração dos fatos, existindo a possibilidade da restrição de liberdade. Por último, os de 16 a 18 anos, estes seriam considerados responsáveis recebendo a aplicabilidade das penas previstas.

O Código de Menores Brasileiro¹ ficou conhecido e denominado como Código de Mello Mattos. Nele havia a ideia de intervenção do Estado sobre as situações de pobreza nas quais se apresentavam os abandonados e delinquentes. Liberati (2000, p. 50) lembra que “duas eram as categorias de menores: os abandonados (incluindo os vadios, mendigos e libertinos, conforme art. 28, 29 e 30 do Código Mello Mattos) e os delinquentes independente da idade que tinham desde que fosse inferior a 18 anos”.

Diante o exposto aos menores que gozam desse perfil, recairiam sobre eles as devidas sanções que poderiam ser, inclusive, internações que nada mais eram que a própria prisão. Entretanto, havia uma restrição para que esses menores infratores não fossem internados junto com os adultos. Deveriam ficar separados e receber tratamento diferenciado.

A problemática do Código de Menores dizia respeito ao fato de que o Juiz detinha amplos poderes, acompanhando todo o procedimento desde a investigação até a fase final.

Liberati elucida que:

Nota-se que a política de atendimento à criança e ao adolescente em situação especial de risco, na vigência do Código de Menores de 1927 e, também, na do Código de 1979, era verticalizada, ou seja, era determinada de cima para baixo, tendo o Juiz como o agente identificador das necessidades das crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, fixador de “tratamento” adequado para o “distúrbio” apresentado. (LIBERATI, 2003, p. 54).

Nota-se que o juiz dominava todo o procedimento, aplicando todas as medidas cabíveis diante o caso concreto, as garantias constitucionais não estariam sendo aplicadas aqui, ficando o menor sujeito a qualquer decisão tomada pelo julgador.

¹ Por meio desta lei se institui também, artigo 146, o Juizado de Menores; ‘É criado no Distrito Federal um Juízo de Menores, para assistência, proteção, defesa, processo e julgamento dos menores abandonados e delinquentes, que tenham menos de 18 anos’ (BRASIL, 1927, s/p)

Claramente houve abuso durante este período, visto que o poder de decisão se atrelava a apenas uma pessoa. Caso estivesse errada, quem sofreria as consequências do erro seria o menor.

Conforme podemos notar, várias foram as mudanças ao longo do tempo, passando pelo Código Criminal do Império de 1830, que teve como influência o Código Penal Francês que trazia a concessão da maioridade penal aos 14 anos baseando-se no discernimento do menor. Logo após, em 1890, o Código assegurava como inimputáveis os menores de 9 anos, porém ainda se baseava no discernimento entre 9 e 14 anos. Em 1927 entra em vigor o Código de Menores, este que prevê medidas socioeducativas, e resguardava o jovem para não ser encarcerado junto aos adultos.

1.5 Código Penal de 1940

Somente com o Código de 1940, que vigora até os dias atuais, apesar das modificações, fora deixado de lado o fator discernimento, analisando somente a questão biológica (idade cronológica), ou seja, a idade que ficou estabelecida para definição da maioridade se dava ao completar 18 anos, portanto, o menor de 18 seria considerado inimputável, estando sujeitos a uma legislação especial.

Hungria (1981) traz uma definição sobre o Código de 1940:

“Inspirado principalmente por um critério de política criminal, colocou os menores de 18 anos inteira e irrestritamente à margem do direito penal, deixando-os apenas sujeitos às medidas de pedagogia corretiva do Código de Menores. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores, declarando-os por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é o entendimento ético-jurídico e a faculdade de autogoverno”. E continua: “ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício”.

Ante o exposto, vimos que o Código Penal de 1940 vigora até os dias atuais, este Código foi instituído por meio da Lei nº 3914 de 7 dezembro de 1940. A legislação brasileira presumiu a absoluta falta de discernimento da criança e do adolescente. Diante disso, presume-se que a criança e o adolescente não possuem a capacidade para discernir sobre a ilicitude do ato, sendo assim, não estaria apto a sofrer uma sanção.

O método bio-psicológico é afastado dando lugar ao critério biológico, aqui não se fala mais sobre o discernimento. O que passa a contar é a idade em si. Maiores de 18 anos estariam aptos a receberem as penas previstas pelo Código Penal.

A aplicação da pena caberá ao juiz. O Código Penal garante ao juiz uma gama de apreciação, que vai tratar sobre o quantum da pena, ele delibera até mesmo sobre penas alternativas, concedendo-lhe a faculdade da aplicação de penas cumulativamente diversas ou até de deixar de aplicá-las.

Liberati (2000) coloca em pauta alguns motivos do Código de 1940, justificando assim a atribuição da inimputabilidade ao menor de 18 anos. Vejamos:

Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deverá ser cometido à educação, não a pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária. (LIBERATI, 2000, p. 72)

A questão sobre a irresponsabilidade ser absoluta do menor de 18 anos, seria nada mais que o reflexo da cultura em que estávamos inseridos na época. Os denominados imaturos deveriam receber medidas socioeducativas previstas na legislação especial. Isto porque o convívio com a população adulta encarcerada poderia diminuir as chances de reeducá-lo e inseri-lo de volta à sociedade.

Durante o ano de 1969 foi estabelecido o Decreto-Lei n° 1004, entretanto, este novo Código não chegou a vigorar. O novo Código trazia como limite mínimo 16 anos, porem havia a necessidade que o indivíduo tivesse o discernimento sobre o ato praticado para ser responsabilizado penalmente.

O que se encontra vigente nos dias atuais é o Código de 1940, devendo ser observadas as várias alterações sofridas ao longo do tempo, umas dessas fora o termo “irresponsável”, que deu lugar para a terminologia inimputável.

A Constituição traz em seu art. 228 a garantia individual do adolescente, se ela é uma cláusula pétrea, merecem maiores reflexões, o que pode se seguirá ao longo deste, estariam imunes a mudanças por meio de emendas constitucionais, mudanças estas que só seriam possível a partir de um novo poder constituinte ordinário.

A questão da inimputabilidade dos menores de 18 anos teve uma evolução significativa tendo seu ápice durante o século XX, foi então que deu surgimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente, instituto este que passou a versar sobre a criança e o adolescente exclusivamente. Há que se falar que nesta época do Código Penal de 1940, já havia posicionamento que tratavam o menor diferenciando do adulto.

Assim, na vigência do Código de 1940 ainda vigoravam o Código de Menores de 1927, pois o estatuto em comento nada dizia a respeito dos menores de 18 anos, apenas se limitava em seu artigo 27 a dizer de sua inimputabilidade. Com uma nova ordem Constitucional, inaugurada em 1988 a legislação menorista tornou-se inadequada e incompatível com a nova Constituição razão pela qual foi elaborada nova Lei para tratar do assunto, que veio a ser publicada em 13 de julho de 1990 sendo denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, que será analisado nos próximos capítulos.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988, com base na Declaração dos Direitos da Criança, solidifica a proteção da criança e do adolescente quando adota a Doutrina da Proteção Integral. Desse modo, a criança e o adolescente passam a serem sujeitos de direitos, sendo os mesmos considerados pessoas em especial condição de desenvolvimento, visando a proteção integral do Estado, da família e da sociedade.

