



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

SIDNEY PEREIRA RAUPP FILHO

**MAIORIDADE PENAL:
DO IMPÉRIO A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Palhoça

2017

SIDNEY PEREIRA RAUPP FILHO

**MAIORIDADE PENAL:
DO IMPÉRIO A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª. Danielle Maria Espezim dos Santos, Dr.

Palhoça

2017

SIDNEY PEREIRA RAUPP FILHO

**MAIORIDADE PENAL:
DO IMPÉRIO A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 05 de julho de 2017.

Prof^a. e orientadora Danielle Maria Espezim dos Santos, Dr.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Wânio Wiggers, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Profa. Andréia Catine Cosme, Msc
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

MAIORIDADE PENAL: DO IMPÉRIO A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 05 de julho de 2017.

SIDNEY PEREIRA RAUPP FILHO

RESUMO

O presente trabalho monográfico proporcionará uma compreensão mais aprofundada da evolução histórica do direito da criança e do adolescente, do Império a Constituição Cidadã promulgada em 1988, passando pelo advento do marco normativo garantidor do direito da criança e do adolescente chamado Estatuto da Criança e do Adolescente. Há inúmeras investidas do espectro político conservador para alteração da imputabilidade penal inscrita no art. 228 da Constituição da República, tal como a Proposta de Emenda à Constituição 171/1993, que chegou a ser votada e aprovada em dois turnos na Câmara Federal, e tratava da diminuição da imputabilidade para 16 (dezesseis) anos, nos casos de crimes hediondos praticados por adolescentes. Portanto, nos aprofundamos no tema da possibilidade de diminuição da maioridade penal e concluímos pela inconstitucionalidade de qualquer emenda constitucional que venha a tratar de diminuição da imputabilidade, por tratar-se de cláusula pétrea que visa a imutabilidade do direito e garantia individual da criança e do adolescente em não ser responsabilizado dentro do sistema penal, regido pelo Código Penal e Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Maioridade Penal. Direitos Fundamentais. Cláusula Pétrea.

LISTA DE SIGLAS

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90

CPP – Código de Processo Penal

CC – Código Civil de 2002

SUS – Sistema Único de Saúde

MP – Ministério Público

HC – Habeas Corpus

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

ONU – Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 MENOR VERSUS CRIANÇA E ADOLESCENTE	09
2.1 DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E O CÓDIGO DE MENORES NO BRASIL	10
2.2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	13
3 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI	26
3.1 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.....	27
3.2 PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO	35
4 A REDUÇÃO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL	53
4.1 UM LEVANTAMENTO NAS POSIÇÕES DOCTRINÁRIAS.....	55
4.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E IMPUTABILIDADE PENAL.....	60
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a maioridade penal no seu aspecto histórico e evolutivo, analisando o período desde o início no Brasil imperial até o advento do marco civilizatório da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pretende-se com este trabalho verificar neste período histórico a evolução do direito da criança e do adolescente até a promulgação da CRFB/88, e pós-constituição, e se há a possibilidade de diminuição da idade para responsabilização penal à luz da CRFB/1988.

Os objetivos essenciais desta pesquisa são apresentar a evolução histórica da legislação que trata do direito da criança e do adolescente em diferentes épocas, contextualizar o clamor popular pela redução ou aumento da imputabilidade penal, apresentar o resultado das medidas legais adotadas em favor e contra a diminuição da maioridade, e demonstrar se é possível a diminuição da maioridade penal à luz da CRFB/1988.

A monografia busca desvendar as seguintes incógnitas: o que mudou do Império até os dias atuais com a vigência plena do estado democrático de direito; e, se a CF/88 admite a diminuição da maioridade penal;

Os pressupostos teóricos utilizados neste trabalho são baseados nos conceitos dos juristas José Afonso da Silva, Luiz Roberto Barroso, Gercino Gerson Gomes Neto, Mario Volpi, João Batista da Costa Saraiva, Danielle Maria Espezim dos Santos, Josiane Rose Petry Veronese e Fernanda da Silva Lima. Leva-se em consideração que a imputabilidade penal presente no art. 228 da CRFB/88 compõe o rol de direitos fundamentais do art. 5º.

Além disso, a pesquisa analisa as legislações que se sucederam do Império até os dias atuais, dentre elas, destaca-se o Código Criminal do Império de 1830, inspirado no Código Francês de 1810, que adotou o “sistema do discernimento”, onde os maiores de 14 (quatorze) anos respondiam criminalmente, sendo recolhidos às casas de correção. Era uma imputabilidade relativa, já que crianças de 7 (sete) à 14 (quatorze) anos, adotado o critério biopsicológico, poderiam responder criminalmente de acordo com o seu discernimento a respeito do ato criminoso, sendo de 17 (dezessete) anos a idade limite para a permanência nas casas de correção. Os códigos que o sucederam possuíam critérios muito parecidos,

variando entre a doutrina do direito penal do menor e a doutrina da situação irregular.

Já no período mais atual, com a doutrina da proteção integral, passou-se a considerar a proteção aos direitos humanos da criança e do adolescente, onde foi levado em consideração os tratados internacionais sobre direitos humanos, sendo incorporado na legislação pátria através da CF/88, do Estatuto da Criança e do Adolescente e outras leis esparsas.

O método de abordagem utilizado na pesquisa, conforme pensamento dedutivo inicia-se com a evolução histórica da legislação que trata da criança e o adolescente em conflito com a lei e ao final, verifica se a CRFB/88 admite a diminuição da maioria penal. Já com relação à natureza, utiliza-se o método qualitativo advindo dos conceitos e teorias dos autores pesquisados, adotando o método de procedimento monográfico. Por fim, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, baseada na CRFB/88 e leis infraconstitucionais, bem como em doutrinas, jurisprudências e artigos temáticos.

A monografia está estruturada em capítulos, e suas subseções, em um total de 3 (três). O primeiro capítulo trata da conceituação da criança e o adolescente em conflito com a lei, antes da CF/88, onde a criança e o adolescente em conflito com a lei era avaliada através do critério biopsicológico (subjetivo), e depois da CF/88, onde se estabeleceu a imputabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos, que eram avaliados segundo o critério biológico (objetivo).

Em seguida, aborda-se o tema, muito instigante por sinal, que é o conceito de proteção integral inaugurado pelo ECA, legislação especial que confere status protetivo para crianças e adolescente com ou sem conflito com a lei. Esse tema traz argumentos de juristas renomados, quantos às medidas socioeducativa e procedimentos de apuração do ato infracional.

Por fim, no último capítulo, será tratada a temática da redução da imputabilidade penal, na qual faz-se um levantamento doutrinário entre diferentes pontos de vista até chegar-se à análise dessa proposta sob o ponto de vista constitucional.

2 MENOR VERSUS CRIANÇA E ADOLESCENTE

Ao longo da história brasileira houve diversos códigos penais que davam diferentes sentidos ao termo menor infrator, ou seja, brasileiros menores de 18 (anos). Três teorias se destacam na conceituação do menor infrator: a doutrina do direito penal do menor, a doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral.

A doutrina do direito penal do menor foi adotada pelo Código Criminal do Império de 1830, inspirado pelo Código Penal Francês de 1810, e pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, vigente a partir de 1890. Ambos adotavam o sistema do discernimento “que consistia em imputar a responsabilidade ao menor, em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso”. (PEREIRA, 2000, p. 11)

Com a entrada em vigor do código de menores de 1979 – Lei n.º 6.697 (BRASIL, 1979) – que revogou o Código de Melo Matos, o código incorporou a doutrina da situação irregular. Essa doutrina visava tão somente o controle social dos “menores”, não atacando o problema da falta de políticas para a juventude.

Nesse contexto, para o estado, a criança e o adolescente em conflito com a lei era problema único e exclusivo da família, cabendo ao estado apenas a punição dos ilícitos. Essa doutrina, para Veronese (1997), era utilizada como um mecanismo tutelador, característico de sistemas punitivos inquisitórios.

O tutelado sempre o tem sido em razão de alguma inferioridade (teleológica, racial, cultural, biológica etc.). Colonizados, mulheres, doenças mentais, minorias sexuais etc., foram psiquiatrizados ou considerados inferiores, e, portanto, necessitados de tutela. (ZAFARONI, 2003, p. 695)

Essa tutela discriminatória, de que Zafaroni (2003) comenta, servia aos interesses da elite da época em criar um exército de mão-de-obra barata, com o pretexto de “separar o joio do trigo”, o que, na realidade, visava retirar do convívio social aqueles indivíduos que não serviam aquele modelo de mercado de trabalho.

Diferentemente das outras doutrinas apresentadas, que se perpetuaram até o período ditatorial (1964-1985), a Doutrina da Proteção Integral inaugurada com o advento da CRFB/88 (BRASIL, 1988) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), depois da Convenção Internacional de Direitos da Criança da ONU (Organização das Nações Unidas) (BRASIL, 1989), estabeleceu um marco na proteção da Criança e do Adolescente agregando uma série de direitos e garantias individuais a essa pessoa em desenvolvimento, com a adoção de políticas públicas

dirigidas a infância e a adolescência, isto é, uma resposta humanizada às questões e demandas sociais.

O ato infracional, sua forma de responsabilização e as medidas socioeducativas são mecanismos consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com tal doutrina, tem por fundamento o seguinte tripé: liberdade, respeito, dignidade. Não se pode mais tratar a infância e a juventude com descaso; não se pode mais coisificá-las como meros objetos passíveis de tutela normativa; não se pode mais diferenciar a quem se deve proteger. Todas as crianças e adolescentes, indistintamente, estão na condição de sujeitos de direitos e são merecedores de uma proteção especial aos seus direitos, sem negligência, crueldade, opressão, discriminação e sem desrespeito. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 148)

O Estatuto representa uma evolução significativa em relação ao revogado código de menores de 1979, principalmente por estabelecer direitos e garantias especiais a essas pessoas em desenvolvimento, menores de 18 (dezoito) anos, que não são atingidas pelo código penal, pois esses não cometem crimes nem são passíveis de pena, somente praticam ato infracional punível com medidas socioeducativas. Não sendo mais possível a relativização da menoridade de acordo com critérios subjetivos avaliados pelo juiz de menores.

2.1 DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E O CÓDIGO DE MENORES NO BRASIL

Os códigos antes da CRFB/88 variavam entre a doutrina do direito penal do menor e a doutrina da situação irregular.

De início, o Código do Império (BRASIL, 1830) estabeleceu que a maioria penal iniciava aos 14 (quatorze) anos completos, isto é, a criança e o adolescente em conflito com a lei já respondiam criminalmente pelo ilícito, sendo recolhidos às casas de detenção. Apesar disso, a imputabilidade das crianças de 7 (sete) à 14 (quatorze) anos era relativa, já que se a criança possuísse discernimento que determinada conduta consistia crime, era responsabilizada criminalmente, somente com o atenuante de que havia um limite de até 17 (dezessete) anos para que essas crianças permanecessem nas casas de correção. Nota-se que havia uma distinção entre o maior de 14 (quatorze) anos e os maiores de 7 (sete) anos e

menores de 14 (quatorze) anos, os primeiros eram recolhidos a prisão comum, enquanto os segundos eram recolhidos a estabelecimentos especiais.

Com a entrada em vigor do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, após a proclamação da república, a imputabilidade absoluta passou de 7 (sete) para 9 (nove) anos, o que pode ser considerado um avanço, mesmo que moderado. Dos 9 (nove) aos 14 (quatorze) anos, a criança em conflito com a lei poderia ser responsabilizada segundo seu discernimento perante seus atos. A avaliação do discernimento continua a ser feita pelo juiz, do mesmo modo que estava previsto no código anterior. Na avaliação era levado em conta critérios subjetivos, dentre eles “vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem” (SIQUEIRA, 1979, p. 52 apud PEREIRA, 2000, p. 12).

A sociedade em constante transformação exigiu a solução do grave problema das crianças que moravam nas ruas das cidades sem perspectivas. Nesse sentido:

Por isso, medidas urgentes se faziam necessárias para que não ameaçassem o projeto de nação; foi assim que, logo nos primeiros anos do século XX, o Estado decidiu intervir investindo nas instituições públicas de recolhimento das crianças em situação de abandono, higienizando e tirando das ruas os indesejáveis sociais. Nesse momento, os juristas brasileiros conquistaram espaço e auxiliaram as lideranças e autoridades do governo a pensar novas soluções para os problemas da criminalidade urbana, da qual a infância também constituía uma peça chave. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 43)

Infelizmente as políticas de encarceramento foram se intensificando chegando ao ponto de, lá pelos idos de 1900, o Secretário de Justiça e Segurança Pública, Washington Luís, expor a seguinte pérola “A questão social é uma questão de polícia”. Dá para ter uma ideia do tipo de direcionamento às políticas públicas de segurança tinham na visão dos representantes do poder público de plantão.

O ápice da repressão e da falta de garantia dos direitos da criança e do adolescente veio com a entrada em vigor do código de menores de 1927 – Decreto nº 17.943-A, onde o juiz, a seu bel prazer, classificava a criança e o adolescente em conflito com a lei como delinquente ou não, já que as condutas não eram bem tipificadas. O art. 1ª desta lei assim versava sobre a definição de criança e o adolescente em conflito com a lei: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo.” (BRASIL, 1927).

Os atos tidos antissociais ou de delinquência sofriam tratamento distinto segundo a idade a criança e o adolescente em conflito com a lei. O tratamento especial (art. 68) era dado aos menores de 14 (quatorze) anos, que não sofreriam punição, apenas o juiz de menores colhia as informações sobre o fato punível e seus agentes, o estado físico, mental e moral da criança e o adolescente em conflito com a lei e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor.

Já o tratamento penal (art. 69) era dado aos maiores de 14 (quatorze) anos e menores de 18 (dezoito), que respondiam penalmente por seus atos recolhidos as casas de reforma pelo período entre 3 (três) a 7 (sete) anos. Os procedimentos do artigo 69 do Código de Menores de 1927 estão descritos da seguinte forma:

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

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

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

§ 3º Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo e de sete annos, no máximo. (BRASIL, 1927)

Na esteira dessa política criminal cada vez mais repressiva do referido diploma legal de 1927 “foi comum a construção e ampliação dos institutos correcionais, local destinado a recolher a maioria dos menores em situação de abandono, ou que tivessem afrontado algum dispositivo do Código Penal” (SANTOS; VERONESE; LIMA, 2013, p. 21)

Com o aumento crescente da repressão, os resultados para a sociedade nunca chegavam, por não conseguir debelar os autos índices de violência. As políticas de segurança iam se desenvolvendo sempre no sentido da institucionalização da criança e o adolescente em conflito com a lei, gerando um número cada vez maior de encarcerados. Mas como tudo que já é ruim, pode piorar, chegou um dos piores momentos, logo após o golpe de 1964.

Todo esse período onde vigorou a teoria menorista, a subjetividade da criança e do adolescente nunca foi respeitada e raras vezes foi levada em conta, na

aplicação das medidas contra a criança e o adolescente em conflito com a lei, as medidas alternativas que não implicassem na medida mais gravosa, a internação. A verdade é que os juízes não acreditavam em soluções alternativas de acolhimento e ressocialização.

2.2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o advento da CRFB/88 foi estabelecido, pela primeira vez no Brasil, no texto constitucional, a imputabilidade da criança e do adolescente. Ficou estabelecido no artigo 228 que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988). Enfim restabeleceu-se o critério biológico (objetivo), de acordo com a idade, que está conforme a Declaração Internacional dos Direitos Humanos.

Acolhida na carta magna, a imputabilidade penal aos menores de 18 (dezoito) anos foi só o primeiro passo para a garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Tendo por ato seguinte a entrada em vigor, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 (BRASIL, 1990) – que veio consolidar a acolhida da infância e da juventude como categoria especial de pessoas em desenvolvimento, com sua mente e emoção em franca transformação e amadurecimento. Finalmente o Estatuto revogou integralmente o Código de Menores de 1979, então, inaugura-se uma nova fase, deixando para trás a teoria menorista, para estabelecer a doutrina jurídica da proteção integral à criança e ao adolescente com ou sem conflito com a lei.

As disposições preliminares do ECA contidas nos arts. 1º a 6º delineiam de forma expressiva o arcabouço jurídico que passou a vigorar no Brasil a partir da adoção da doutrina da proteção integral aplicável à criança e ao adolescente, sendo considerada uma das legislações mais avançadas do mundo.

O estatuto comunica expressamente a teoria adotada no Brasil, através do art. 1º da Lei 8.069: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990).

Este dispositivo só vem ratificar os direitos sociais e a prioridade em educar, que protegem a infância (aqui tratado no sentido amplo, de criança e adolescente) insculpidos nos arts. 6º e 227, da CRFB/88. Sendo assim, a infância

possui categoria especial de direitos e é a prioridade número um do estado brasileiro na implementação de políticas públicas e em termos de proteção estatal.

E a prioridade relatada não pode ser tratada como letra morta da lei, a absoluta prioridade pode ser exemplificada da seguinte maneira: uma vaga em creche sempre virá antes de uma obra viária, por exemplo. Porque prioridade deve ser efetiva, não mera peça de ficção, e felizmente os tribunais tem encampado essa tese da absoluta prioridade. Como se pode extrair dessa decisão em agravo de instrumento da segunda câmara de direito público do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de relatoria do Desembargador João Henrique Blasi:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO VETORIZADA À CONCESSÃO DE MATRÍCULA EM CRECHE MUNICIPAL. DIREITO DOTADO DE PRIORIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. "Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora inquestionável que resida, [...], nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional" (STF, AgRgRE n. 639.337, Min. Celso de Mello), cabendo, bem por isso, a antecipação dos efeitos da tutela, tal como deferida. (SANTA CATARINA, 2016)

Já no art. 2ª, do ECA considera-se criança e adolescente para os fins de aplicação do estatuto:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (BRASIL, 1990)

O presente dispositivo estabelece o conceito legal e estritamente objetivo, sendo importante frisar que o legislador ordinário, assim como já o havia feito o constituinte originário, deixaram de utilizar, propositalmente, a nomenclatura “menor”, que possui significação discriminatória, incompatível com o novo

mandamento constitucional, para utilizar o termo criança e adolescente para se referir a infância agora como sujeitos de direitos fundamentais.

É importante mencionar que o adolescente tratado no dispositivo, mesmo que adquirir a condição de jovem entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos emancipado, nos termos do art. 5º, par. Único, do CC, estará protegido pelo ECA. Neste sentido, extrai-se enunciado nº 3 aprovado na I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: “A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei n. 8.213 (BRASIL, 1991), que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial.”

Este artigo também encontra relação com dois dispositivos do ECA, sendo eles o art. 40 e art. 121, § 5º (BRASIL, 1990). O primeiro se ocupa da aplicação dos dispositivos estatutários a jovens de 18 (dezoito) a 21 (vinte e um) pretendentes a adoção, enquanto o outro que fixa o limite etário de 21 (vinte e um) anos para aplicação da medida socioeducativa de internação.

Ainda nesse diapasão, também o jovem maior de 18 (dezoito) anos, a partir da Emenda Constitucional 65/2010, passou a gozar de absoluta prioridade em relação ao estado brasileiro na defesa/promoção dos direitos fundamentais, para que não fique desamparado em relação aos programas de proteção e promoção social que já participava enquanto adolescente.

Deve-se exaltar o caráter humanista das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de que ainda há muito a avançar nas práticas dos nossos juízes na efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, principalmente no tratamento do ato infracional e seu processamento.

Na sequência, observa-se o art. 3º do dispositivo estatutário que segue abaixo:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [5], sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Apesar de conter obviedades, o dispositivo é um inegável progresso ao reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, e esse princípio tem reflexos ao longo do estatuto, como por exemplo, quando protege o infante dos

abusos estatais na esfera processual, dando-lhes os mesmos direitos e garantias que qualquer pessoa acusada de cometer um ilícito, seja qual for sua idade (art. 106 e 111, do ECA). Essas garantias estão em consonância com os princípios 1º e 2º, da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. (ONU (Organização das Nações Unidas), 1959)

O dispositivo a seguir, art. 4º do ECA, praticamente reproduz a primeira parte do art. 227, caput, da CRFB/88:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990).

Esse dispositivo deixa claro a todos os membros da sociedade e ao poder público, que é dever de todos a defesa/promoção dos direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente. Ao colocar o seio familiar como primeiro ente obrigado a defender e promover os direitos das crianças e adolescentes, o legislador, não por acaso, quis estabelecer no espírito da lei que toda a atividade desenvolvida em benefício destes deve ser laborada preferencialmente no âmbito familiar, onde o cuidado deve ser mais intenso e persistente.

Também, com a mesma razão, o direito à convivência familiar estar no rol de direitos fundamentais a serem supridos com absoluta prioridade à criança e ao adolescente (art. 4º, caput c/c 19 e seguintes, do ECA e art. 227, da CRFB/88). Assim como, em resposta ao mandamento constitucional do art. 226, da CRFB/88, o legislador estatutário estabeleceu uma série de mecanismos de proteção à família no ECA, nos arts. 19, §3º, 23, parágrafo único, 101, inciso IV e 129, incisos I e IV. O que também é reforçado pelos arts. 18 e 70, do ECA: “[...] dever de toda e qualquer pessoa zelar pelo bem-estar e pelo respeito aos direitos de crianças e adolescentes.” (BRASIL, 1990).

De modo a tornar cristalino o alcance da norma constitucional expressa no caput do art. 227, da CRFB/88, o legislador estabeleceu o rol dos direitos da criança e do adolescente entre os art. 7^a e 69^o, do ECA, que devem ser atendidos com absoluta prioridade pelo poder público. E mesmo estando detalhado no texto, esse rol é apenas exemplificativo, podendo ser ampliado com a acolhida de outros direitos reconhecidos pelo Juiz da Infância e Juventude.

Nesse sentido, o jurista Liberati ensina sobre as prioridades dos governos, referindo como número 1 (um) na escala, a criança e o adolescente:

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deverão asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc, porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 2003. p. 47)

Ainda na análise dos artigos 7^a e 69^o do estatuto, um exemplo bem contundente da absoluta prioridade aqui tratada é o socorro e atendimento médico à crianças e adolescentes em catástrofes naturais, sendo colocados a salvo de qualquer perigo, o que coaduna com o 8^o princípio da Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959: “ Princípio VIII - Direito a ser socorrido em primeiro lugar, em caso de catástrofes. A criança deve - em todas as circunstâncias - figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio. ” (ONU (Organização das Nações Unidas), 1959).

A prioridade também está relacionada a estrutura física do serviço público oferecido à população, que devem adequados para atender crianças e adolescentes, com espaços separados, evitando assim constrangimentos e situações vexatórias aos pequenos. Assim segue contundente posição do judiciário em relação ao tema:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INÉPCIA PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO ORÇAMENTÁRIO. A peça vestibular do processo é muito clara e precisa ao indicar que pleiteia a formação de estrutura suficiente para concretização dos programas regionalizados de atendimento ao menor infrator, privado de liberdade. Apresenta, inclusive, minúcias sobre a postulação. Invoca o ECA, para amparar o pedido. Ademais, a matéria focada na preliminar, se confunde com o mérito. Não há um laivo sequer de afronta ou negação ao poder discricionário da administração pública, mas simples exigência do cumprimento da lei. Discricionariedade administrativa jamais poderá ser confundida com arbitrariedade é até irresponsabilidade. Para ela existe o controle das leis. O poder judiciário, no estrito cumprimento de sua função, estabelecida pela lei estadual acima mencionada, tomou todas as medidas cabíveis e colocou em pleno funcionamento aqueles juizados regionais. A administração pública estadual, de sua parte, não proporcionou as

condições necessárias e imprescindíveis, para viabilizar que as decisões desses juizados pudessem ser cumpridas adequadamente. Sentença mantida. Recurso improvido. (RIO GRANDE DO SUL, 1999).

Esse posicionamento alegra àqueles que militam no direito da criança e do adolescente, por verem suas teses sendo acolhidas nos tribunais, referido na citação acima, onde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através de um de seus colegiados, preferiu decisão de tamanho impacto para reafirmar de forma incontestável o que é a absoluta prioridade na garantia/promoção dos direitos das crianças e adolescentes aos gestores públicos deste país.

O art. 5º do ECA vem tornar efetivo a proteção da criança, ao prever que haverá punições estabelecidas ao longo do estatuto para agentes que, por ação ou omissão, atentarem contra os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, assim transcrito:

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (BRASIL, 1990)

As condutas atentatórias de que o artigo trata estão descritas nos arts. 228 a 258-B, do ECA (BRASIL, 1990), sendo a atuação do Ministério Público (art. 201, do ECA) indispensável para a efetivação das punições, seja no oferecimento da denúncia, seja na produção de provas. Bem como é indispensável a atuação dos Conselhos tutelares (art. 131, do ECA) no acolhimento da criança e encaminhamento das providencias em relação aos familiares ou aos serviços públicos.

A categoria especial de pessoa em desenvolvimento foi introduzida no ordenamento pátrio através do art. 6º, da Lei 8.069, assim descrita:

Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (BRASIL, 1990)

Esse dispositivo, juntamente com o art. 5ª, do Dec. Lei 4.657 (BRASIL, 1942), Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, dão o norte de interpretação ao estatuto da criança e do adolescente, vendando a aplicação de seus dispositivos em prejuízo da criança e do adolescente, os quais são destinatários das normas e da proteção integral delegadas ao poder público. Nesse sentido, extrai-se lição do Egrégio Supremo Tribunal Federal, eterno guardião da Constituição Federal:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INTERPRETAÇÃO. O Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e a integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - SEGREGAÇÃO. O ato de segregação, projetando-se no tempo medida de internação do menor, surge excepcional, somente se fazendo alicerçado uma vez atendidos os requisitos do artigo 121 da Lei nº 8.069/90. (BRASIL, 2008).

Entendimento que só vem referendar a efetividade da ECA como instrumento de proteção à criança e ao adolescente para que seja tornada medida excepcionalíssima o encarceramento para o cumprimento de medida socioeducativa relacionada a fatos mais graves que transgridam a vida em sociedade.

Pode-se depreender o conceito de proteção integral insculpido em nossa Constituição Cidadã, já no artigo 227 (BRASIL, 1988), assim descrita:

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)

Esse único artigo da CRFB/88 nos dá a dimensão que o legislador constitucional quis oferecer a criança e ao adolescente. Os coloca como sujeitos de direitos fundamentais especiais, tais como o direito à vida, à dignidade, à liberdade e ao respeito, que está relacionado ao direito a personalidade, sendo estes a extensão dos Direitos e Garantias Fundamentais insculpidos na Carta Magna em seu art. 5ª e incisos.

Nesse sentido, colaciona-se ensinamento de Bobbio acerca da natureza do respeito à condição singular garantida dos direitos da criança e do adolescente, como pessoa em desenvolvimento:

Se se diz que “criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção *particular* e de cuidados *especiais*”, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.” (grifo do autor). (BOBBIO, 2002, p. 35)

Nesse trecho o autor chama a atenção para a primazia com que, principalmente o poder público, deve tratar o tema criança e adolescente na implementação das políticas públicas voltadas a este público, isto é, o assunto deve ser alçado ao pico das prioridades de todo o governante de plantão, não importando a matriz ideológica deste, porque vale lembrar, os direitos humanos não têm ideologia, pelo contrário, devem ser garantidos em escala global.

Nesse mesmo sentido, menciona-se lição de Bobbio sobre a internacionalização do direito da criança e do adolescente:

Somente a extensão dessa proteção de alguns Estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional, total ou parcial, poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência". (BOBBIO, 2002, p. 31)

Passa-se a tratar dos 5 (cinco) grupos de direitos fundamentais trazidos no art. 227 da CRFB/88, trazendo as linhas gerais do referido tema. São eles o **Direito à Vida, à Saúde e à Alimentação, Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer, Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho, Direito à Liberdade, respeito e dignidade, e Direito à Convivência familiar e comunitária**. Todos esses direitos estão relacionados com o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente seja físico, mental, moral, espiritual e social, dando corpo a teoria da proteção integral.

O primeiro grupo de direitos é o Direito à Vida, à Saúde e a Alimentação, compreendido o direito de nascer, estar vivo, não ser privado da vida, ter acesso aos serviços de saúde, bem como o direito de ter uma vida digna, que garanta o suprimento das necessidades básicas do ser humano, e proibindo o ataque a dignidade, como a tortura, trabalhos forçados e etc. (LENZA, 2007).

Então desde a concepção é garantido à gestante o atendimento de saúde necessário para que o bebe nasça saudável (art. 8º, do ECA). Após o nascimento, é assegurado o aleitamento materno, mesmo se estiverem submetidas as medidas privativas de liberdade (art. 9º, do ECA). Todos os hospitais e estabelecimento de saúde devem proceder todo o acompanhamento da gestação até o desenvolvimento nos primeiros dias de vida, incluindo testes para avaliar o estado geral do bebe e seu metabolismo (art. 10º, ECA).

O ECA prevê ainda que a rede do SUS, através das unidades básicas de saúde, promoverá programas de assistência médica, odontológica e campanhas de vacinação das crianças (art. 14, do ECA). Esse acompanhamento compreende as consultas para acompanhar o desenvolvimento das crianças, até para avaliar os critérios para a concessão de programas assistenciais, como o bolsa família, avaliando frequência das consultas, o peso e altura, e a frequência escolar.

O direito à alimentação, aquele direito especial garantido a crianças e adolescentes, por sua condição de maior vulnerabilidade por estarem em peculiar

condição de pessoa em desenvolvimento. Esse direito guarda relação com o direito à vida e ao não trabalho ou trabalho digno após os 14 (quatorze) anos, criando para o estado brasileiro a obrigação de alimentar àquelas crianças e adolescentes que não tem condições e, ainda, materializar o direito individual de exigir esta prestação (MACHADO, 2003).

Assim determina o art. 1.696 do Código Civil de 2002, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros” (BRASIL, 2002), então, na falta dos pais, a criança e o adolescente poderão acionar juridicamente os parentes, respeitando a diretriz sucessória, para obter alimentos.