A Constituição, em seu artigo 228, define que: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeito às normas da legislação especial." (CF/88)

Dessa forma, eleva-se a nível constitucional o entendimento do Código Penal de 1940 sobre a maioridade penal ocorrer de forma puramente biológica a partir dos 18 anos, visando proteção máxima à criança e ao adolescente.

No momento em que a Constituição passa a tratar a criança e o adolescente como sujeitos de direito, o faz ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio terá papel garantidor para que se possa ter o desenvolvimento de todos os membros que compõe a família, garantindo assim a educação e a saúde da criança e do adolescente. A esse respeito Diniz (2007, p. 18) entende que:

É preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc.

Vale lembrar que, segundo o artigo 5º da Constituição Federal,:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos. (CF/88)

Dessa forma, as crianças e os adolecentes passam a gozar de toda a proteção do texto Constitucional, dentre eles os direitos fundamentais e sociais, sem discriminação de idade.

2.1 Direitos Fundamentais

A Carta Magna valora em grau máximo o direito à vida. Deste modo, devem ser assegurados direitos à criança e ao adolescente, garantindo assim o nascimento e o desenvolvimento de maneira saudável.

Liberati (2000, p. 22.) entende que:

A criança e o adolescente que estão em fase de desenvolvimento, devem merecer a proteção especial da família, da sociedade e do Poder Público, devendo este criar condições e programas específicos que permitam seu nascimento e desenvolvimento de forma sadia e harmoniosa.

Dessa forma, a Constituição, em seu artigo 227, positiva a garantia da proteção familiar. O dispositivo versa que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.
(CF/88)

Têm-se como direito fundamental a convivência familiar. Desse modo, é dever da família criar e educar a criança e o adolescente dentro do seio familiar. Seguindo esse entendimento Liberati (2000, p. 24-25) conclui que:

A família é o primeiro agente socializador do ser humano, a falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro, os pais são os responsáveis pela formação e proteção dos filhos, não só pela detenção do poder familiar, mas pelo dever de garantir-lhes os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, tais como a vida, a saúde, a alimentação e a educação.

Os direitos fundamentais são tratados como um conjunto de garantias, tendo como principal objetivo resguardar a dignidade dos menores, tendo a proteção do Estado e a garantia de condições básicas de vida para que se possa ter um desenvolvimento saudável de suas personalidades.

O direito à Inimputabilidade Penal encontra-se positivado no artigo 228 da Constituição Federal, o qual expressa serem totalmente inimputáveis os menores de 18 anos. É um direito fundamental onde a Constituição traz como garantia individual exclusivo da criança e do adolescente. Assim entende Machado (2003, p. 331):

A inimputabilidade penal é direito-garantia individual das pessoas que contam menos de 18 anos, pelos contornos que ela recebeu do constituinte de 1988. É direito garantia exclusivo de crianças e adolescentes, que compõem um dos pilares da conformação do sistema de proteção especial a crianças e adolescentes instituído

pela Constituição brasileira de 1988, ditando, pois, os contornos desse sistema constitucional.

Este direito fundamental da criança e do adolescente garante a não aplicação do direito penal sobre o indivíduo ainda em desenvolvimento.

Entretanto, não bastam apenas os direitos fundamentais, visto que estes estão sempre ligados a outras necessidades. Como por exemplo não basta apenas que se garanta o direito à vida é preciso que o Estado garanta a saúde para se ter uma condição de vida melhor. Desta forma observa-se que o Estado, além de garantir os direitos fundamentais, deve assegurar os direitos sociais visando assim uma vida digna.

2.2 Direitos Sociais

Direitos sociais representam a extensão do direito fundamental, este delibera sobre a integridade física do homem, do mesmo modo sobre a criança e o adolescente, no que tange à igualdade material.

Silva (2009, pp. 286-287) define direitos sociais como sendo:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

De acordo com o entendimento do autor, os direitos sociais são prestações positivas, tentando estabelecer uma igualdade dentre as variadas situações desiguais. De acordo com este pensamento o indivíduo poderá exigir frente ao Estado garantias positivas e materiais, visando garantir a dignidade da vida humana. (SILVA, 2009)

Os direitos sociais encontram-se elencados na Constituição em seu artigo 6º, desse modo estabelece que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010)

O direito à educação, cultura e ao lazer são inseridos na Constituição sendo do mesmo modo positivados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, reafirma o dever do Estado, juntamente com a família e a sociedade, garantir condições para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

O artigo 205 e 206 da Constituição trazem o seguinte:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; (CF/88).

Dessa forma, tem-se como objetivo do direito à educação o desenvolvimento de maneira saudável da criança e do adolescente, o exercício pleno da cidadania, garantindo então futuramente uma qualificação profissional. Estes objetivos devem ser perseguidos por toda gestão escolar.

Nessa linha se almeja atingir a intenção da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que dispõe, no 7º Princípio que:

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória, pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade [...]²

Com efeito, nossa Carta Magna atual garante o mais completo ordenamento jurídico constitucional delimitando sobre a proteção da infância e da juventude, visando assim o crescente progresso social do país.

Ainda em seu Título VIII, a Constituição traz claramente a preocupação sobre a proteção da criança e do adolescente, estabelecendo assim uma garantia máxima conforme podemos ver no caput do artigo 226 “A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (CF/88). Porém é em seu artigo 227 que a Constituição deixa claro sua preocupação com essa matéria, estabelecendo, assim, uma real proteção frente à infância e à juventude.

Diante do dispositivo 227 da CF/88, foi que Naves (2004, p. 74) concluiu que:

É preciso dizer, em primeiro lugar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente teve, antes de sua promulgação, um importante antecedente: o artigo 227 da Constituição Federal de 1988. De fato, como reflexos das lutas democráticas que já mencionamos, os constituintes, ao definirem os direitos da criança e do adolescente, refletiram no texto, a influência do debate internacional que levaria as Nações Unidas ao consenso da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

² Disponível:< <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/documentos/0004.html>> acessado em: 20/11/2015

O que se extrai então é que a proteção sobre a criança e o adolescente não depende somente do Estado. É preciso que haja uma junção entre Estado e Família. O Estado, por meio de políticas públicas, deverá garantir assistência, já a família entra com o papel de formar o caráter e garantir a integridade física dos menores, inserindo os mesmos na sociedade de modo que se possa ter uma convivência harmônica.

Ainda seguindo esta linha é que o artigo 227, § 1º, diz que o “Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas” (CF/88).

Conclui-se que a Constituição com base nos direitos sociais, deve assegurar todo aparato material pertinente a criança e ao adolescente, como educação, cultura, alimentação assim como o convívio familiar, garantindo assim o seu desenvolvimento.

Logo em seguida, em seu artigo 228 a Constituição solidifica serem inimputáveis os menores de 18 anos. Dessa forma, versa não ser possível alteração do dispositivo por se tratar de garantias fundamentais já positivadas em nível Constitucional, conforme veremos a seguir.