Estando no segundo grupo de direitos, a educação constitui um direito fundamental conferido pela CRFB/88, com vistas a dar suporte ao desenvolvimento das crianças em adolescentes. Este direito é tratado ao longo do texto constitucional, principalmente entre os arts. 205 a 214, na Lei de Diretrizes da Educação, Lei 9.394 (BRASIL, 1996), e na legislação estatutária.

A Lei de Diretrizes, também chamada de Lei Darcy Ribeiro, ratifica o dever solidário do Ente Público, da família e da comunidade na busca de assegurar a educação aos nossos infantes, assim descrita no dispositivo a seguir:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996)

O ECA, assim descrito no art. 54, incisos e parágrafos, buscará a realização do Direito à educação, garantindo o ensino fundamental gratuito e universal a todos, possibilitando o acesso a “programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (BRASIL, 1990). Será ainda, disponibilizado o atendimento especializado aos portadores de deficiências, e educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de zero a seis anos de idade. A não oferta do ensino obrigatório importa em responsabilização da autoridade pública violadora destas disposições estatutárias.

Nesse sentido, Machado (2003) evidencia o ônus imposto ao poder público em garantir o direito à educação, não sendo suficiente a oferta de vagas, a carta magna exige do Estado Brasileiro o monitoramento de crianças e adolescentes

em idade escolar, que os convoque e que proceda o cuidado, junto com os pais ou responsáveis, com a frequência escolar.

Veronese e Oliveira (2008, p. 67) atribuem ser o direito de aprender, estampado no direito ao acesso à educação regular, um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Isto se deve a ligação efetiva entre educação e cidadania. Cidadania entendida como “[...] um exercício contínuo de reivindicação de direitos. Como reivindicar o que não se conhece? Daí decorre a necessidade de investimento em educação [...]”. Ainda, sendo crianças e adolescentes sujeitos de direitos em processo de evolução, a educação se tornou um direito indisponível, um quesito sem o qual se torna impossível providenciar o desenvolvimento salubre, nos aspectos físico, cognitivo, emocional e espiritual.

O Direito à Cultura, ao Esporte e ao Lazer, que está relacionado aos diversos estímulos necessários ao perfeito desenvolvimento dos infantes, tais quais: os emocionais, os sociais, os culturais, os educativos e os motores. Sendo assim, a cultura proporciona uma categorial mental de pensamentos mais ampliados em relação a educação regular. O esporte proporciona a desenvoltura motora, além de criar vínculos sociais. Já o lazer envolve o entretenimento, a diversão, a abstração, o silêncio, onde a percepção do indivíduo irá interagir com o meio externo para criar novos conhecimentos, e proporcionar o seu desenvolvimento integral (AMIN, 2007).

É obrigação dos municípios, com o suporte dos Estados e da União, estimular e proporcionar recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer, voltadas aos infantes, assim determina o art. 59 do ECA.

Para Machado (2003) existe um subgrupo do direito ao lazer, que é o direito de brincar. A proteção a este direito facilitaria no desenvolvimento cognitivo, psicológico e social da criança e do adolescente.

Garantir o Direito de Brincar tem significado contextualizada numa sociedade influenciada pela mídia que expõe a criança e o adolescente a uma alta dose de sensualização precoce, como se adulto fosse. Assim os infantes assumem excessivos compromissos, inclusive a responsabilidade de cuidar dos irmãos menores, correndo o risco de lhes faltar tempo para brincar, conversar e se divertir. (AMIN, 2007).

Está no terceiro grupo de direitos, o direito a profissionalização e à proteção ao trabalho que “repousa basicamente na proteção do interesse individual de ter liberdade para exercer as potencialidades que todo trabalho humano

comporta e na proteção o interesse individual de prover as próprias necessidades”. (MACHADO, 2003, p. 176).

Esse trabalho deve durar somente o tempo necessário a satisfazer o impulso de experimentação das suas potencialidades, sendo vedado o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores 18 (dezoito anos) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos, conforme determina o inciso XXXIII, do art. 7º, da CRFB/88. A restrição horária também compreende o não trabalho em períodos que prejudiquem a frequência escolar (art. 67, do ECA).

O trabalho protegido, exercido por adolescente entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, não se confunde com o direito a profissionalização, pois a essência desses direitos são antagônicas entre si. Lição de Machado:

[...] o direito à profissionalização objetiva proteger o interesse de crianças e adolescentes de se preparem adequadamente para o exercício do trabalho adulto, do trabalho no momento próprio; não visa o próprio sustento durante a juventude, que é necessidade individual concreta resultante das desigualdades sociais, que a Constituição visa reduzir. (MACHADO, 2003, p.188)

A sociedade da informação exige uma alta qualificação dos trabalhadores modernos, da qual a educação é quesito indispensável, a qualificação profissional dos adolescentes visa garantir um certo nível de igualdade na conquista do mercado de trabalho. Todavia, quando o adolescente inicia o exercício do trabalho precocemente, mais se restringem suas chances de profissionalização, e mantém a desigualdade na inserção social, pois o processo de ensino-aprendizagem é precário e meramente laboral, que tem apenas como princípios a produtividade do trabalho e o lucro do empregador. (MACHADO, 2003).

Passa-se a tratar do quarto grupo de direitos, quais sejam: o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. Os direitos pertencentes a este grupo complementam-se entre si harmoniosamente, que além de figurarem como direitos fundamentais indisponíveis salvaguardados constitucionalmente, são reforçados pelo art. 15 do ECA, com a especialidade de atender pessoas em desenvolvimento.

O direito à liberdade não se trata somente do direito de ir e vir, é muito mais que isso. Para o ECA (art. 16) a liberdade se amplifica na liberdade de opinião, crença e culto religioso, liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se, participar da vida social e política, no âmbito familiar e fora dele, bem como buscar refúgio auxílio e proteção.

Essa liberdade, porém, sofre restrições no âmbito da criança e do adolescente, devido, justamente, sua condição de pessoa em desenvolvimento, fase marcada pela imaturidade, comando normativo constante no art. 16, I, do ECA. Na mesma esteira, Machado (2003) justifica a limitação da liberdade dos infantes na razão de que sua imaturidade os colocariam em risco de violações aos seus direitos fundamentais, e que a limitação preserva o bem-estar da criança e do adolescente.

Por sua vez, o direito ao respeito é significado no art. 17 do ECA como a “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. ”

[...] Toda criança nasce com o direito de ser. É um erro muito grave, que ofende o direito de ser, conceber a criança como apenas um projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano. É preciso reconhecer e não esquecer em momento algum, que, pelo simples fato de existir, a criança já é uma pessoa e por essa razão merecedora do respeito que é devido exatamente na mesma medida a todas as pessoas. (DALLARI; KORCZACK, 1986, p. 21)

Ratifica o art. 18 do ECA, ser dever de todos “[...] velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, o dispositivo visa proteger sua dignidade de qualquer modalidade de violência, seja ela física, psicológica ou moral.

Por último, tem-se o quinto grupo de direitos: trata-se do direito à convivência familiar e comunitária garantido no art. 19 do ECA.

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990)

Esse direito se deve a capacidade protetora da família em relação aos infantes. Como nos explica Gueiros e Oliveira, o direito a convivência familiar é uma via de mão dupla, é garantido aos filhos em relação aos pais e vice versa:

É fundamental defender o princípio de que o lugar da criança é na família, mas é necessário pensar que essa é uma via de mão dupla – direito dos filhos, mas também de seus pais- e, assim, sendo, deve ser assegurado à criança o direito de convivência familiar, preferencialmente na família na qual nasceu, e aos pais o direito de poder criar e educar os filhos que tiveram do casamento ou de vivências amorosas que não chegaram a se constituir como parcerias conjugais. (Galheiros; Oliveira, 2005, p. 118)

São fatores que complicam a manutenção da guarda em suas famílias de origem: a desestruturação familiar combinada com a pobreza e a falta de acesso ao mercado formal de trabalho, esse último acaba por desestruturar de maneira severa

a capacidade econômica de obter o básico para sobreviver. Nesses casos, é imprescindível o acesso a políticas públicas garantidoras da cidadania oferecidas pelo estado brasileiro, sem as quais se torna mais difícil a situação familiar.

É de se mencionar que o fator pobreza dos pais não é um fator determinante para a perda do poder familiar, podendo somente serem decretadas judicialmente (arts. 23 e 24, do ECA). Nesse sentido, é ensinado por Ishida (2001), que nos procedimentos da infância e da juventude, a primeira escolha é sempre pela manutenção da guarda da criança e do adolescente em família biológica. Somente após transcorrido o acompanhamento técnico-jurídico que constate a inexistência de condições dos genitores, havendo direitos fundamentais violados ou na eminência de serem, é que se passa a opção pelo lar substituto.

Por força do disposto no art. 100, do ECA, a guarda e o fortalecimento dos vínculos afetivo-emocionais devem ser levados em consideração também na instrumentação de medidas socioeducativas, dando preferência aquelas medidas que beneficiem as relações efetivas que o adolescente já possui com sua família e comunidade.

A seguir será tratada a temática da legislação estatutária nos seus aspectos mais gerais e, depois, será dado um mergulho na responsabilização do adolescente em conflito com a lei, aprofundando o tema das medidas socioeducativas e do procedimento de apuração.

3 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 (BRASIL, 1990), veio estabelecer um marco regulatório especial visando salvaguardar a infância e a adolescência com direitos e garantias específicos, além daqueles concedidos a qualquer brasileiro independente da etapa da vida em que esteja.

Nesse sentido, “como referido no ordenamento brasileiro, a categoria adolescente foi introduzida para diferenciar duas etapas de vida e merecerem atenção especial” (SANTOS; VERONESE; LIMA, 2013, p. 36). O termo adolescente empregado compreende a infância e adolescência, ou seja, pessoas em desenvolvimento.

É de se notar que o ECA transformou o modo como o poder público deve tratar a criança e o adolescente. A criança e o adolescente em conflito com a lei, que era visto pela sociedade como um problema social, um estorvo, passa a ser enxergado de forma humanista. E o Estado, com medidas pedagógicas, passa a promover oportunidade para que o sujeito em desenvolvimento supere a marginalidade e a situação de vulnerabilidade social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com tal doutrina, tem por fundamento o seguinte tripé: liberdade, respeito, dignidade. Não se pode mais tratar a infância e a juventude com descaso; não se pode mais coisificá-las como meros objetos passíveis de tutela normativa; não se pode mais diferenciar a quem se deve proteger. Todas as crianças e adolescentes, indistintamente, estão na condição de sujeitos de direitos e são merecedores de uma proteção especial aos seus direitos, sem negligência, crueldade, opressão, discriminação e sem desrespeito. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 148)

É importante diferenciar dois conceitos bem distintos: o crime e o ato infracional. Para elucidar melhor o tema, vamos tratar do art. 228 do mandamento constitucional “São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988). Essa garantia determina que a criança e o adolescente não serão atingidos pela lei penal vigente, e terão tratamento especial dado pelo ECA.

Para todo o crime existe uma pena, prevista no código penal, isto é, o adulto que pratica o tipo penal é punido com pena privativa de direitos e/ou de liberdade. Já a criança e o adolescente não praticam crime, cometem ato infracional,

que são condutas previstas no código penal, mas que são punidas com medidas de proteção, para menores de 12 anos, ou medidas socioeducativas, para maiores de 12 e menores de 18 anos, todas estas inscritas nos art. 101 (proteção) e 112 (socioeducativa), do ECA.

Os menores de 12 anos são considerados crianças, já os maiores de 12 e menores de 18 anos são classificados como adolescentes, de acordo com o ECA. Nesse sentido, o ato infracional é, segundo o ECA, “art. 103 [...] a conduta descrita como crime ou contravenção penal. ” (BRASIL, 1990).

Na sequência, será apresentado as medidas pedagógicas aplicadas aos adolescentes que praticaram ato infracional, descrita no ECA (BRASIL, 1990) como medidas socioeducativas.

3.1 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas, constantes do art. 112, são medidas de caráter preponderantemente pedagógico-humanista de tratamento das questões relativas aos atos infracionais praticados por adolescentes em conflito com a lei, diferentemente do sistema punitivo penal, que tem caráter eminentemente retributivo/punitivo. Nesse sentido, o adolescente é tratado de forma humanizada, fora do sistema punitivo penal, para que este tenha mais condições de ressocialização, no qual é preservada a sua dignidade.

Dito de outro modo, segundo o conceito dado por Santos, Veronese e Lima (2013, p. 84), é:

As medidas socioeducativas representam a forma de responsabilizar o adolescente pela prática do ato infracional praticado, podendo ser aplicadas após o processo de apuração do ato infracional ou por meio da remissão cumulada com a aplicação de alguma medida.

O sistema socioeducativo está totalmente voltado para que o adolescente em conflito com a lei tome consciência de que o ato infracional praticado atenta contra a sociedade, seus costumes e conceitos éticos.

Nesse sentido, discorre os juristas Santos, Veronese e Lima (2013, p.85) sobre o tema:

É nesse quadro de valores e ideias que se concebe o ato infracional e as medidas socioeducativas. E nessa perspectiva, tais medidas devem ser recebidas pelo adolescente como uma oportunidade de revisão de sua própria vida e da funcionalidade de suas dinâmicas pessoais para sua

própria realização e, por dentro dela, para a experiência de viver bem em comunidade.

As crianças (entre 0 a 12 anos) não estão sujeitas as medidas socioeducativas, para estas restando as medidas de proteção aplicadas pelos conselhos tutelares nos municípios brasileiros. O tratamento é diferenciado devido ao tenro desenvolvimento dos pupilos.

Pelo motivo das medidas socioeducativas serem destinadas apenas a adolescentes acusados da prática de atos infracionais, há que ser considerada a idade do agente a data do fato, por força do dispositivo da norma impositiva do art. 104, parágrafo único, do ECA.

Antes de adentrar às medidas socioeducativas propriamente ditas, irá estabelecer-se uma diretriz sem a qual as medidas não podem ser aplicadas, isto é, para aplica-las devem ser respeitadas as garantias individuais e processuais, previstas nos dispositivos dos arts. 106 a 109 e 110 a 111, do ECA, respectivamente.

As garantias individuais dizem respeito, entre outras, a vedação de apreensões extravagantes, ao arrepio da lei, e se apreendidos, os adolescentes merecem a identificação dos responsáveis por tal ato, bem como a comunicação da autoridade judiciária e da família ou pessoa por ele indicada, para que se constatada a apreensão ilegal, logo seja decretado o seu relaxamento.

É importante lembrar que a apreensão irregular de criança (principalmente porque a estes não se aplicam medidas socioeducativas) e adolescente sujeita o agente estatal à prática de crime previsto na descrição do art. 230, do ECA.

Outro ponto importante se dá na medida em que é garantido o tratamento diferenciado, devido ao estado de pessoa em desenvolvimento e por força da proteção integral, no procedimento especial de apuração preferencialmente em delegacias especializadas, conforme preceitua o art. 172, caput e parágrafo único, do ECA.

Outras garantias individuais extra estatutárias estão previstas na Lei 12.594 (BRASIL, 2012), que criou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), entre os arts. 49 a 51. Garantias estas que possuem aqueles adolescentes que já cumprem medidas socioeducativas.

Tem-se como garantias processuais a de não ser privado de liberdade sem o devido processo legal (art. 110, do ECA), bem como as demais garantias processuais elencadas no art. 111, do ECA, dos quais pode-se destacar a igualdade processual para produzir provas testemunhais e outras provas necessária à sua defesa, como o direito de confrontar possíveis vítimas, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e a assistência gratuita e integral aos necessitados, onde a defesa do adolescente deve ser garantida pelo estão.

É importante ressaltar que além das garantias processuais elencadas na legislação estatutária, tem-se as garantidas na Lei do SINASE, no CPP e na própria CRFB/88.

As medidas socioeducativas são restrições de toda ordem dirigidas aos adolescentes assim que comprovadas a autoria e a materialidade de ato infracional, através do processo descrito nos artigos 171 a 190, do ECA. As medidas (art. 112, do ECA) consistem em Advertência, Reparação do Dano, Prestação de Serviços à Comunidade, Liberdade Assistida, Semiliberdade e Internação (art. 122, do ECA).

É importante salientar que a autoridade detentora da competência exclusiva para aplicação das medidas socioeducativas ao adolescente flagrado na prática de ato infracional é a Justiça da Infância e da Juventude, conforme determina o comando normativo do art. 148 e incisos, do ECA. Ainda, sobre a aplicação da medida, é prerrogativa do MP a remissão em concordância com o adolescente, para o cumprimento das medidas em meio aberto, como forma de pôr fim ao processo, conforme determina os artigos 126 a 128, do estatuto.

A aplicação das medidas deve ser realizada em benefício do adolescente, levando-se em consideração a preferência por aquelas que favoreçam o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, ou seja, que priorize às medidas em meio aberto, conforme arts. 113 c/c 100, do ECA.

Quanto à medida socioeducativa do art. 35, da Lei 12.594 (BRASIL, 2012), é sabido que esta visa garantir a proporcionalidade entre o ato infracional praticado e a medida correspondente a ser aplicada, sendo admissível inclusive a aplicação do princípio da insignificância, sem prejuízo da aplicação de medidas unicamente protetivas. Nesse sentido, extraímos decisão proferida no HC dirigido ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ECA. AUSÊNCIA DE
PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO DE
CHOCOLATE. VALOR R\$ 12,30. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE

OFÍCIO. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO. 1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei tidos por violados impede o conhecimento do recurso especial. 2. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível o reconhecimento do princípio da insignificância nas condutas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 4. Recurso especial não-conhecido. 'Habeas corpus' condido de ofício para reconhecer a incidência do princípio da insignificância e determinar a extinção do feito. (BRASIL, 2009).

A imposição das medidas socioeducativas de obrigação de reparar o dano e internação em estabelecimento educacional exige a existência de prova robusta de autoria e materialidade para serem aplicadas (art. 114, do ECA). Porque havendo dúvida nesses quesitos, assim como ocorre no processo penal punitivo, aplica-se o princípio *in dubio pro reo*, para julgar improcedente a representação socioeducativa.

A Lei 8.069 (BRASIL, 1990) estabeleceu princípios a serem levados em consideração no momento da aplicação das medidas socioeducativas, sendo inconcebível a utilização do princípio da dosimetria da pena, consagrado no direito penal punitivo. Até porque a natureza jurídica dessas medidas é diversa das penas atribuídas no direito penal, ou seja, tem natureza pedagógica.

O ECA descreve o procedimento pelo qual será aplicada a medida de advertência, no qual será reduzida a termo (advertência por escrito) e assinada pelo adolescente que praticou o ato infracional (art. 115, do ECA). É a única das medidas socioeducativas que pode ser executada diretamente pelo Juiz da Infância e da Juventude, em audiência admonitória, presentes o MP e os pais ou responsáveis pelo adolescente, onde este deve ser cientificado das consequências da eventual reiteração na prática de atos infracionais ou descumprimento de medidas anteriores. A orientação quanto as implicações devem ser dadas aos pais ou responsáveis e, se necessário, encaminhá-los ao Conselho Tutelar para a aplicação das medidas do art. 129, do ECA.

Enquanto a medida de reparar o dano (art. 116, do ECA), abrirá a possibilidade de o infrator devolver o objeto do ilícito, o equivalente em moeda corrente ou outra forma que compense o prejuízo da vítima, o que ensinará deveres éticos e será pedagógico em relação ao gesto de reparar utilizando uma medida de

justiça restaurativa, art. 35, inciso III, da Lei 12.594 (BRASIL, 2012). Vale salientar, que essa medida só será aplicada a atos infracionais com reflexos patrimoniais, não se confundindo com indenização civil do art. 927, do Código Civil (BRASIL, 2002).

De outro lado, tem-se a medida de prestação de serviços à comunidade (art. 117, caput e parágrafo único, do ECA), que além de ter caráter pedagógico, favorece a integração/reinserção do adolescente infrator a sociedade, ao meio comunitário. Essas tarefas gratuitas de interesse geral podem ser realizadas, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais, por período máximo de 6 (seis) meses. Ainda assim, devem ser respeitadas as habilidades do adolescente, dar preferência aos finais de semanas e feriados, e em último caso serem realizadas em dias úteis que não atrapalhem a frequência escolar ou o trabalho regular.

A Prestação de Serviços à Comunidade não deve servir à “exploração de mão-de obra” do adolescente, e para isso, deve ter caráter eminentemente pedagógico. Deve vir acompanhada de uma proposta pedagógica específica elaborada pela entidade de atendimento, estabelecendo metas tanto para o desenvolvimento do adolescente, quanto para o acompanhamento da entidade, nos moldes do exigido por força do art. 90, inciso V, do ECA. Esse acompanhamento está mais especificado na Lei do SINASE, sendo certo que as exigências qualitativas feitas às entidades de atendimento visam salvaguardar os adolescentes de executar serviços inadequados ou expressamente proibidos, além de preparar um ambiente confiável e harmonioso de convivência para que não haja tratamento hostil, preconceituoso e discriminatório dirigido ao adolescente.

Na liberdade assistida (art. 118 a 119, do ECA) o poder público irá proporcionar ao adolescente a participação em um programa governamental, por prazo máximo de 6 (seis) meses, bem como assistirá seus passos na vida escolar. A figura do orientador (art. 119, do ECA) é essencial, pois a liberdade assistida não é um “período de prova”, mas sim uma intervenção estatal efetiva e positiva na vida do adolescente, tanto individual no desenvolvimento da personalidade, quanto familiar e comunitária. O orientador tem a hercúlea tarefa readaptar o adolescente a viver em sociedade, desenvolvendo um sem número de tarefas estabelecidas na legislação estatutária.

Todos os municípios devem elaborar uma política socioeducativa voltada as crianças e adolescentes (arts. 5º, 7º, 8º, 28 e 29, da Lei 12.594 (BRASIL, 2012),

contendo um programa de liberdade assistida que deve ser implementado articulado com outros programas de proteção, e com o auxílio dos pais ou responsáveis, Conselho Tutelar e Juiz da Infância e da Juventude responsável, todos imbuídos de um único propósito que é garantir o melhor interesse do adolescente. O município deve instituir e manter uma verdadeira rede de proteção à criança e ao adolescente.

O programa socioeducativo serve de suporte a família, mas não a substitui. Sendo imperativo que o programa dure o menor tempo possível, e que a família assuma seu papel originário de fundamental importância atribuído pelo estatuto, pois devem imperar os princípios da excepcionalidade da intervenção judicial e da intervenção mínima, consagrados no art. 100, parágrafo único, inciso VII, do ECA e art. 35, incisos II e VII, da Lei nº 12.594 (BRASIL, 2012). A continuidade exagerada da medida acaba por atestar a incapacidade do programa em promover a superação dos dramas vividos pelo adolescente, que o motivaram a conduta infracional.

Enquanto que na semiliberdade (art. 120, do ECA), no início ou como transição ao regime de internação, o adolescente ficará recolhido no estabelecimento socioeducativo durante a noite, sendo o período da manhã reservado para frequentar a escola, o trabalho ou qualquer outra atividade externa, com o objetivo de ressocialização, sem a necessidade de autorização judicial. Essa medida é a mais complexa de todas, pois exige um corpo técnico altamente qualificado para acompanhamento, que as vezes o estado brasileiro ainda não possui, por isso, ainda existem poucos programas em funcionamento em todo o Brasil. Em 1996, o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, tentou regulamentar a matéria através da Resolução nº 47 (BRASIL, 1996), mas vários pontos ainda permanecem obscuros por conta da complexidade da medida.

Em relação a parte do dispositivo que trata da autorização judicial em casos de atividades externas, extrai-se lição do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que reforça o comando normativo:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. LIMITE MÁXIMO DE DURAÇÃO. RESTRIÇÃO À REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES EXTERNAS E IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES RELATIVAS AO BOM COMPORTAMENTO DO PACIENTE PARA VISITAÇÃO À FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Ressalvadas as hipóteses arroladas nos artigos 121, § 3º e 122, § 1º, o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipula limite máximo de duração da medida

socioeducativa de semiliberdade. Resulta daí que, por remissão à aplicação do dispositivo concernente à internação, o limite temporal da semiliberdade coincide com a data em que o menor infrator completar vinte e um anos (art. 120, § 2º). 2. O artigo 120 da Lei nº 8.069/90 garante a realização de atividades externas independentemente de autorização judicial. 3. O Estado tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar (artigo 227, caput, da Constituição do Brasil). O objetivo maior da Lei n. 8.069/90 é a proteção integral à criança e ao adolescente, aí compreendida a participação na vida familiar e comunitária. 4. Restrições a essas garantias somente são possíveis em situações extremas, decretadas com cautela em decisões fundamentadas, o que no caso não se dá. Ordem parcialmente concedida para permitir ao paciente a realização de atividades externas e visitas à família sem a imposição de qualquer condição pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude. (BRASIL, 2010).

Vale ressaltar, que no caso da semiliberdade não há nada que obrigue o adolescente que cumpre medida socioeducativa de internação passe a semiliberdade antes de evoluir para uma medida menos gravosa. Além do que, por se tratar de uma medida privativa de liberdade, sua aplicação exige restrições, tais como as legais (arts. 127, 121 e 120, do ECA) e constitucionais (art. 227, §3º, inciso V, da CRFB/88).

Diferentemente da liberdade assistida, na semiliberdade está autorizada a utilização do monitoramento eletrônico aos adolescentes submetidos a esta medida, nos mesmos moldes do que está previsto para adultos, por aplicação da analogia a Lei 12.258 (BRASIL, 2010).

A medida de internação (art. 121 e seguintes, do ECA), assim como a medida de semiliberdade, devem ter prazo máximo de 3 (três) anos, e a liberação será compulsória aos 21 (vinte e um anos). Na internação, mesmo sendo medida privativa de liberdade, balizada pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, existe a possibilidade de atividades externas, avaliada pela equipe técnica da instituição, salvo expressa determinação judicial em contrário. A unidade de internação deve ser exclusiva para adolescentes, obedecido um critério rigoroso de separação por idade, compleição física, e gravidade da infração.

A internação somente poderá ser aplicada em fatos hediondos, quando não houver possibilidade da aplicação de solução menos gravosa (art. 122, §2º, do ECA), e atendendo a princípio da brevidade, a execução deve durar o menor tempo possível.

Apesar da obviedade, mesmo que o comando sentencial restrinja, a priori, a realização de atividades externas, as mesmas poderão ser autorizadas, por decisão judicial posterior, no decorrer da execução.

O juiz, do alto de sua autoridade, jamais poderá estabelecer na sentença um prazo mínimo ou máximo para a sua duração, bem como para reavaliar a necessidade de continuidade da internação, que deverá ocorrer de forma automática, no máximo a cada seis meses, sob pena de prática criminosa estabelecida no art. 235, do ECA. Nesse sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça do Paraná em decisão em sede de habeas corpus:

Habeas corpus. Aplicação de medida socioeducativa de internação. Estipulação do período de seis meses para a respectiva reavaliação. Correção da sentença para, nos termos do §2º do art. 121 do ECA, esclarecer que seis meses será o prazo máximo para a reavaliação (nada impedindo seja esta realizada com anterioridade). (PARANÁ, 2004).

A reavaliação aqui tratada deverá ser feita por equipe multiprofissional composta de psicólogo, pedagogo e assistente social, detentores da condição de avaliar o caso, realizada preferencialmente em períodos curtos ou assim que o adolescente reúna condições de evoluir para medidas menos gravosas. Nesse sentido, exige máxima agilidade do poder público nesses trâmites para que o adolescente não permaneça privado da liberdade por período superior ao necessário, nos termos dos arts. 4º, parágrafo único, alínea “b” e 121, caput, do ECA, art. 35, incisos V e VI, da Lei nº 12.594 (BRASIL, 2012) e art. 227, §3º, inciso V, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

O tempo máximo de duração da medida de internação deve ser computado, desde que apreendido o adolescente, mesmo que de forma provisória, antes da sentença preferida pelo Juiz da Infância e da Juventude, até sua progressão para uma medida menos gravosa ou seu desligamento.

Ainda sobre o prazo máximo de internação, este abrange todos os atos infracionais anteriores à sentença, mesmo que não expressamente abrangidos no dispositivo da sentença, na medida que não há previsão legal para “somar” medidas socioeducativas, ou seja, independentemente se houveram atos infracionais anteriores, nos moldes do art. 45, caput, §§ 1º e 2º, da Lei, 12.594 (BRASIL, 2012). Nesse sentido se pronunciou o TJ/RS:

APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. ROUBO. GRAVE AMEAÇA (ARMA DE FOGO). AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIRMADA. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ADOLESCENTE INTERNADO POR ATO INFRACIONAL ANTERIOR. UNIFICAÇÃO DA

MEDIDA. CABIMENTO. Autoria. A autoria foi comprovada pela prova oral colhida em juízo. Materialidade. Demonstrada pelo registro de ocorrência policial, pelo auto de avaliação indireta e pela prova oral colhida em juízo. Medida Socioeducativa. Caso em que as condições pessoais do representado e a gravidade do ato infracional praticado indica o acerto da sentença em aplicar a medida socioeducativa de internação sem possibilidade de atividades externas. Extensão de internação anteriormente aplicada. Diante do fato de que o adolescente já está internado pelo cometimento de outro ato infracional e diante da procedência da atual representação é cabível a unificação da medida de internação, tendo como marco inicial do cumprimento da medida a data da primeira internação. NEGARAM PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL, 2009)

Na sequência irá ser analisado de forma profunda os meandros do sistema de apuração socioeducativo, que traz muitas peculiaridades em relação a apuração no sistema penal punitivo.

3.2 PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO

O procedimento de apuração instituído pelo ECA muito se difere do sistema de apuração penal, constante do CPP, que é totalmente judicializado. Os procedimentos do estatuto denotam a simplificação, ou seja, a desjudicialização das políticas em favor da juventude. Além disso, estabelece a brevidade nos procedimentos com foco na não punição, ou seja, na educação da pessoa em desenvolvimento para uma vida em sociedade.