2.3 Cláusula Pétrea sobre o artigo 228 da CF/88

Cláusula pétrea versa sobre a limitação material do poder de reforma da constituição de um Estado. Trata-se, porém, de dispositivos que não podem sofrer alteração, nem mesmo por meio de emenda, no que tange a abolir as normas constitucionais relativa à matéria por ela definida.

As cláusulas pétreas encontram-se dispostas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

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.

O artigo 5º da Constituição elenca direitos e garantias individuais da pessoa humana, porém em seu § 2º, elucida sobre a extensão desses direitos que se encontram de maneira dispersa dentro do texto Constitucional, não se limitando aos dispostos em seu artigo quinto.

Art. 5º - [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desse modo, fica claro não ser taxativo o rol contido no artigo 5º, elucidando a existência de direitos dentro do corpo Constitucional. A esse respeito, assim entende Martins (1995, p. 371):

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.

Fica claro que a inimizabilidade penal aos menores de 18 anos é indiscutivelmente uma garantia individual, desse modo propostas como a redução sobre o que concerne o artigo 228 da C/F de 1988 afronta direitos adquiridos, além de violar as cláusulas pétreas que estão previstas constitucionalmente. Não bastando, ainda vai ao sentido contrário, sobre os Tratados Internacionais da proteção dos direitos humanos, do qual o Brasil deve cumprir conferindo à criança e ao adolescente condição de sujeitos de direito, com garantia do respeito à dignidade humana.

As garantias que versam a Constituição é vedar a imposição de sanções penais sobre menores de 18 anos, visando resguardar a proteção da criança e do adolescente em seu processo de desenvolvimento, este que, cometido ato infracional seria aplicado às normas previstas da própria legislação especial. A regulamentação se deu a partir de 1990 pelo ECA.

2.4 Estatuto da Criança e do Adolescente

Em 13 de julho de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente) com a finalidade de dar proteção ao menor de 18 anos. O Estatuto visa à justiça diferenciada daquela empregada aos adultos, isto porque a criança e o adolescente têm sua personalidade e intelecto ainda em formação, necessitando assim de uma proteção especial.

O intuito do Estatuto é empregar medidas socioprotetivas e socioeducativas, visando amparar a criança e ao adolescente. Busca assim a recuperação do menor que errou, geralmente devido a fatores sociais. Algumas dessas medidas estão elencados do artigo 112 ao 114 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos:

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.
- § 1º - A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
- § 2º - Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida à prestação de trabalho forçado.
- § 3º - Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (ECA)

Após a criação do Estatuto, passou-se a tratar e reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e deveres, prioridade do Estado.

O principal objetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente é proteger os menores de 18 anos, garantindo a eles o desenvolvimento moral, social e físico, tendo como base os princípios constitucionais da igualdade e liberdade, uma vez que visa preparar a criança e o adolescente para a vida adulta, integrando-os à sociedade.

O Estatuto, seguindo o pressuposto de que a criança e o adolescente estariam em fase de desenvolvimento, afirma que direitos especiais devem ser garantidos e que ainda que se pratique um ato ilícito, é dever do Estado buscar alternativas para recuperar o menor.

É mister frisar que as medidas socioeducativas implantadas pelo Código de Menores foram confrontadas pelo novo Estatuto que trouxe algo além dessas medidas. Teve surgimento a obrigação de reparar danos, a prestação de serviços e as medidas protetivas, estas que estão elencadas no artigo 101, I a VI, do Estatuto.

- Art. 101 - Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98 (Medidas de Proteção a Criança), a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
 - II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
 - III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
 - IV - inclusão em programa comunitário ou oficial, de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
 - V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
 - VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
 - VII - abrigo em entidade;
 - VIII - colocação em família substituta. (ECA)

As medidas protetivas elencadas no Estatuto tem por finalidade a proteção da família natural e do mesmo modo à substitutiva, sendo a família substitutiva composta pela adoção, tutela ou guarda.

A proposta do Estatuto sobre o adolescente receber a medida socioeducativa deve ser pertinente, não aplicando a ele medidas punitivas, uma vez que a finalidade é moldar o processo de desenvolvimento com o objetivo de integrar o jovem à sociedade.

Imagina-se que a excelência das medidas sócio-educativas se fará presente quando propiciar aos adolescentes oportunidades de deixarem de ser meras vítimas da sociedade injusta que vivemos para se constituírem em agentes transformadores desta mesma realidade. (MAIOR apud CURY, 2004, p. 340).

Diante do exposto podemos observar o dever de se prevenir alguma violação diante dos direitos que o Estatuto visa proteger sobre a criança e o adolescente. É seguindo essa linha que a família, a sociedade e o poder público estão engajados na proteção, devendo observar, por exemplo, o cumprimento da proibição do consumo e comercialização de bebidas alcoólicas, armas de fogo, dentre outros produtos destinados apenas aos maiores de idade.

Para esta fiscalização o poder público deve valer-se dos Conselhos Tutelares. Em tese, cada município deve ter no mínimo um Conselho. Se necessário, será determinado pela área territorial do município a necessidade de mais de um Conselho. O Conselho é o órgão responsável por fiscalizar os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, é necessário elencar os deveres dos Conselhos tutelares tais como:

1. Atender crianças e adolescentes e aplicar medidas de proteção.
2. Atender e aconselhar os pais ou responsável e aplicar medidas pertinentes previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.
3. Promover a execução de suas decisões, podendo requisitar serviços públicos e entrar na Justiça quando alguém, injustificadamente, descumprir suas decisões.
4. Levar ao conhecimento do Ministério Público fatos que o Estatuto tenha como infração administrativa ou penal.
5. Encaminhar à Justiça os casos que a ela são pertinentes.
6. Tomar providências para que sejam cumpridas as medidas sócio-educativas aplicadas pela Justiça a adolescentes infratores.
7. Expedir notificações em casos de sua competência.
8. Requisitar certidões de nascimento e de óbito de crianças e adolescentes, quando necessário.
9. Assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.
10. Entrar na Justiça, em nome das pessoas e das famílias, para que estas se defendam de programas de rádio e televisão que contrariem princípios constitucionais bem como de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
11. Levar ao Ministério Públicos casos que demandam ações judiciais de perda ou suspensão do pátrio poder.
12. Fiscalizar as entidades governamentais e não-governamentais que executem programas de proteção e socioeducativos.

Entretanto, as sanções previstas para crianças e adolescentes não seriam de fato uma pena, pois o que traz o Estatuto é uma forma de reabilitação, visto que o menor de 18 anos

seria considerado como um indivíduo em formação. O Estatuto da Criança e do Adolescente versa sobre a inimputabilidade penal do menor de 18 anos, estes apenas responderiam por atos infracionais, tendo aplicação de medidas protetivas que podem ser acompanhadas pelos pais, ou remanejamento a famílias substitutivas ou até mesmo a inclusão do menor em abrigos. Porém, é mister ressaltar que o adolescente que se encontre entre 12 e 18 anos incompletos e que venha a praticar o ato infracional, o juiz, além das medidas protetivas já elencadas, pode aplicar a estes as medidas socioeducativas. Observando a gravidade do fato, o caráter da medida socioeducativa versará sobre a recuperação do adolescente infrator.

As medidas socioeducativas, uma vez aplicadas, podem estender seu efeito até aos 21 anos de idade se no caso o adolescente estiver sido internado. É o que se encontra nos termos do art. 121, §5º do ECA.

2.5 Princípios inerentes frente ao ECA

Observa-se então que, de acordo com os princípios que norteiam os direitos e as garantias fundamentais, estes asseguram à criança e ao adolescente o amparo do seio social, além dos mesmos direitos que todos os indivíduos possuem, com algumas peculiaridades.

Conforme a doutrina da proteção integral é necessário observar o princípio da prioridade absoluta, princípio da cooperação e do melhor interesse. Estes princípios também servem como base ao direito da criança e do adolescente.

A prioridade absoluta trata sobre toda e qualquer criança e adolescente estarem amparados pela Constituição, reservado a uma legislação especial, podemos elucidar com a junção do artigo 227 da Constituição Federal, juntamente com artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A esse respeito, Barbosa e Souza (2013, p. 31), entendem e elucidam da seguinte maneira:

O princípio da prioridade absoluta reflete a ideia de que, em razão de a criança e o adolescente se encontrarem em uma etapa da vida precípua de desenvolvimento e formação, estes indivíduos necessitam de uma atenção especial, imediata, que lhes proporcione absoluta prioridade em termos de proteção e socorro, atendimento em serviços públicos, implementação e execução de políticas públicas e em privilegiada destinação de recursos financeiros.

Esse princípio visa o entendimento sobre o qual o menor estaria vivenciando apenas uma fase passageira. Atingida a maioridade, atualmente entendida aos 18 anos completos, passaria a ter um maior discernimento, entretanto, o que se resguarda então é que o jovem,

durante este processo, para que possa contar com uma qualidade de vida. Quando falamos em qualidade de vida estamos ressaltando a necessidade de se alcançar os direitos sociais com intuito que se possa ter no mínimo os direitos básicos. Barbosa e Souza (2013, p. 32), neste sentido, ressaltam:

Com o efeito, o não suprimento de necessidades básicas da criança e do adolescente no momento oportuno poderá acarretar máculas que o acompanharão pelo resto de sua vida. Nesse passo, não é forçoso ver que a deficiência na alimentação do ser humano enquanto criança lhe implicará problemas de desenvolvimento físico irreversíveis; a não vacinação na idade correta pode importar a contração de doenças que poderiam ser facilmente prevenidas: a impossibilidade de acesso a uma educação básica satisfatória acarretará dificuldade na continuidade de vida escolar, obstando inclusive, a obtenção de um emprego digno no futuro.

Leva-se ao entendimento sobre o qual todo e qualquer erro cometido contra a criança e o adolescente ainda em sua fase de formação, poderá ter efeitos negativos futuros, pois a sociedade está à mercê de receber os ataques que possam ser cometidos por estes menores, em detrimento de sua má formação por falta de um respaldo melhor. Portanto, se o menor não receber uma educação transformadora poderá resultar em um prejuízo futuro, incluindo à sociedade. Deve-se atribuir ao Estado uma parcela de culpa sobre os reflexos negativos, pois ele deveria ser o responsável, por meio de políticas públicas, garantir à criança e ao adolescente direitos básicos diante de seu estado de fragilidade, para que no futuro estes menores não cheguem ao sistema prisional.

O Estado deverá garantir, com prioridade absoluta, visando o bem social, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, ressaltando que da omissão do Estado na aplicabilidade desses direitos futuramente poderá ocorrer danos irreparáveis.

O princípio da cooperação versa sobre a necessidade do Estado, família e sociedade fornecerem amparo. Encontra-se fundamentado no artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente; traz o seguinte “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (ECA).

Lamenza (2012, p. 5-6) traz a seguinte definição sobre o princípio da cooperação:

[...] o princípio da cooperação em que todos são responsáveis pelo atendimento adequado das necessidades básicas da criança e do adolescente na condição de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento. Não apenas a família é responsável, com a atribuição inicial dos valores fundamentais a respeito do bem agir no meio comunitário. Temos a obrigação concorrente por parte do Estado, na condição de ente com poder superior, que atuará sempre que houver necessidade, e da sociedade, na qualidade de agente cooperativo, e todos com objetivo comum de propiciar aos infantes e jovens um ambiente sadio e livre de riscos de toda espécie. Destaca-se a importância do conceito a delinear ao trinômio família-sociedade -

Estado como decisivo para a implementação e o respeito aos direitos da criança e do adolescente, não havendo a exclusão de um deles quando da atuação do outro. Aí reside o ponto fulcral do princípio da cooperação estabelecido pelo art. 18 do ECA. Poderá haver a soma de esforços entre os agentes para a consecução da finalidade de alcance de uma qualidade de vida satisfatória para as crianças e adolescentes. Nunca se conceberá a exclusão. Neste labor, há a colaboração de todos. [...] no âmbito do Direito da Infância e da Juventude, e ainda abordando a questão dos direitos fundamentais dos infantes e adolescentes sob a ótica do princípio da cooperação refletido nos arts. 3º e 4º, ambos das Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, vamos mais além quanto à interação de personagens. Titulares desses direitos serão infantes e jovens. Sujeitos que deverão respeitá-los serão apenas os órgãos direta ou indiretamente ligados ao Estado, mas todos os que circundam as crianças e os adolescentes com titularidade sobre esses direitos, como consequência de responsabilidade de zelar por eles de forma mais abrangente possível. É de ser notado que esses direitos fundamentais constituem um rol meramente exemplificativo, devendo ser objeto de tutela tanto no campo jurisdicional como fora dele todo e qualquer outro bem jurídico referente à criança e ao adolescente que possa vir a ser formado no futuro. Apanha-se como exemplo na atualidade o direito da criança e do adolescente à inclusão digital (ensino de elementos essenciais para lidar com aspectos relativos à informática, à linguagem por ela utilizada e aos recursos modernos que a cercam para a comunicação entre pessoas). Ainda que não seja expressamente previsto no rol de direitos fundamentais do ECA, não constitui necessariamente uma vertente do direito à educação – nem por isso poderá ser deixado de lado em termos de proteção, já que não previsto especificadamente pelo ordenamento jurídico. A mera interpretação positivista não é cabível em termos de visualização dos direitos essenciais para a criança e o adolescente.

Entretanto, este princípio está ligado de forma direta referindo-se aos cuidados básicos, oferecendo suporte à criança e ao adolescente para a vida adulta.

O Princípio do melhor interesse não se encontrava positivado, nem na Constituição Federal nem mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente. O que podemos ver é que a doutrina da proteção Integral influencia tal princípio.

A partir dos avanços legislativos ocorridos ao longo do tempo, dentre eles os Tratados e as Convenções Internacionais, o princípio do melhor interesse no ano de 1990 veio a adentrar no nosso ordenamento jurídico, de acordo com o Decreto nº 99.710/90. O Decreto vem estabelecer que crianças e adolescentes tenham tratamento essencial do Estado Democrático de Direito. De modo, o princípio do melhor interesse teve sua inclusão expressa na Convenção e no Decreto, sendo que de acordo com sua data de ratificação, ganhará força de Lei Federal, e sua abrangência se daria em todo território nacional.