O grande artífice da desjudicialização é o Conselho Tutelar (art. 131, do ECA), órgão não jurisdicional destinado a zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. Devendo o poder judiciário fortalecer suas ações, preservando o caráter resolutivo e coercitivo de suas decisões, e também, o judiciário deve atuar de modo a não substituir o Conselho, órgão ímpar na defesa da criança e do adolescente.

É preciso delimitar o papel do Conselho Tutelar em relação ao ato infracional praticado por criança e adolescente. Enquanto com a criança a atuação é voltada a aplicação das medidas protetivas, não repressivas, do art. 98, 105 e 101, incisos I ao IV, do ECA, com o adolescente a atuação se destina a salvaguardar o cumprimento dos direitos e garantias (art. 131, do ECA), no papel de fiscal da Polícia, Ministério Público e Justiça da Infância e Juventude

Vale ressaltar, que quaisquer atos relacionados as diversas fases do procedimento de apuração estão protegidos sob o manto do sigilo, devendo ser

aplicado, inclusive, a notícias veiculadas via imprensa, para preservar a criança e o adolescente do constrangimento público, por força do disposto no art. 143, caput e parágrafo único, do ECA (BRASIL, 1990). Em caso de violação deste dispositivo está prevista uma pena administrativa de multa ao agente público ou privado violador (art. 247, do ECA).

A previsão de apreensão do adolescente vem em conjunto ao uma série de garantias, tais como flagrante de ato infracional ou mediante ordem fundamentada, exarada pelo magistrado, previstos no art. 106 da legislação estatutária, garantias essas semelhantes as dadas aos adultos, conforme determina a carta magna, em seu art. 5º, LXI. (BRASIL, 1988)

Além disso, o legislador estatutário previu um “plus” de garantia ao adolescente em conflito com a lei, previsto no art. 107, “A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada” (BRASIL, 1990).

O termo incontinenti quer dizer ao mesmo tempo, isto é, a apreensão do adolescente só deve acontecer, se ao mesmo tempo for comunicado o juiz da infância e da juventude da comarca.

Se essa garantia não for obedecida pela autoridade policial, este poderá sofrer penalidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 231:

Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada:
Pena - detenção de seis meses a dois anos. (BRASIL, 1990)

Uma regra geral aplicada ao procedimento de apuração é a prioridade absoluta na tramitação de processos ou procedimentos previstos na legislação, bem como na execução dos atos e diligências judiciais, conforme art. 152, parágrafo único, do ECA. Essa regra vem para garantir condição especial aos adolescentes, de uma garantia à razoável duração do processo já estabelecida a todos por força do art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, bem como a regra estatutária de absoluta prioridade em relação à criança e ao adolescente nos serviços de relevância pública, previsto no art. 4º, parágrafo único, alínea “b”, do ECA (BRASIL, 1990), combinado com o art. 227, caput, da CRFB/88.

O dispositivo busca efetivar a absoluta prioridade não somente na atividade jurisdicional, como também na atuação dos serventuários da justiça e do ministério público. Haja vista que, a demora na entrega da prestação jurisdicional é especialmente danosa às crianças e adolescentes, sendo de responsabilidade do poder judiciário zelar pelo melhor interesse destes. Com muito mais razão são inadmissíveis atos que criem entraves à instrução e ao julgamento dos casos referentes a elas.

A aplicação subsidiária do CPP ao procedimento de apuração previsto na norma estatutária, art. 152, caput (BRASIL, 1990) compreende todos os procedimentos do Código de Processo Penal que não contrariem o Estatuto, razão pela qual não há espaço para a intervenção da figura do assistente de acusação, haja vista que sua atuação iria causar turbulência ao procedimento, bem como impedir sua célere resolução. Nessa perspectiva, extrai-se pronunciamento, em sede de recurso especial, do Superior Tribunal de Justiça:

ATO INFRACIONAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A Lei 8.069/90, em seu art. 198 (capítulo referente aos recursos), prevê a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil, motivo pelo qual não cabe estender a aplicação dos arts. 268 a 273 do Código de Processo Penal, que trata da figura do assistente da acusação, ao procedimento contido no ECA. 2. "Considerando o caráter de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual não há qualquer referência à figura do assistente da acusação, ele é parte ilegítima para interpor recurso de apelação, por falta de previsão legal" (R.Esp. 605.025/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 21/11/05). 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL, 2009)

Além da celeridade, a tônica do procedimento de apuração deve se dar da forma mais benéfica ao adolescente, que precisa ser respeitada sua condição de pessoa em desenvolvimento, não perdendo o norte da proteção integral.

O procedimento de apuração do ato infracional está previsto entre os arts. 171 a 190, do ECA, e é dividido em 3 (três) fases: fase policial, fase ministerial e fase judicial.

A fase policial tem seu início com o conhecimento do ato infracional por parte da autoridade policial. A possibilidade de criação das Delegacias Especializadas de Proteção para atender as crianças e o adolescente em conflito com a lei, criou uma exigência especial na esteira do Estatuto da Criança e do Adolescente. Onde houver delegacia especializada de proteção as crianças e o

adolescente em conflito com a lei, mesmo que os atos infracionais tiverem sido cometidos também por maiores, a criança e o adolescente em conflito com a lei tem o direito de ser encaminhada a delegacia especializada, prevista no art. 172, do ECA (BRASIL, 1990).

Esse rol de garantias fica mais explícito no art. 171, do ECA: " O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária. " (BRASIL, 1990).

É importante destacar que este dispositivo procedimental é atribuído apenas à apuração de ato infracional praticado por adolescente, considerada sua idade na data do fato. A criança que tiver atribuída a si ato infracional não deverá ser a ele submetida, sobretudo pois está obrigado apenas à aplicação de medidas de proteção, conforme art. 105, do ECA.

A apreensão de adolescente, por força de ordem judicial, ocorrerá em virtude de mandado de busca e apreensão (hipóteses do art. 184, §3º e art. 185, do ECA) ou mandado de condução coercitiva (art. 187, do ECA).

Havendo o ato infracional sido praticado com a utilização de violência ou grave ameaça a pessoa, deverá haver a lavratura de auto de apreensão, com a oitiva de testemunhas do adolescente, apreensão do produto e instrumentos da infração e requisição de exames ou perícias necessárias à comprovação de autoria e materialidade (art. 173, do ECA). Por outro lado, se o ato infracional for de natureza leve, basta o registro de boletim de ocorrência circunstanciado (art. 173, parágrafo único, do ECA). Nestes casos se faz imperiosa a observância do art. 114, do ECA, pois a imposição de medidas socioeducativas pressupõe a comprovação de autoria e materialidade da infração.

Importante ressaltar lição dos juristas Cury, Paula e Marçura (1991, p.90) “[...] a substituição do auto de apreensão por boletim de ocorrência não dispensa as providências constantes dos incisos II e III”, isto é, sempre devem ser feitas buscas pela autoria e materialidade do ato infracional eventualmente praticado.

A regra do art. 174, do ECA é clara ao determinar:

Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, comunicada a apreensão do adolescente aos pais ou responsáveis, a qual deve ser feita no exato momento da apreensão, estes devem prestar compromisso perante a autoridade policial de apresentar o adolescente ao Ministério Público no mesmo dia ou mais tardar no dia útil seguinte. O compromisso assumido pelos pais ou responsáveis é de extrema relevância, tanto que não pode a autoridade policial, de pronto, acionar o Conselho Tutelar, pois este não pode substituir o papel prioritário reservado a família consagrado na legislação estatutária. Em último caso, esgotadas as possibilidades de encontrar a família ou responsáveis, é que será acionado o Conselho Tutelar.

O mandamento único é manutenção do adolescente em liberdade, enquanto responde aos procedimentos de apuração por atos infracionais eventualmente praticados, até que seja apurada sua responsabilidade pela prática do ato infracional. Tanto que as hipóteses de internação provisórias estão estritamente previstas nos arts. 107, 108, e seus parágrafos únicos, do ECA.

A internação provisória é medida extrema e absolutamente excepcional, consoante art. 121, caput, do ECA e art. 227, §3º, inciso V, da CRFB/88. E esta medida, mesmo que aplicada, reveste-se de uma série de cautelas legais constantes nos arts. 123, 124 e 175, do ECA. Portanto, a medida somente será admissível em hipóteses estritamente previstas, em que coubesse a medida socioeducativa de internação. Nesse sentido se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL CORRESPONDENTE A FURTO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL NO CASO CONCRETO. ATO INFRACIONAL PRATICADO SEM GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA À PESSOA. REITERAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. MENORES SEM ANTECEDENTES. ROL EXAUSTIVO DO ART. 122 DO ECA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. "1. Nos termos da legislação de regência, a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. 2. O caso dos autos - em que a representação é pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes - não se enquadra em nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente." (BRASIL, 2007)

Na sequência irá se discorrer sobre a “não liberação” disposta no art. 175, caput e §§1º, 2º, do ECA, o qual transcrevemos:

Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 1º Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior. (BRASIL, 1990)

O dispositivo em comento reforça a necessidade da presença dos pais ou responsáveis, que devem ser ouvidos pelo MP, imediatamente após a apreensão do adolescente, devendo o prazo ser contado hora a hora, visando encurtar de forma absoluta o período que foi obstada sua liberdade. O poder público deve obedecer a precedência da entidade de atendimento no acolhimento deste adolescente, somente após essa tentativa é possível o infante aguardar em delegacia especializada, ou, em última instância, em delegacia comum separado dos adultos, no entanto, o prazo máximo para apresentação ao representante do MP é de no máximo 24 (vinte e quatro) horas.

Importante ressaltar a diferença entre “não liberação” e internação provisória, destacando opinião dos juristas Santos, Veronese e Lima (2013. p. 64) “A “não liberação” não se confunde, repita-se, com a “internação provisória”, que se dá com fulcro no artigo 108 do Estatuto (indício suficiente de autoria e materialidade, necessidade imperiosa da medida - não impossibilidade de apresentação por imprevisto qualquer) e apenas na etapa judicial.”. Pois na “não liberação” não é necessária a apuração da responsabilidade.

O procedimento do art. 175, do ECA, põe fim a participação da entidade policial no procedimento de apuração.

Agora dá-se início a fase ministerial, com a atuação mais relevante do Representante do Ministério Público, que inicia a oitiva informal do adolescente, por força do dispositivo do art. 179, caput e parágrafo único, do ECA, o qual transcrevemos:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar. (BRASIL, 1990)

Nesse procedimento é recomendável a oitiva também dos pais ou responsáveis pelo adolescente, que será essencial na obtenção de informações quanto a conduta pessoal, familiar e social deste, o que influirá na concessão ou não do instituto da remissão (art. 126, caput, e 180, inciso II, do ECA), bem como a necessidade de cumular com medidas socioeducativas e/ou protetivas. E caso o adolescente já tenha constituído defensor, este deve estar presente, mesmo não havendo previsão legal. No entanto, essa ausência não causa a nulidade do processo, como bem asseverou o STJ no seguinte aresto:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OITIVA INFORMAL. ATO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. IRREGULARIDADE DO ATO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONFISSÃO RATIFICADA EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ART. 563 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. A ausência de defesa técnica na audiência de oitiva informal do menor perante o Ministério Público não configura nulidade, mas mera irregularidade. 2. Inexistindo prejuízo à Defesa, em razão da ratificação do depoimento do menor perante o Juízo competente, sob o crivo do contraditório, não há como reconhecer a nulidade apontada, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. 3. Ordem denegada. (BRASIL, 2011).

A leitura de que é de fundamental importância a oitiva informal é feita por Marçura (1992, p. 543):

A oitiva do adolescente e, sendo possível, de seus pais ou responsável, vítimas e testemunhas, destina-se, fundamentalmente, a fornecer elementos de convicção ao representante do Ministério Público, em substituição à sindicância ou inquérito policial, de sorte a imprimir celeridade à fase investigatória, permitindo rápida solução a casos de menos importância, mormente quando a família e a sociedade já tenham reagido de forma eficaz. Entretanto, força é convir, há casos em que essa oitiva preliminar pode e deve ser dispensada, quando, *v.g.*, da simples leitura do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial emergir clara a atipicidade do ato infracional imputado ao adolescente, ou quando a imputação recair sobre criança, ou, ainda, quando o adolescente estiver em lugar incerto e não sabido.

A notificação de que trata o artigo do estatuto já transcrito, pode ser feita diretamente pelo Representante do Ministério Público ou através dos serventuários específicos da estrutura própria do Juizado da Infância e da Juventude. E apesar de estarmos na fase ministerial, o procedimento já tramita perante a vara da infância e juventude, que deve, em colaboração ao MP, autuar as peças encaminhadas pela autoridade policial e expedir certidão de antecedentes, conforme o cerne contido no art. 88, inciso VI, do ECA (BRASIL, 1990).

Apesar do estatuto não prever a dispensa de realização da audiência preliminar, existem divergências na interpretação do estatuto, enquanto o Tribunal

de Justiça de Santa Catarina entende que a dispensa dessa oitiva informal só pode ocorrer em casos excepcionalíssimos, o Superior Tribunal de Justiça tem pacificado entendimento no sentido de ser facultativa a referida oitiva por parte do *parquet*. Segue jurisprudência do TJ/SC:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. REPRESENTAÇÃO REJEITADA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR (ART. 179, ECA). SENTENÇA MANTIDA. Somente em casos excepcionalíssimos, quando a apresentação do adolescente revelar-se impraticável, é admissível o oferecimento de representação sem a sua prévia oitiva pelo Ministério Público. (SANTA CATARINA, 2004)

Enquanto o Egrégio Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimento divergente:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. AUSÊNCIA DE OITIVA INFORMAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 2. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ATOS INFRACIONAIS DISTINTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UNIFICAÇÃO. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a oitiva informal do adolescente, ato de natureza extrajudicial, não é pressuposto para o oferecimento da representação, servindo apenas para auxiliar o representante do Ministério Público a decidir sobre a necessidade ou não da instauração da ação socioeducativa, nos termos do art. 180 da Lei n.º 8.069/90. Precedentes. [...] (BRASIL, 2012)

Apesar do entendimento pacífico do STJ, a jurisprudência do TJ/SC tem mais consistência ao garantir de forma mais efetiva o direito da criança e do adolescente, fazendo uma leitura amplificada do estatuto. Afinal, não é possível interpretar o ECA em prejuízo da Criança e do Adolescente.

Importante ressaltar a inteligência do art. 178, do ECA, ao fornecer proteção ao adolescente que é conduzido ou transportado em compartimento fechado em viatura policial:

Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade. (BRASIL, 1990)

A proteção do artigo 178 serve de guarida para eventuais transgressões que possam ocorrer no transporte do adolescente, que atentem contra a sua dignidade e integridade física, oferecendo um tratamento diferenciado ao dispensado aos adultos. Importante ressaltar que, o dispositivo não proíbe o transporte do adolescente em viatura policial, mas é vedado sua condução no chamado, popularmente, “camburão”.

Nesse sentido, vale mencionar o Súmula Vinculante nº 11 editada pelo Supremo Tribunal Federal, que versa sobre a restrição ao uso de algemas somente em casos de resistência ou iminência de fuga, justificada a excepcionalidade por escrito. A qual é aplicada integralmente aos adolescentes, até para evitar um constrangimento desnecessário, vedado pelo artigo 232, do ECA.