O Decreto de Lei fez com que o Estatuto da Criança e do Adolescente fortalecesse sua legislação vigente propondo uma alteração em seu texto, o que se daria na inclusão de alguns incisos. Para elucidar melhor vejamos o que diz o artigo 100, “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários” (ECA).

De acordo com as modificações feitas pela Lei nº 12.010/09, incluiu-se parágrafo único acrescentando seus incisos:

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

Lamenza (2012, p. 168) elucida sobre a inclusão desse inciso IV:

Para a aplicação das medidas protetivas, deve-se ter em mente que a criança e o adolescente necessitam tratamento de forma a garantir seu interesse, que é superior. Todavia, mesmo o sendo, deve ser considerado em cotejo com os outros interesses legítimos presentes no caso concreto. Típico caso é o de existência de risco para a criança ou o adolescente juntamente com o perigo para o idoso [...].

O objetivo que o princípio do melhor interesse dispõe é resguardar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, observando para que se efetive a aplicação das medidas protetivas visando, assim, garantir o desenvolvimento desses menores.

É mister frisar a importância de tratarmos a criança e o adolescente com total respeito e dignidade a que todos temos direito, observando que a afronta a esse respeito, interfere em seu desenvolvimento refletindo de forma negativa na vida da sociedade.

Desse modo, a inimputabilidade sobre a criança e ao adolescente visa garantir sua dignidade e se grande parte dessa população tem envolvimento em criminalidade é por omissão do Estado, da família e da sociedade que não lhes garantiu o que vem disposto nos nossos documentos legais.

3 DA IMPUTABILIDADE E DA INIMPUTABILIDADE

Trata-se da imputabilidade como a capacidade e a vontade do indivíduo ao praticar algum ato, ou seja, dessa forma se atribui a responsabilidade frente ao discernimento que o sujeito possuiu sobre o ato praticado. O sujeito que possui sanidade mental de modo, a saber, sobre o ato ilícito, estará apto a receber as medidas cabíveis de acordo com o ato infracional praticado.

O Código Penal não elucida sobre um conceito de imputabilidade assim deixando aos Doutrinadores esta tarefa, temos o posicionamento de Aníbal (apud MARQUES, 1997, p. 209) conceituando a imputabilidade, assim discorre que:

Imputável resulta ser o homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, que possui a capacidade de entender o caráter criminoso do seu ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, capacidade que o homem adquire progressivamente, com o desenvolvimento físico e mental, até atingir o seu pleno crescimento.

Entretanto o Código Penal em seu artigo 26 versa sobre casos de inimputabilidade.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (C.P.).

Logo se conclui que os imputáveis são aqueles que gozam de saúde mental, intelectual, desse modo recai a culpa sendo possível atribuir sanção sobre o ato ilícito cometido, ou seja a capacidade de atribuir, imputar ao indivíduo de acordo com a lei.

Mirabete (2003. p. 210), elucida a imputabilidade como sendo:

De acordo com a teoria da imputabilidade moral (livre-arbítrio), o homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, e por isso a ele se pode atribuir a responsabilidade pelos ilícitos que praticou. Essa atribuição é chamada imputação, de onde provém o termo imputabilidade, elemento (ou pressuposto) da culpabilidade. Imputabilidade é, assim, a aptidão para ser culpável.

Imputar é atribuir algo a alguém, observando ser o agente capaz de compreender a ilicitude do ato praticado, estará apto a receber a imputação, assim discorre Jesus (1998, p. 300):

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível.

A doutrina compreende três aspectos para determinar a imputação sobre o agente, assim versa sobre o sistema biológico, sistema psicológico e o sistema biopsicológico, que seguindo esta ordem segue a explicação de Capez (2012, p. 336-337):

Este sistema somente interessa saber se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado. Em caso positivo, será considerado inimputável, independente de qualquer verificação concreta de essa anomalia ter retirado ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação. Há uma presunção legal de que a deficiência ou doença mental impede o sujeito de compreender o crime ou comandar a sua vontade, sendo irrelevante indagar acerca de suas reais e efetivas consequências no momento da ação ou omissão.

[...]

ao contrário do biológico, este sistema não se preocupa com a existência de perturbação mental no agente, mas apenas se, no momento da ação ou omissão delituosa, ele tinha ou não condições de avaliar o caráter criminoso do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. Pode-se dizer que, enquanto o sistema biológico só se preocupa com a existência da causa geradora da inimputabilidade, não se importando se ela efetivamente afeta ou não o poder de compreensão do agente, o sistema psicológico volta suas atenções apenas para o momento da prática do crime.

[...]

combina os dois sistemas anteriores, exigindo que a causa geradora esteja prevista em lei e que, além disso, atue efetivamente no momento da ação delituosa, retirando do agente a capacidade de entendimento e vontade. Dessa forma, será inimputável aquele que, em razão de causa prevista em lei (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), atue no momento da prática da infração penal sem capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Mirabete (2007) discorre dos três sistemas criados para determinar a imputabilidade, atualmente a legislação brasileira adota o sistema biológico que entende como capaz de receber a imputação aqueles que compreendem idade superior a 18 anos, assim esclarece:

Adotou-se no dispositivo um critério puramente biológico (idade do autor do fato) não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal. Implicitamente, a lei estabelece que o menor de 18 anos não é capaz de entender as normas da vida social e de agir conforme esse entendimento. (MIRABETE, 2007, p. 202)

Desse modo, atualmente compreende que a criança e o adolescente não gozam de entendimento completo, capaz de entender a ilicitude, assim não seriam atribuídos a eles as sanções elencadas no Código Penal, desse modo denominam-se como inimputáveis.

Nessa linha temos o posicionamento de Marques (1997, p. 222), que assim discorre:

O menor, pelo seu desenvolvimento mental ainda incompleto, não possui a maturidade suficiente para dirigir sua conduta com poder de autodeterminação em

que se descubram, em pleno desenvolvimento, os fatores intelectivos e volitivos que devem nortear o comportamento humano. Daí entender-se que o menor não deve considerar-se um imputável.

Compreende a inimputabilidade o indivíduo que não possui capacidade para responder sobre seus atos, podendo ser esse impedimento dado por deficiência ou por quanto o agente ainda não tenha seu desenvolvimento por completo.

Logo a lei 8.069/90 em seu artigo 114, segue o entendimento que veio trazido pelo Código Penal, ressaltando serem inimputáveis os menores de 18 anos.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato. (ECA)

Desse modo tratam a criança e o adolescente como indivíduos inimputáveis, sendo sujeitos ainda em desenvolvimento, gozando da proteção Constitucional em seu artigo 227 que versa "A garantia aos direitos das crianças e dos adolescentes são de absoluta prioridade por parte da família, do Estado e toda a sociedade"(C/F), dessa forma faz a proteção sobre o desenvolvimento da criança e do adolescente.

É mister frisar que o adolescente que comete ato infracional na véspera de completar 18 anos, ainda estariam aparado pelo ECA, pois só cometem crime os que já tiveram 18 anos completos no momento do ato.

3.1 Crime X Ato Infracional

A Lei de Introdução ao Código Penal versa sobre uma breve conceituação de crime em seu artigo 1º, que assim descreve:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa, contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente. (LCP, art.1º).