Voltando a audiência preliminar, é notória sua importância no procedimento pré-processual, visando dar celeridade e agilidade na resolução do conflito. Tanto que, após essa fase, é dado ao Representante do Ministério Público optar por três soluções: o arquivamento dos autos, o perdão pré-processual ou oferecer representação para aplicação de medida socioeducativa, consoante o art. 180, do ECA:

Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:
I - promover o arquivamento dos autos;
II - conceder a remissão;
III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa. (BRASIL, 1990)

O arquivamento importará no entendimento do MP de que não existiu o ato infracional ou não há indícios de autoria e materialidade. Nesse sentido, o MP encaminhará para homologação judicial a Manifestação fundamentada, conforme disposto nos art. 180, inciso I, c/c arts. 189 e 205, todos do ECA. Havendo a discordância do Juiz da Infância e Juventude quanto ao arquivamento, o mesmo remeterá os autos ao Procurador Geral de Justiça, que poderá oferecer representação, designará outro Membro para oferece-la ou ratificará o arquivamento promovido pelo Promotor Originário, o que obrigará a autoridade judiciária a proceder o arquivamento (art. 181, caput e §§ 1º e 2º, do ECA).

A remissão pré-processual concedida pelo membro do *parquet* tem natureza de perdão, faz parte do rol providências possíveis de serem adotadas e é uma forma de exclusão do processo, nos termos do art. 126, caput, do ECA. Tal como ocorre no arquivamento, a concessão da remissão só é concretizada após manifestação fundamentada do MP e homologação do Juiz da Vara de Infância e Juventude. Nesse sentido colaciono importante decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em grau de apelação ao reafirmar que a última palavra na remissão pré-processual é do Procurador Geral de Justiça:

APELAÇÃO/ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE -
CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO GERANDO
PERIGO DE DANO - ART. 309 DA LEI N. 9.503/97 (CTB). PROPOSTA

MINISTERIAL DE REMISSÃO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL CONDICIONADA À MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - NÃO HOMOLOGAÇÃO PELO MAGISTRADO - ARQUIVAMENTO DO FEITO POR ENTENDER QUE TAL CONDUTA NÃO CONFIGURA ATO INFRACIONAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ADUZ QUE OS FATOS PRATICADOS ACARRETAM EFETIVO PERIGO DE DANO, TENDO EM VISTA QUE O MENOR TRAFEGAVA EM UMA MOTOCICLETA NA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO, EM VIA DE SENTIDO ÚNICO - POSTULA PELA HOMOLOGAÇÃO DA REMISSÃO COM A REMESSA DOS AUTOS PARA O PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA - ACOLHIMENTO NO SENTIDO DE CASSAR A DECISÃO PARA QUE OS AUTOS RETORNEM À COMARCA DE ORIGEM, COM A CONSEQUENTE RETOMADA DE SEU CURSO NORMAL. [...] (STJ, RESP n. 326.953 de São Paulo, rel. Ministro Vicente Leal, j. 23/10/01). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (SANTA CATARINA, 2009)

O artigo 127, do ECA, prevê a concessão de remissão cumulada a uma medida socioeducativa menos gravosa, que não impliquem semiliberdade ou internação:

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação. (BRASIL, 1990)

Vale ressaltar que o instituto da remissão não implica em reconhecimento de responsabilidade, sendo fase pré-processual, a qual não é aplicada o contraditório.

Foi tratado anteriormente de uma modalidade de remissão que é chamada de pré-processual. Agora vá-se detalhar uma outra espécie de remissão chamada judicial, totalmente distinta da outra, que é instrumentalizada pelo juiz já no curso do processo até antes da sentença (art. 188, do ECA), prevista no art. 126, parágrafo único, do ECA.

Assim, De Paula (2002, p. 572) define a remissão judicial:

A remissão constituirá forma de extinção do processo quando implicar perdão ou quando vier acompanhada de medida autoexecutável, como a advertência. Será concedida como forma de suspensão do processo quando a medida incluída na remissão carecer de execução, razão pela qual o processo ficará sobrestado até o inadimplemento da obrigação.

Ou seja, a concessão da remissão no curso do processo implicará na suspensão ou extinção do processo, e tem a mesma amplitude de instrumentalização da outra modalidade, podendo ser cumulado com medidas socioeducativas. Essa modalidade geralmente ocorre por solicitação do advogado de defesa, como forma abreviar o processo.

Finalmente, com o último ato ministerial, entra-se na fase judicial propriamente dita para a apuração do ato infracional, através da representação socioeducativa elaborada pelo Representante do MP endereçada ao Juiz da Infância e Juventude, por força do comando normativo do art. 182, caput e §§ 1º e 2º do ECA:

Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1º A representação será oferecida por petição, que conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

§ 2º A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade. (BRASIL, 1990)

A ação socioeducativa proposta é pública incondicionada, por entendimento do legislador infraconstitucional de que se trata de ação de interesse público, ficando a cargo do MP e da Justiça da Infância e Juventude as ações que visem a concreta recuperação do adolescente, não sendo aplicável, por analogia, os arts. 100 a 106 do CP e art. 5º, inciso LIX, do CRFB/88.

Apesar da não obrigatoriedade de autoria e materialidade para a propositura da ação por parte do MP, a peça deve carregar um mínimo elementos fáticos de relevo, para tanto, não há que se falar em meras suposições. Nesse sentido, esclarece De Paula (2002, p. 156):

Isto não significa que a representação possa brotar de irrefletidas e vagas suposições, beirando a inidoneidade; é mister um mínimo de viabilidade, resultante de elementos colhidos nas fases precedentes, notadamente em relação à autoria, de sorte a que a apuração dos fatos revele-se necessária.

Com a aceitação da representação, o juiz designará audiência de apresentação do adolescente, aos quais serão citados o adolescente, seus pais ou responsável, acompanhados do advogado constituído. Na audiência serão cientificados do teor da representação, principalmente para que os pais ou responsável tenham conhecimento dos fatos e consigam envolver-se desde o princípio do procedimento socioeducativo.

O disposto no art. 184, do ECA, ressalta, de modo cabal, o carácter excepcional da internação provisória do adolescente acusado da prática de ato infracional, ao deixar claro que a autoridade judiciária deve se utilizar de manifestação expressa, à luz dos requisitos do art. 174, da necessidade da manutenção de sua privação de liberdade.

É desnecessário considerar que a falta de notificação dos pais ou responsável é causa de nulidade absoluta de todo o procedimento, conforme precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ATO INFRACIONAL. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO E OITIVA DOS REPRESENTADOS. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DOS PAIS OU RESPONSÁVEL. NULIDADE. A notificação dos pais ou responsável para comparecer à audiência de apresentação é obrigatória (art. 184, §§ 1.º e 4.º, ECA), sob pena de nulidade do procedimento. Precedentes. Nulidade decretada. (RIO GRANDE DO SUL, 2004)

E esta nulidade não é suprida pela nomeação do curador especial, expressa no art. 184, §2º, do ECA. Para sustentar tal argumento vale-se de decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO. NULIDADE DO FEITO. INFRAÇÃO AOS §§ 1º E 2º DO ART. 184 DO ECA. A notificação dos pais ou responsáveis para comparecer à audiência de apresentação é obrigatória (art. 184, § 1º, do ECA), sob pena de nulidade do procedimento. Se os pais ou responsáveis não forem localizados, obrigatória à nomeação de Curador Especial ao adolescente (art. 184, § 2º, do ECA). As figuras do defensor e do curador não se confundem e tampouco se excluem, de sorte que, ausentes os pais ou responsáveis, necessárias às presenças tanto do curador, quanto do defensor para o ato. DE OFÍCIO, ANULARAM O FEITO DESDE A AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

É indispensável a presença do advogado de defesa do adolescente na audiência de apresentação, sendo sua ausência causa de designação, por parte do magistrado, de um defensor para se apresentar em nova audiência. Não há como prescindir da defesa técnica de um advogado habilitado, haja vista a condição de fragilidade do adolescente frente o aparato estatal, entendimento reforçado pelos arts. 186, do ECA e 227, §3º, inciso IV, da CRFB/88.

Nessa esteira, expõe-se entendimento do STJ, que corrobora a tese apresentada:

CRIANÇA E ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. DEFESA TÉCNICA. PRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO. 1. A remissão, nos moldes dos arts. 126 e ss. do ECA, implica a submissão a medida sócio educativa sem processo. Tal providência, com significativos efeitos na esfera pessoal do adolescente, deve ser imantada pelo devido processo legal. Dada a carga sancionatória da medida possivelmente assumida, é imperioso que o adolescente se faça acompanhar por advogado, visto que a defesa técnica, apanágio da ampla defesa, é irrenunciável. 2. Ordem concedida para anular o processo e, via de consequência, reconhecer a prescrição do ato infracional imputado à paciente. (BRASIL, 2009).

O advogado constituído ou o defensor designado terá o prazo de 3 (três) dias para oferecer defesa prévia e rol de testemunhas no processo socioeducativo

(art. 186, §3º, do ECA). As testemunhas poderão ser não apenas aquelas que presenciaram os fatos, mas também aquelas que possam prestar informações valiosas a respeito da conduta pessoa, familiar e social do adolescente, que servirão de base para a decisão da medida socioeducativa mais adequada a ser aplicada.

Após a atuação da defesa, o magistrado da infância e da juventude designará audiência de continuação, para dar início a instrução processual necessária a avaliação das provas e relatório multiprofissional, que ouvidas as partes (MP e defesa), por igual período, será decretado o veredicto (art. 186, §4º, do ECA). O relatório multiprofissional é requisito indispensável na adoção da medida mais adequada, podendo sua ausência ensejar nulidade do processo. Assim decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

LAUDO DA EQUIPE INTERPROFISSIONAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO. MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO. A ausência de relatório da Equipe Interdisciplinar, para a orientação da medida socioeducativa mais adequada para a recuperação do adolescente, leva a anulação do processo, com a cassação da sentença. Processo anulado. Sentença cassada. Preliminar rejeitada, por maioria. ECA. ATO INFRACIONAL. Ainda que tenham os apelantes negado a autoria do ato infracional, as demais provas carreadas aos autos demonstram a efetiva participação dos menores para a consumação da infração, o que restou roborado pelo depoimento da vítima que, nos delitos desta espécie, assume especial relevância. Apelos desprovidos. (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Visando a máxima celeridade do processo, deve-se evitar a apresentação de memoriais e sentenças em gabinete, razão pela qual se deve zelar pelo princípio da oralidade em todos os procedimentos, que visam o melhor interesse do adolescente.

Havendo internação provisória de adolescente praticante de ato infracional, o procedimento de apuração judicial poderá durar no máximo 45 (quarenta e cinco dias), e, extrapolado o prazo, o adolescente deve ser posto em liberdade no segundo seguinte pela autoridade judiciária, providenciando sua rápida entrega aos pais ou responsável, mediante termo (art. 101, inciso I, do ECA), conforme previsto no art. 183, do ECA. Nesse sentido, vale-se de precedente do Tribunal de Justiça do Paraná:

HC. ECA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. ADOLESCENTE QUE RESPONDE A DIVERSOS PROCEDIMENTOS DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL NA MESMA COMARCA. JUÍZA 'A QUO' QUE DETERMINOU SUCESSIVAS INTERNAÇÕES PROVISÓRIAS. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAL DO ADOLESCENTE VIOLADO. ESTATUTO INFANTO-JUVENIL QUE LIMITA EXPRESSAMENTE O PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA ADOTADA EM 45 (QUARENTA E CINCO) DIAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 108 E 183 DO ECA. ORDEM CONCEDIDA COM DETERMINAÇÃO DE IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE

DESINTERNAÇÃO. Não há que se falar sucessivas prorrogações, em virtude de vários atos infracionais praticados pelo adolescente, da internação provisória, pois tal medida, além de ter natureza acautelatória, deve respeitar os ditames do estatuto que pertence, o qual, sob o manto da doutrina de proteção integral, visa atender os fins sociais, respeitando os direitos e garantias individuais, bem como a necessidade do adolescente. (PARANÁ, 2009)

A legislação estatutária, mesmo autorizando medida excepcionalíssima de internação, protege o adolescente privado de liberdade, ao não conceber esta internação em estabelecimento penal, e em último caso, o adolescente aguardará remoção na delegacia de polícia separado dos adultos, conforme inteligência do art. 185, caput e §2º, do ECA.

Vale ressaltar que a internação provisória deve obedecer aos ditames do art. 123, do ECA:

Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas. (BRASIL, 1990)

O Juiz da Infância e Juventude, ao julgar improcedente a representação socioeducativa, deverá reconhecer na sentença a inexistência de autoria e materialidade, nos termos do art. 189, incisos e parágrafo único, do ECA. Bem como, estando o adolescente submetido a internação, este deverá, de pronto, ser colocado em liberdade. Mesmo o juiz entendendo pela improcedência, poderá este aplicar medidas protetivas (art. 101, do ECA), pois estaria atuando como substituto do conselho tutelar, na hipótese do art. 262, do ECA.

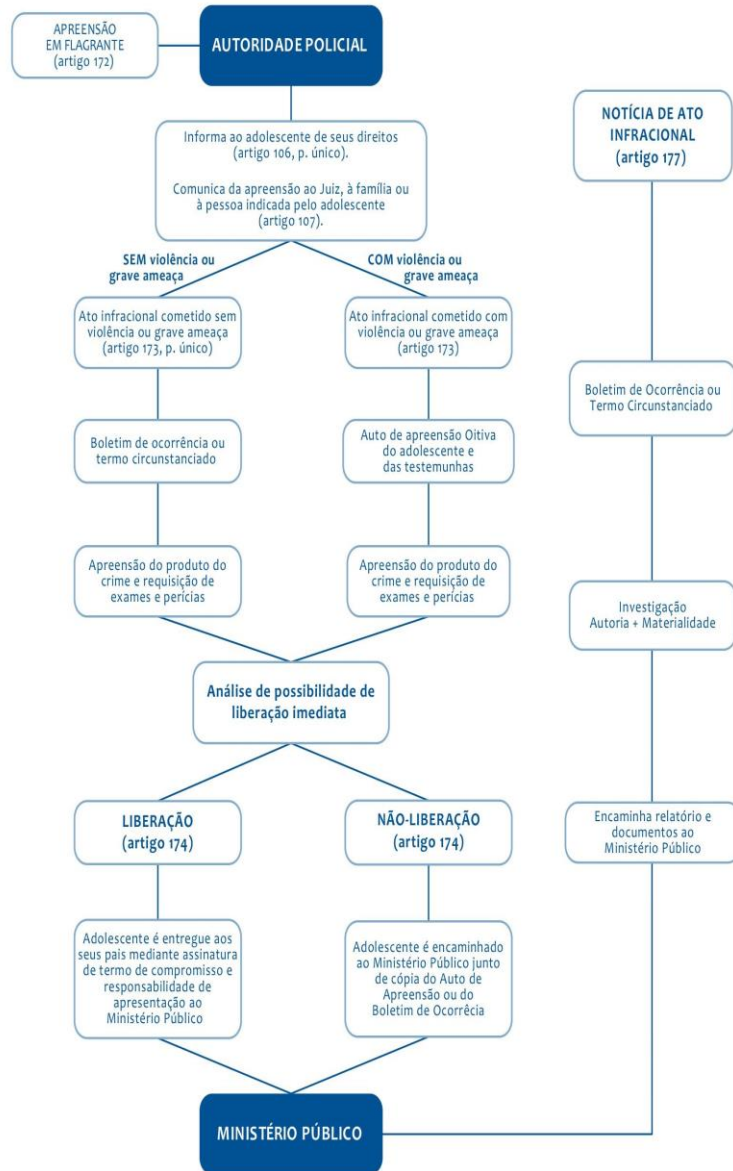
A respeito, ainda, da sentença improcedente, todas as situações em que um réu no sentido penal devesse ser absolvido (ex: prescrição, *in dubio pro reo*), o mesmo se aplicaria adolescente. Nessa perspectiva, corrobora a tese exposta na seguinte decisão, em sede de apelação:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. CORRELAÇÃO AO CRIME DE HOMICÍDIO. DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA. AUSÊNCIA DE PROVA CONTUNDENTE. TESTEMUNHAS QUE APRESENTAM VERSÕES DIFERENTES NO TOCANTE A AUTORIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO 'IN DÚBIO PRO REO'. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2009)

Agora, havendo decisão procedente para aplicação de medida socioeducativa ou de proteção, cabe recurso na forma de apelação guiado pelo Código de Processo Civil, nos termos do art. 198, caput e inciso I, do ECA.

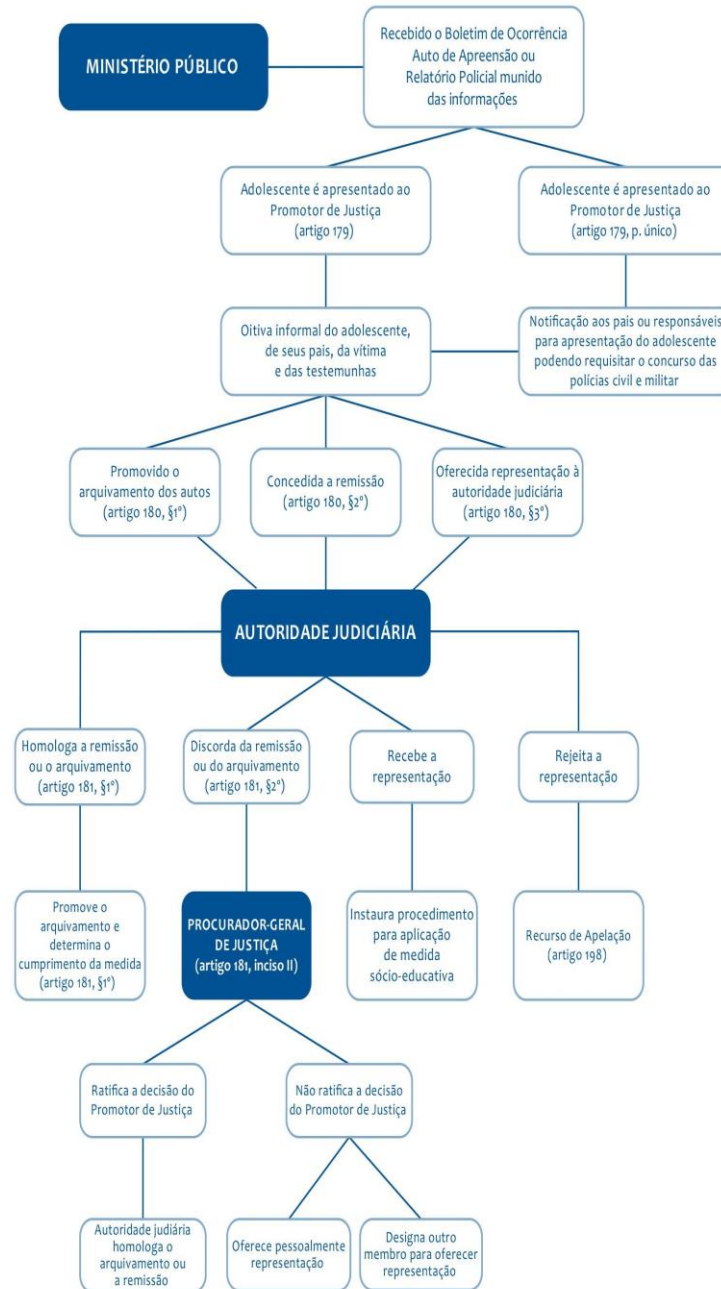
Por fim, seguirá uma breve apresentação das fases do procedimento de apuração:

Fase policial:



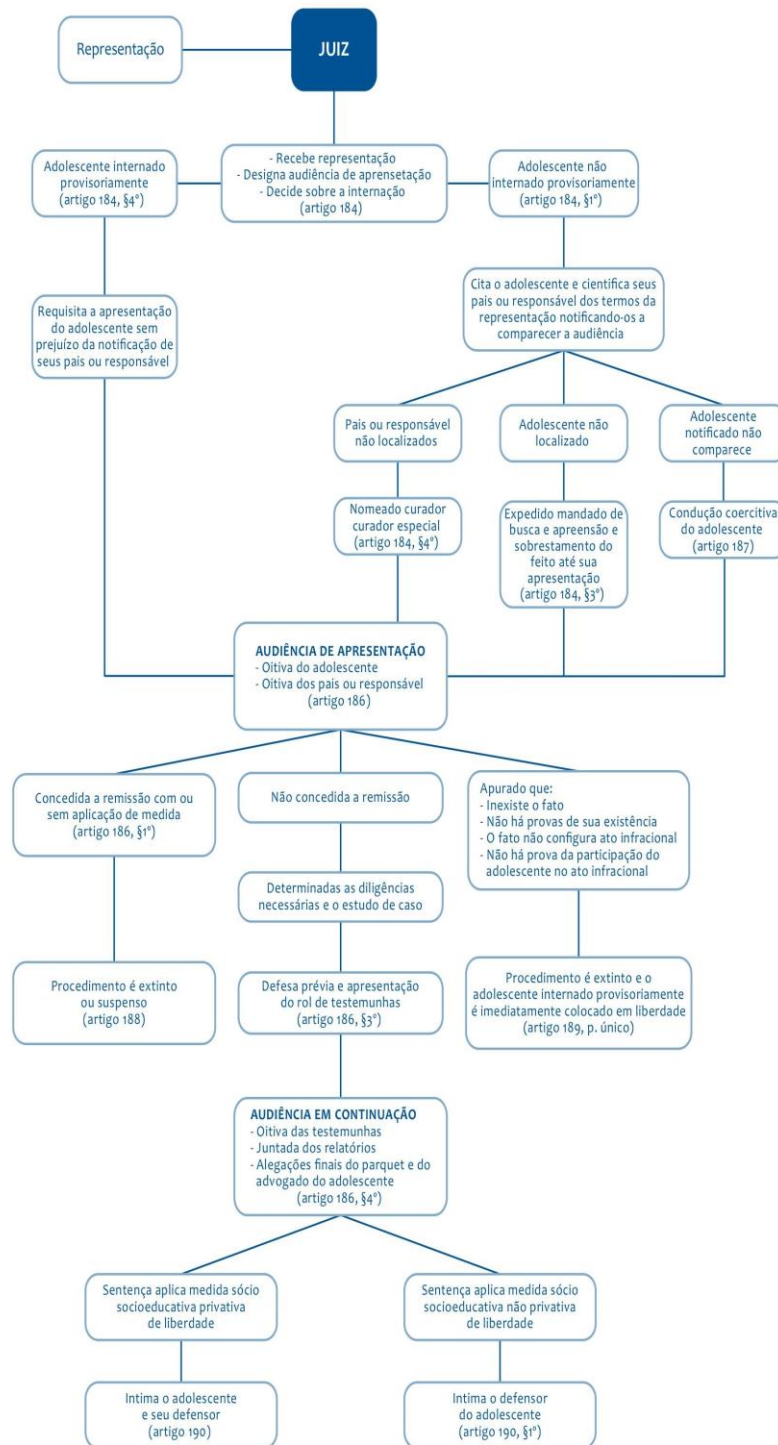
Fonte: Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, 2010.

Fase Ministerial:



Fonte: Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, 2010.

Fase Judicial:



Fonte: Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, 2010.

Nesse sentido, vê-se didaticamente, passo a passo, como ocorre as várias fases do procedimento de apuração em detalhes.

4 A REDUÇÃO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL

Muito tem-se visto nos noticiários da TV o debate fervilhante que se trava entre os setores mais conservadores e mais progressistas da sociedade, representados no congresso nacional.

A sociedade, a maioria dela insuflada pela mídia, através de programas policiais sensacionalistas, reage emocionalmente clamando por mais punição às crianças e adolescentes infratores.

A pesquisa de opinião pública realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE, 2014) apontou que a maioria expressiva da sociedade brasileira concorda com uma punição mais enérgica em desfavor da infância e adolescência em conflito com a lei.

A última pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Datafolha (DATAFOLHA, 2015), e divulgada no dia 22 de junho de 2015, constatou que 87% dos entrevistados é a favor da redução da maioridade penal de 18 para 16 anos.

A Câmara Federal chegou a aprovar em 2015 a diminuição da imputabilidade penal para 16 (dezesesseis) anos nos casos de crimes hediondos (estupro, sequestro, latrocínio, homicídio qualificado e outros crimes graves), homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, o que gerou muitas críticas de alguns juristas e aplausos de outros. O fato é que a matéria nem chegou a ser apreciada pelo Senado da República, e o assunto encontra-se engavetado até uma nova comoção social.

A PEC 171/93, a chamada “PEC da maioridade”, precisaria ser aprovada em 2 (dois) turnos, na Câmara e Senado, por 3/5 dos membros do congresso nacional, sendo 308 Deputados Federais e 49 Senadores da República, conforme determina o art. 60, §2º, da CRFB/88. Após a aprovação, a proposta seria promulgada pelo congresso nacional, não sendo necessária a sanção presidencial.

Existem 4 (quatro) argumentos contra e 3 (três) favor a redução da maioridade penal no Brasil, relevantes para debater o assunto sob dois pontos de vista totalmente opostos.

Para aqueles que consideram imperioso a redução, 3 (três) são os argumentos centrais desse discurso, quais sejam: os adolescentes de 16 e 17 anos já têm discernimento o suficiente para responder por seus atos, muitos países

desenvolvidos adotam maioria penal abaixo dos 18 anos e a redução traria uma diminuição no aliciamento de menores para o tráfico de drogas.

Ao explicar os argumentos dizem que o discernimento dos adolescentes para escolher um representante através do voto é o mesmo para efeitos penais (CUNHA; ROPELATO; ALVES, 2006).

Na comparação com outros países citam o exemplo de outros países desenvolvidos onde a maioria penal é menor: como os Estados Unidos (12 anos), Nova Zelândia (17 anos), Suíça (15 anos) e Escócia (16 anos) (CUNHA; ROPELATO; ALVES, 2006).

O aliciamento de adolescentes para o tráfico de drogas diminuiria na medida que perderia o sentido o criminoso se utilizar do infante para cometer crimes, com a diminuição da maioria penal (AMARO, 2004).

Já para aqueles que rechaçam veementemente a redução, são apontados 4 (quatro) argumentos principais do discurso, quais sejam: aplicar o ECA não condiz com impunidade, o sistema prisional brasileiro não contribui para a reinserção dos jovens na sociedade, além do que prender adolescentes agravaria ainda mais a crise do sistema prisional, a quantidade de infrações cometidas por adolescente não ultrapassa 10% (dez por cento) do total de crimes cometidos por adultos e a regra constitucional da imputabilidade constitui cláusula pétrea.

Na explicação dos argumentos defendem o ECA como instrumento internacionalmente reconhecido pela ONU (Organização das Nações Unidas) como eficaz na reinserção social do adolescente. Além de rechaçar a ideia de que imputabilidade signifique impunidade, pois os adolescentes continuam sendo responsáveis por seus atos (CUNHA; ROPELATO; ALVES, 2006).

A reincidência no sistema penal propriamente dito beira o absurdo de 70%, e colocar os jovens nesse sistema, seria o mesmo que fossem colocados em escolas do crime organizado, pois sairiam piores do que entraram. Além do que, a crise do sistema prisional seria agravada por aumentar a superlotação, ao ampliar o espectro afetado pelo sistema penal vigente (GOMES, 2017)

É um dado significativo, alcançado através de estatísticas oficiais das polícias dos estados da federação, de que somente 10% (dez por cento) do total de infrações cometidas por adultos, são perpetradas por adolescentes (CUNEO, 2001). Mais do que qualquer outra coisa, os dados nos mostram a total inconveniência da medida de diminuição da maioria penal em termos de política criminal utilizada

para combater a violência, porque somente punir não pode ser considerada uma política de estado, se não vier acompanhada por uma política de diminuição de danos a sociedade.

E principalmente, o artigo 228 da CRFB/88 estabeleceu a imputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos, o que para os contrários da redução, constitui cláusula pétrea, isto é, não pode ser mudada através de emenda à constituição (SILVA, 2010, p. 883).

Na sequência irá se discorrer com mais profundidade as posições doutrinárias a respeito.

4.1 UM LEVANTAMENTO NAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Para os que são a favor da redução da maioridade penal, é visível o enfoque naqueles crimes cruéis, como homicídios e seus derivados.

Para o juiz Abner Apolinário, a redução da maioridade penal seria benéfica, desde que fosse aplicada somente para crimes hediondos, com base em sua experiência como juiz da infância e da juventude. Assim argumenta o juiz:

A verdade é que me senti desrespeitado como pai e como juiz quando ouvi um adolescente dizer que já tinha cometido quatro latrocínios (roubo seguido de morte), que é considerado o segundo pior crime pela sociedade, perde apenas para o estupro. (APOLINÁRIO, 2017)

No entendimento do jurista GUILHERME NUCCI, há uma tendência mundial de redução da maioridade penal na medida em que os jovens estão cada vez mais conscientes dos seus atos, podendo haver proposta de emenda à constituição versando sobre o tema, assim escreve o jurista:

[...] uma tendência mundial na redução da maioridade penal, pois não mais é crível que os menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida', finalizando com a afirmação de que não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias fundamentais do homem soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no artigo 60, § 4º, IV, CF. (Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 109)

Num ponto de vista complementar, argumenta Ferreira (2001, p. 14), acerca da alegada ineficácia do estatuto para coibir atos infracionais graves: “A

revolta comunitária configura-se porque o ECA é muito tolerante com os jovens e não intimida os que pretendem transgredir a lei".

Sobre a analogia do direito ao voto com a idade da responsabilização penal argumenta REALE (1990, p. 161):

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

O jurista enaltece o grau de responsabilidade que envolve este direito político sagrado de influenciar os destinos da nação, e que esse grau de responsabilidade só pode ser atribuído aquele que tem plena consciência dos seus atos. Isto é, se adolescentes podem votar, dever também suportar a penalização.

Para essa corrente favorável à redução, a legislação estatutária seria paternalista, o que criaria uma percepção social negativa em relação a justiça no caso de atos infracionais graves praticados por adolescentes.