O conceito de crime podemos encontrar na doutrina, já que o Código Penal, não faz menção sobre este aspecto.

Capez (2012) discorre sobre o crime em três formas, sendo material, formal e analítico, como sendo:

Crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social (CAPEZ, 2012, p.105).

O aspecto material segundo Capez é aquele que procura a essência, busca saber o porquê determinado ato é criminoso e outros não.

Entende-se que a essência do crime é a ofensa a um bem tutelado, desse modo a importância em protegê-lo mediante as leis penais, desse modo, o crime seria a conduta do indivíduo contrária a lei positivada, sendo denominado autor aquele que comete tal infração, considerada uma ação típica, antijurídica e culpável.

Nessa linha temos o aspecto formal, que nada mais é do que a conduta contrária a lei, observa simplesmente o ato, entretanto, para Capez considerar um crime sem observar sua essência e o grau de lesividade da sua conduta, afrontaria um princípio Constitucional o da dignidade humana.

Já em seu aspecto analítico, aqui se faz presente uma profunda investigação, com o qual se objetiva observar o crime por etapas, visando assim que seja feita justiça, buscando todos os elementos estruturais para elucidar as causas sobre o porquê ocorreu tal fato.

A maior diferença entre crime e o ato infracional, seria sobre a conduta culpável, esta que não seria atribuída a criança e ao adolescente, ou seja, estão isentos de culpa.

O conceito de ato infracional pode ser visto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 103 elucida: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” (ECA).

Ferreira (2001, p.7) versa que:

Toda infração prevista no Código Penal, na Lei de Contravenção Penal e Leis Penais esparsas (ex. Lei de tóxico, porte de arma), quando praticada por uma criança ou adolescente, corresponde a um ato infracional. O ato infracional em obediência ao princípio da legalidade, somente se verifica quanto à conduta do infrator se enquadra em algum crime ou contravenção previstos na legislação em vigor.

Considera ato infracional a infração cometida por criança e adolescente, que estarão sujeitos as medidas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser aplicadas medidas protetivas ou socioeducativas.

A criança e o adolescente não terão a privação de sua liberdade, a não ser em flagrante delito, deverá constar o nome dos que fizeram a apreensão além de serem informados acerca de seus direitos depois deverão ser submetidos a Vara da Infância e Juventude que deverá aplicar medidas objetivando a reeducação.

Entretanto não há muita diferença entre crime e ato infracional, pois são condutas contrárias a lei ferindo o bem tutelado, o que se observa é o indivíduo, visto que menores de 18 anos não cometem crime e sim ato infracional, sendo inimputáveis protegidos constitucionalmente, desse modo não estará sujeito a sanções previstas no Código Penal.

3.2 A responsabilidade da criança e do adolescente devido a prática de Atos Infracionais

É mister frisar de antemão que compreende criança até 12 anos incompletos e o adolescente e aquele entre 12 e 18 anos incompletos. É preciso deixar claro ao passo que as medidas são diferenciadas.

A responsabilidade atribuída a criança e ao adolescente será individual, assim destaca Bitencourt (2014, p. 476):

a atribuição de responsabilidade pela prática de um ato infracional deve estar, igualmente, lastreada com base no juízo sobre a capacidade de entendimento e de autodeterminação do adolescente, caso contrário o Estado estará sendo muito mais severo com o menor de idade do que com um adulto plenamente capaz, impondo-lhe, inclusive, autêntica responsabilidade penal objetiva. Até porque a decisão judicial deverá eleger, com base na capacidade, circunstâncias e gravidade da infração, a medida que será aplicada ao adolescente infrator (art.112, § 3º). Com isso, queremos dizer que no âmbito de aplicação do Direito Penal de adultos, o critério biopsicológico continua sendo indispensável para a determinação da medida aplicável ao adolescente infrator.

Assim o Estado busca penalizar os jovens de acordo com a lei, entretanto deve assegurar o contraditório e a ampla defesa.

Às crianças e aos adolescentes serão atribuídas medidas protetivas, desse modo objetiva dar amparo aqueles que se encontram em situação de perigo, situações estas que estão elencados nos dispositivos do artigo 98 do ECA.

Uma das principais diferenças entre a criança e o adolescente é sobre a qual a criança não terá sua liberdade restringida, enquanto o adolescente poderá ter sua liberdade cerceada.

Conselho Tutelar é o órgão responsável por zelar da criança e do adolescente, assim como aplicar as medidas cabíveis de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas que asseguram direitos e deveres da criança e do adolescente.

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 responsáveis, mediante termo de responsabilidade;
II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

- III – matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII – abrigo em entidades;
- VIII – colocação em família substituta.

Podemos analisar que em situação de risco a criança ou o adolescente deverá ser encaminhado a seus pais mediante um termo de responsabilidade, entretanto na falta de um seio familiar, ou mesmo que tenha porem sem condições, poderá o Conselho decidir e colocar a criança ou adolescente em uma família substituta.

O inciso III do artigo 101 do ECA, versa sobre um direito assegurado constitucionalmente, o da educação, desse modo se faz a imposição para que crianças e adolescente frequente a escola, pois o papel de escola seria o de preparar estes jovens para a vida, atribuindo conhecimentos.

Entretanto as medidas socioeducativas têm como objetivo atribuir responsabilidade aos adolescentes, o intuito seria para o qual o jovem não voltasse mais a cometer tais delitos.

As medidas socioeducativas independem da vontade do jovem, ou seja, será imposto sobre ele uma sanção do qual deverá apenas acatar.

Entretanto, a medida mais radical elencada no ECA, versa sobre a restrição da liberdade, ou seja, internação por tempo indeterminado, entretanto esta medida apenas será aplicada após verificadas todas as possibilidades de ressocialização do adolescente infrator, é o que pode ser observado nos incisos do artigo 112 do ECA.

- I – Trata-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
- II – Por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Observando que nem um adolescente ficará apreendido mais de 3 anos, nessa linha o adolescente internado as vésperas de completar 18 anos ao completar 21 anos deverá ser posto em liberdade, não poderá ultrapassar os 21 anos.

A problemática que se encontra nos dias atuais é sobre a qual o Estatuto seria um instituto ultrapassado, sendo considerado por alguns como um pai para os infratores tendo suas sanções consideradas brandas, se levarmos em consideração que nos dias atuais é

crecente os atos infracionais praticados entre crianças e adolescentes sendo estes cada vez mais violentos.

3.3 Posicionamentos sobre a Redução da Maioridade Penal

A maioridade atualmente no Brasil é atingida ao completar 18 anos, esse entendimento veio do Código Penal de 1940 quando adotou o sistema puramente biológico, em seguida foi elevado seu amparo constitucionalmente na Carta Magna de 1988.

Entretanto o aumento de atos infracionais praticados por crianças e adolescentes, levantou uma discussão bastante complexa sobre a possibilidade da redução da imputabilidade penal para 16 anos.

Diante tal discussão existem vários posicionamentos sobre a questão, posicionamentos favoráveis e desfavoráveis, dos quais abordaremos a seguir.

3.3.1 Argumentos dos que defendem a redução

Das justificativas dos quais defendem tal medida a principal se dá por acreditar que esta seria a solução para a criminalidade, visto que assim o jovem ficaria intimidado, e em virtude disso, não praticaria o crime.

Barbosa (1992) defende o critério biopsicológico, assim entende que deveria analisar sobre o discernimento, do qual os maiores de 16 anos, no entendimento de Barbosa (1992, p. 16) possuem assim ele discorre:

o melhor critério é o biopsicológico, considerando-se que a idade de dezesseis anos é a idade de aquisição facultativa dos direitos políticos, (...) se a mulher casada se emancipa civilmente com o casamento aos dezesseis anos e se projeto de lei visa a que o maior de dezesseis anos possa dirigir veículos, não se compreende que não possa responder pelos atos ilícitos que porventura praticar.

São muitos os que seguem o entendimento de que o maior de 16 anos possui discernimento completo, visto que o jovem de hoje possui vários meios de informação, dessa forma se dá o amadurecimento precoce, visto que se utiliza da internet, TV, rádio dentre outros veículos de comunicação.

Assim se posiciona Volpi (1998, p.169):

Até mesmo crianças pequenas sabem que não pode matar, que machucar o outro é “feio” ou que não é permitido tomar para si o objeto do outro. O velho Catecismo

Romano já considerava os sete anos como a “idade da razão”, a partir da qual é possível “cometer um pecado mortal.

No mesmo sentido Capez³ discorre que:

A grande questão é: como podemos, nos dias de hoje, afirmar que um indivíduo de 16 anos não possui plena capacidade de entendimento e volição? Estamos “vendando” os olhos para uma realidade que se descortina: o Estado está concedendo uma carta branca para que indivíduos de 16, 17 anos, com plena capacidade de entendimento e volição, pratiquem atos atrozes, bárbaros. Ora, no momento em que não se propicia a devida punição, garante-se o direito de matar, de estuprar, de traficar, de ser bárbaro, de ser atroz. Mesmo considerando-se aspectos da realidade educacional e a omissão do Estado em prover a orientação adequada para os jovens, ainda assim, a redução da maioridade penal é medida justa. Até porque, se ponderarmos esses fatores, aquele que praticou um crime com 18, 20, 21 anos, o fez porque não teve oportunidade, também, de emprego, estudo etc. Por isso, tal argumento não pode ser levado em consideração para afastar a redução da maioridade penal.

Outro fator importante é sobre como a mídia trata as informações, passando assim a atrair o clamor social em busca da justiça, embora o clamor social não deve ser levado em conta, pois a população não possui conhecimento jurídico, e por isso confundem a inimputabilidade com a impunidade, que devido as matérias sensacionalistas deixa um ar de que o jovem infrator é impune a lei.

Para os que defendem a redução, acredita-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz uma proteção excessiva sobre os jovens, pois se podem praticar atos lesivos devem também responder por eles.

Coutinho⁴ elucida que:

É falsa a sensação de impunidade dos menores afinal o Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado em consonância com o espírito dos organismos internacionais voltados ao problema da juventude em conflito com a lei. Nunca é demais anotar que a Carta Política, demonstrou especial preocupação com a criança e o adolescente, demonstrando a necessidade do Estado em tutelar esse segmento da população.

Outra questão levantada por quem defende tal posição, seria sobre a qual maiores de 16 anos embora facultativo podem votar. Ora se podem decidir o rumo ao qual o país tomara, podem também responder por seus atos.

Reale elucida (1990, p. 161) que:

³ CAPEZ, Fernando. Redução da maioridade penal: uma necessidade indiscutível. 28.02.2007. Disponível em: < <http://www.fernandocapez.com.br/vs2/index.php?action=70&id=29>> . Acesso em: 08 novembro 2015.

⁴Disponível em:<<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=261>>. Acesso em : 08/08/2105

No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito a voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembléia Nacional Constituinte para gáudio do ilustre senador que sempre cultivava o seu 'progressismo'...Aliás não é compreensível que se possa exercer o direito de voto quem nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral.

Nesse sentido versa que a Constituição concorda com o discernimento do jovem de 16 anos, desse modo, seria totalmente possível que recaia sobre o mesmo a imputabilidade.

Os defensores da redução entendem não ser possível o sistema biopsicológico visto a precariedade do sistema brasileiro, entretanto, versam que o sistema deveria ser biológico constando que é totalmente possível aferir discernimento aos 16 anos, nessa linha Reale⁵ expõe:

Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo.

3.3.2 Argumentos dos que são contra a redução

A corrente que defende a ideologia já pacificada versa que o rebaixamento de nada adiantaria para a redução da criminalidade, visto o contato do jovem com presos de alta periculosidade agravaria as chances de ressocialização.

Mirabete (1999. p. 217), assim discorre:

A redução do limite de idade no direito penal comum representaria um retrocesso na política penal e penitenciário brasileiro e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes. O ECA prevê, aliás, instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 anos, sem os inconvenientes mencionados.

Observa-se que a criminalidade não teria mudanças, além do que com a redução, os adultos que já se aproveitam de jovens dentro do tráfico, continuariam se aproveitando, entretanto de crianças ainda menores.

Mirabete (1999) discorre sobre as condições precárias do sistema prisional Brasileiro, ainda ressalta que o melhor a ser feito, é investir mais em educação visando então à redução da desigualdade social.

⁵REALE, Miguel. Nova Fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva. 2001.

A redução da maioria penal não é a solução para os problemas derivados da criminalidade infantil, visto que o cerne do problema da criminalidade se reluz em decorrência das condições socialmente degradantes e economicamente opressivas que expõe enorme contingente de crianças e adolescentes, em nosso país, à situação de injusta marginalidade social (MIRABETE, 1999, p.217).

A pena privativa de liberdade não é a melhor a ser aplicada em casos de atos infracionais, isto porque, inviabilizaria as chances de recuperação, visto que a criança e o adolescente estão ainda em fase de desenvolvimento, devido sua vulnerabilidade, a prisão se tornaria uma escola do crime.

Ora devemos ver que a maior parte de crianças e adolescente que cometem atos infracionais é de classe inferior, isto porque, a pobreza está ligada ao crime, é preciso buscar a redução da desigualdade social.

Outro ponto que deve ser rebatido é sobre o qual jovens de 16 anos possam votar e assim poderiam também responder por seus atos.

Volpi (1998, p.165) salienta que:

Dizer-se que o jovem de 16 anos pode votar e por isso pode ir para a cadeia é uma meia-verdade (ou uma inverdade completa). O voto aos 16 anos é facultativo, enquanto a imputabilidade é compulsória. De resto, a maioria esmagadora dos infratores nesta faixa de idade nem sequer sabem de sua potencial condição de eleitores.

A legislação trata de forma diferenciada sobre cada seara no que tange o alcance da maioria, dessa forma entende-se que não existe uma maioria absoluta, há exemplo o trabalho, o jovem de 14 anos pode começar sua vida profissional, assim como aos 16 a Justiça Eleitoral entende estarem aptos para exercício da democracia, também existem funções que a idade fixada ultrapassa os 18 anos, assim como para se candidatar a presidência do País deve ter no mínimo 35 anos.

Importante ressaltar é sobre o óbice constitucional encontrado no artigo 228, assim caracterizada como cláusula pétrea, de modo que seja impossível a redução a não ser mediante nova Constituição.

Canotilho pondera sobre a impossibilidade da alteração, visto que o entendimento atual fora uma conquista através de longos períodos históricos, não sendo passível a alteração por emenda, o fato é que se houvesse uma limitação dos direitos já assegurados, a Constituição atual perderia sua total eficácia e estaríamos frente a um novo poder Constituinte.

A resposta tem de tomar em consideração a verdade evidente de que nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar o vento com suas mãos, nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu sua força normativa. Mas há também que se assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. (...) Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras de uma ordem constitucional histórica-concreta. Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte mas não perante uma manifestação do poder de revisão. (CANOTILHO, 1993, p. 1129-1130)

Nesse sentido podemos ver que a reforma do texto constitucional, afronta diretamente o que a Constituição versa como cláusula pétrea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foi possível verificar as mudanças sobre as quais passaram a questão da maioridade penal, quando a criança e o adolescente foram tratados como objetos, entretanto, a Constituição Federal representa um grande avanço por lhes assegurar direitos, conferindo-lhes o status de sujeitos de direitos e deveres.

A Constituição Federal de 1988 é a maior garantidora de direitos, desse modo, inclui os direitos da criança e do adolescente, no capítulo de família, visando uma proteção concreta em seu artigo 228, reforçando o entendimento do qual versa o Código Penal.

Vários foram os sistemas utilizados para estabelecer critérios sobre o discernimento e maturidade dos menores, entretanto, atualmente o Brasil se utiliza do sistema puramente biológico, sobre o qual entende a imputabilidade aos maiores de 18 anos, sendo inimputáveis crianças e adolescentes.

É notável a grande onda de violência vivida nos tempos atuais, sendo que grande parte decorre de atos infracionais praticados por adolescentes. Diante disso abre-se uma enorme discussão sobre a possibilidade da redução da maioridade penal, de modo a alterar o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 por uma emenda.

Muitos acreditam que a redução da maioridade penal possa ser a fórmula mágica que irá reduzir a violência que reina na sociedade, entretanto, essa concepção não representa apenas uma ignorância como é mera utopia. A redução da criminalidade como consequência da redução da maioridade penal é uma falácia tendo como cunho mais político do que científico.

A corrente majoritária discorre não ser esta a melhor solução dada ao problema da criminalidade. O crime não acabaria simplesmente frente a uma redução da imputabilidade, visto que os adultos se aproveitariam de crianças ainda menores, além de que não possuímos um sistema penitenciário que recupera.

Além do mais, é inquestionável a restrição de garantias individuais e, de acordo com a Constituição, o artigo 228 trata-se de um direito fundamental conferido à criança e ao adolescente advindo de conquistas ao longo do tempo. Tal dispositivo trata-se de cláusula pétrea, não admitindo modificações que possam suprir direitos.

Ainda versa que o Estado deve garantir o desenvolvimento da criança e do adolescente. O contato dos jovens com adultos tornaria a ressocialização praticamente impossível, entendendo que seriam levados por influência dos maiores criminosos, se aprofundando ainda mais no mundo do crime.

Conclui-se então que é dever da família e do Estado garantir o desenvolvimento da criança e do adolescente, e não há que se falar em redução enquanto as instituições que deveriam cuidar integralmente do desenvolvimento de crianças e adolescentes se mostrarem negligentes nesta tarefa.

REFERENCIAS

- ANDRADE, Rafael Ribeiro. **Golpe da maioria**. Disponível em <<http://rachacuca.com.br/educacao/historia-do-brasil/golpe-da-maioridade/>>. Acesso em: <03/06/2015>.
- AGRA, Walber de Moura. **Tratado de Direito Constitucional, v. 1** / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARBOSA, D. R; SOUZA, T. S. de. **Direito da Criança e do Adolescente - Proteção, Punição e Garantismo**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- BARBOSA MF. Menoridade penal. RJTJESP, LEX - 138. 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, César Roberto, **Tratado de Direito Penal: parte geral 1** / César Roberto Bitencourt. – 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus; 1992.
- BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**, disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html>, acessado em: 20/06/2015.
- BRASIL. **Código Penal brasileiro** (CP - Decreto-Lei nº 2.848/40).
- Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva 2011.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva. 2011. Lei nº 8.069/90.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão. Verificado que o paciente era menor à época da prática do ato infracional, resulta configurada a inimputabilidade. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsultada=inimputabilidade+do+menor&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=08%2F03%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal>. Acesso em: 18/08/2015.
- BRASIL. **Código Republicano de 1890**, disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>, acessado em: 20/11/2015.
- BRASIL, código de menores, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm, acessado em: 21/11/15

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquin Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral** : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Redução da maioria penal: uma necessidade indiscutível**. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/o-promotor/atualidades-juridicas/reducao-da-maioridade-penal-uma-necessidade-indiscutivel/>> Acesso em: outubro/2015.

CLÁUSULA PÉTREA. **Conanda vai ao STF para barrar redução da idade penal**. O Estado de São Paulo 09 out 2007, Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/cidadania/infancia-e-parlamento/conanda-vai-ao-stfpara-barrar-reducao-da-idade-penal/>>. Acesso em: 05/10/2015.

CONDE, Muñoz, **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.
DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Retrocesso da redução da imputabilidade penal para 16 anos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 94, 5 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4218>. Acesso em: 11 fev. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

Declaração dos Direitos das Crianças. Disponível em <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/documentos/0004.html> Acesso em 15 de Nov. de 2015.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Direito da Criança e do Adolescente: Direito Fundamental à Educação**. V.2. São Paulo: Lumarte, 2001.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. volume V. arts. 121 a 136. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 21ª ed., ver. e atual. São Paulo: editora Saraiva, 1998.

LAMENZA, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado: artigo por artigo**, parágrafo por parágrafo / Francisco Lamenza; Antônio Cláudio da Costa Machado (organizador). - - Barueri, SP: Manole, 2012.

LEIRIA, Claudio da Silva. **Redução da maioria penal: Porque não?** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1707> Acesso em: outubro/2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Sócio-educativa é Pena?**. 1ª ed.; São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2ª ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

MAIOR, Olimpio Sotto. Medidas socioeducativas. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. I. Parte Geral. 15 ed. São Paulo : Atlas, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v 1 .9. ed. São Paulo, SP: Atlas, 1996. p. 202.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Volume I. 20 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NAVES, Rubens. **Justiça para crianças e jovens**. In: Práticas de Cidadania. Organização: Jaime Pinsky. São Paulo: Contexto, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. rev. atual e. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Ordenações Filipinas. **Livro V, Título CXXXV**, p. 1311. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1311.htm>>. Acesso em: 15/07/ 2015.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Função Social da Família no código civil**. 1990.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 39.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del ey, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. atual. de acordo com o Novo Código Civil, Estudo Comparado com o Código Civil de 1916, Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.

VOLPI, Mario. **Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal**. 2ª Ed., São Paulo: editora Cortez, 1998.

VOLPI, Mário (Org.). **O adolescente e o ato infracional**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999.