E para solucionar esse suposto "defeito" do ECA, alguns juristas advogam a tese segundo a qual a imputabilidade penal haveria de ser flexibilizada no sentido de considerar várias faixas etárias, com graus progressivos de responsabilização. Assim argumenta o jurista Bentivoglio (1998, p. 21):

[... a criação de outras faixas de responsabilização penal, capaz, de par e passo, conscientizar a sociedade e seus membros de que cada violação da norma penal corresponde a uma sanção, ainda que atentando-se para as características etárias do violador. Trata-se, como se vê, da chamada "imputação mitigada", adotada entre outras, pela legislação penal Italiana...]

Para os favoráveis a redução da maioridade, o efeito de tal medida traria respostas satisfatórias as vítimas de atos infracionais hediondos, e seus familiares, na medida que não deixariam impunes os atos praticados por adolescentes. E ao mesmo tempo manteriam a separação dos adultos no cumprimento da pena.

Ainda sobre o grau de maturidade de adolescentes de 16 (dezesseis) e 17 (dezessete) anos argumenta o professor Ives Gandra Martins:

[...] o artigo 228 é a reprodução do artigo 27 do Código Penal. O disposto, de rigor, repete principio valido no passado, quando os jovens levam mais tempo a amadurecer, o que hoje já não se justifica. (...) À época em que o dispositivo constou no Código Penal a idade de dezoito anos se justificava. Hoje, não mais, lembrando-se que a grande criminalidade atual e de menores, que sabem o que estão fazendo. Cuidar do menor é algo fundamental. Considera-lo inimputável ate os dezoito anos, como no passado é um contrassenso. (MARTINS, 1998, pag. 1031,1032)

Este pensamento de que a norma estaria ultrapassada, que os tempos são outros, se verifica na maioria dos juristas considerados “conservadores”, argumentam que o jovem de hoje amadurece mais depressa, porém, o que temos hoje é um jovem com amplo acesso a informação que não necessariamente o leva a maturidade.

Advogam que a adoção de tais medidas não configuraria uma vingança repressiva, pelo contrário, consistiriam em medidas de caráter preventivo, pois a sociedade merece não ter frustradas suas expectativas de paz e segurança. Assim ensina Reale (1990, p. 161):

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.

Apesar de haver argumentos a favor da redução – não são muitos é verdade, é preciso pensar em termos de política criminal. Se o orçamento fiscal do estado brasileiro é finito, devemos estabelecer prioridades. Ou irá se construir mais presídios, pois essa será a consequência concreta da redução da maioridade penal, ou será preferível investir maciçamente em educação, pilar do pedagógico Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já para os contrários a redução, argumentam que o artigo 228, da CRFB/88, que trata da imputabilidade penal, seria uma garantia individual, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, da criança e do adolescente em estar protegido do Sistema Penal, apesar de não estar no rol do artigo 5º, da Carta da República, comporia esse status: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” (BRASIL, 1988).

Que, portanto, o art. 228 estaria no rol cláusulas pétreas do art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88, isto é, não sendo possível sua modificação ou extinção de nossa carta magna:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais;

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988)

Conforme se vê, os contrários a redução aduzem que o art. 228 não poderia ser objeto de um processo legislativo de emenda constitucional por um vício insanável, qual seja, abolir direito individual consagrado.

Nesse sentido, apresenta-se trecho de lição do professor Jose Afonso da Silva, o qual aponta o art. 228 como sendo cláusula pétrea:

Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – 16 anos, por exemplo como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do parágrafo, IV, do art. 60 da CF (SILVA, 2010, p. 883)

Para os contrários à redução da maioridade penal, apesar de os adolescentes poderem ter o completo discernimento do certo e errado, ou do caráter ilícito da conduta, a redução seria um retrocesso em termos de política criminal adotada pelo estado brasileiro a partir da promulgação da Carta da República vigente em nosso país, pois acarretaria no adolescente um abalo em seu sistema psicológico, em virtude da sua permanência em presídio dominado por facções criminosas, isto é, o adolescente sairia pior do que entrou.

Nesse sentido argumenta Julio Fabrini Mirabete, em sua obra Manual de direito penal:

Ninguém pode negar que o jovem de 16 a 17 anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos. Entretanto, a redução do limite de idade no direito penal comum representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, aliás, instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 anos, sem os inconvenientes mencionados. (MIRABETE, 2012, p. 202)

Nessa esteira também argumenta o professor Luiz Flávio Gomes, a respeito da inconveniência de tal medida:

Para além de ser uma medida inconstitucional (violadora do art. 228 da CF e tantos outros dispositivos que asseguram o tratamento diferenciado do adolescente que está em fase de desenvolvimento da sua personalidade), a redução da maioridade penal tende a ser inócua: de 1940 (data do Código Penal) até março de 2015 o legislador brasileiro reformou nossas leis penais 156 vezes. Nenhuma reforma legal jamais diminuiu qualquer tipo de crime no país, a médio ou longo prazo. Se 156 leis penais novas não funcionaram, qual a base empírica para se acreditar que uma nova lei, justamente a decorrente da PEC 171 (Proposta de Emenda Constitucional), seria diferente? “Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes” (Albert Einstein). (GOMES, 2017)

O argumento do voto do adolescente de 16 (dezesesseis) anos que tenta legitimar a redução da maioridade penal é uma verdadeira falácia. Nessa direção opina Volpi:

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 (VOLPI, 1998, p. 165)

Para os contrários a redução, portanto, é matéria vencida a discussão sobre a redução da maioridade penal, por todos esses motivos aqui apresentados. O que alguns propõe como meio termo é a alteração do ECA para que os atos infracionais graves, como são os crimes que atentam contra a vida (homicídio, latrocínio), tenham tratamento diferenciado com relação às medidas de internação, talvez, aumentando o tempo máximo de internação nestes casos.

Várias entidades da sociedade civil se mostram frontalmente contrárias à redução da maioridade penal, dentre às quais podemos destacar: Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Comissão da Infância e Juventude da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP); o Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF); a Associação Brasileira de Magistrados, os Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude (ABMP); a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal (PFDC/MPF) (AQUINO, 2015; ANADEP, 2015).

Há uma proposta em tramitação na Câmara Federal, PL 5.454/2013, idealizada pelo Governador Geraldo Alckmin, mas apresentado pela Deputada Andreia Zito/PSDB-RJ, que aumenta o prazo máximo de internação para até 8 (oito) anos e estende sua permanência em unidade socioeducativa até 26 (vinte e seis) anos, no máximo, para atos infracionais graves.

Não existe consenso se o tempo de permanência máximo ideal seria 6 (seis) ou 8 (oito) anos para os casos de ato infracional grave, o fato é que em uma Democracia Republicana as ideias contrárias devem encontrar um ponto de convergência para chegar a um denominador comum de quais medidas sejam possíveis e desejáveis de serem implementadas.

Entende-se que, em um Estado Social ideal, ou próximo ao ideal como é o Europeu, onde o estado provê a todos uma educação de qualidade, se consegue adotar a máxima “mais educação, menos prisão”, inclusive com o fechamento de estabelecimentos prisionais. Mas o Brasil ainda precisa galgar alguns degraus nesse sentido, enquanto isso, ainda terá que equilibrar repressão (princípio da prevenção geral) com ressocialização.

O Estado Social ou Estado de bem-estar Social, insculpido na CRFB/88, nos arts. 1º, 3º, 5º, 6º e 7º, está relacionado a redistribuição de renda e o atendimento, por parte do Estado, das demandas sociais relativas a previdência, saúde, educação, saneamento e aos valores sociais do trabalho, que a carta magna adotou como norte civilizatório. (STRECK; MORAIS, 2006)

Por fim, na próxima seção irá se buscar um aprofundamento nos aspectos constitucionais pertinentes a análise do tema da maioria penal.

4.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E IMPUTABILIDADE PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil é considerada pela doutrina como sendo:

Promulgada, escrita, analítica, formal (cf. nova perspectiva classificatória decorrente do art. 5.º, § 3.º, introduzido pela EC n. 45/2004, [...], dogmática, rígida, reduzida, eclética, pretende ser normativa, principiológica, definitiva (ou de duração indefinida para o futuro), garantia, dirigente, social e expansiva. (LENZA, 2012, p. 98)

A rigidez da norma constitucional traz uma dificuldade a mais para reformas constitucionais, assim o art. 60, da CRFB/88 trata da emenda constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988)

Além do quórum qualificado de maioria absoluta e duas votações em cada casa do congresso nacional, a rigidez se manifesta na vedação de deliberação de proposta de emenda à constituição que tenda a abolir direitos e garantias individuais do art. 5º e demais artigos que versem sobre o tema, conforme art. 5º, §1º da CRFB/88:

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 termos seguintes:

§ 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. (BRASIL, 1988)

O dispositivo constitucional ao dizer que os direitos e garantias fundamentais expressos na constituição não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, está deixando claro que o rol de direitos e garantias individuais não está limitado ao rol do art. 5º, portanto, não comportando uma interpretação restritiva destes direitos e garantias por parte do poder judiciário. Nesse sentido, o Supremo estabeleceu precedente na ADI 939-7/DF, ao entender os direitos e garantias individuais de forma ampliada, estando contido ao longo da carta da república.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundante da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CRFB/88). Ensina Lenza acerca do tema: "Regra matriz dos direitos fundamentais, que pode ser bem definido como o núcleo

essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos” (LENZA, 2011, p. 1265).

Também se destaca lição do professor Silva (2013, p. 70):

É um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não de uma idéia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. Dai decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visara a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Ao buscar respaldo neste princípio, infere-se que a maioria penal do art. 228, é direito fundamental das crianças e adolescentes sustentado pelo pilar chamado dignidade da pessoa humana.

Portanto, o núcleo essencial, estrutural, da Constituição de 1988, se chama cláusula pétrea.

Ao desenvolver o significado de cláusula pétrea, assim descreveram Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 253):

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição.

A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

Nessa esteira, também pontuou Barroso (2009, p. 159):

Como muitas vezes registrado, as Constituições não podem aspirar à perenidade do seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por essa razão, comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica. Nada obstante, para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram a sua criação. Essa identidade, também referida como o espírito da Constituição, é protegida pela existência de limites materiais ao poder de reforma, previstos de modo expresso em inúmeras Cartas. São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado.

Cláusula pétrea, portanto, não pode, a qualquer pretexto, ser banida do texto constitucional, nem por processo de emenda constitucional.

A constituição é clara ao estabelecer no art. 228 a imputabilidade a partir dos 18 (dezoito) anos: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” (BRASIL, 1988).

Além do que a Constituição da República Federativa de 1988 protege a infância e a juventude, como podemos depreender do art. 227:

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.

§ 1º 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 e obedecendo aos seguintes preceitos: [...]. (BRASIL, 1988)

Sob essa lógica a constituição estabeleceu que o estado brasileiro tem o dever de zelar mais, de forma prioritária, por crianças e adolescente, até pelo princípio da igualdade que assevera que devemos tratar os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida das suas desigualdades.

Igualar adolescentes a adultos frente as sanções do sistema penal seria uma quebra do princípio da igualdade insculpido no art. 5º da carta magna, e, portanto, seria inconstitucional qualquer medida que visasse a diminuição da maioria penal. Nesse sentido se pronunciaram os professores Canotilho e Moreira:

O tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualaria e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material [...] o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 339-342)

O princípio da igualdade constitui “uma peça chave no catálogo constitucional dos direitos fundamentais” (SARLET et al., 2012, p. 529), sendo norteador da norma constitucional.

A igualdade é um princípio precursor do Estado Democrático de Direito, que comunica com toda a ordem constitucional vigente. Sob este ponto de vista ensina Canotilho (1999, p. 432): “[...] para todos os indivíduos com as mesmas características, deve prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos [...]”.

A limitação no poder de legislar sobre matérias que atentem contra a igualdade se justifica, na medida em que, segundo Sarlet, Marioni e Mitidiero (2012, p. 471):

[...] que esse [legislador] não pode editar normas que apresentem algum caractere não isonômico, sob pena de criar uma norma inconstitucional. O princípio da igualdade deve estar presente, mesmo que implicitamente, em todas as normas editadas.

A imputabilidade consiste na capacidade de agente do ato ilícito em compreender sua reprovabilidade perante a sociedade em ordenamento positivado, além de ter maturidade para conter o impulso do ato reprovável. Não atendidas essas condições, como é o caso de crianças e adolescentes nos critérios atuais, estes seriam inimputáveis, isto é, não atingíveis pela norma penal vigente. Senão vejamos:

Há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta a sua consciência. Quem não tem essa capacidade de entendimento e de determinação é inimputável, eliminando-se a culpabilidade. (MIRABETE, 2007, p. 210)

O ensinamento do professor Júlio Fabrini Mirabete nos esclarece que não basta o adolescente possuir o discernimento do ato ilícito para efeitos penais, porque concomitantemente a isso, o jovem haveria de ter maturidade suficiente, o que só ocorre, segundo a ciência da psicologia, por volta dos 18 (dezoito) anos completos. Quanto a esse período de transição, Alves, Pedroza, Pinho, Presotti e Silva definem a adolescência tal como é defendida pela Constituição e pelo ECA:

[...] o adolescente é, sobretudo, um potencial a ser desenvolvido, a ser moldado. Seja para o bem – produtividade econômica – ou para o mal – delinquência –, a adolescência passa a ser vista como um período de preparação, de transição, em que estarão sendo criadas as bases para o futuro adulto. Dentro dessa perspectiva, a comunidade adulta responsabiliza-se, portanto, por esse indivíduo, impedindo que interesses escusos atuem sobre ele, e assegurando que sejam cumpridos os objetivos supostamente legítimos da sociedade adulta, religiosa e trabalhadora. (ALVES *et al.*, 2009, p. 70)

Nessa esteira, anota-se o conceito de Aníbal Bruno acerca da imputabilidade: “[...] conjunto de condições pessoais que dão à agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível.” (BRUNO, 1984, p. 65)

Como bem sabemos, os desníveis sociais também perpassam a noção de adolescência por parte da sociedade, enquanto os mais favorecidos são tratados

com certa “leniência” e vistos como inconsequentes no “bom sentido”, já os desfavorecidos são perversos, merecem desconfiança. Nesse diapasão, a diferenciação de classe social quanto a percepção social do adolescente pertencente a essas classes é definida por Alves *et al.* (2009, p. 72):

[...] moratória social, um período de espera, uma espécie de terra de ninguém em que o adolescente já não é mais criança, mas também ainda não é um adulto. Nesse período, ele deverá fazer aquilo que lhe é “próprio”, sem incomodar – ainda que, se ele não incomodar, haverá um estranhamento. Desse prisma adultocêntrico, o adolescente luta para se tornar aquilo que o adulto quer que ele seja, porém será sempre incompleto e imaturo enquanto estiver na condição de adolescente. E é nesse ponto – desejando ser aquilo que a sociedade pensa que ele deve ser – que o adolescente se torna essa realidade social que o prescreve, que o entende estigmatizado.

Essa argumentação é habitualmente vista como adequada apenas para classes sociais médias e altas, como se não pudesse também ser percebida nas classes ditas desfavorecidas. Pelo contrário, o adolescente desprivilegiado é também pressionado por um ideal de adolescência rebelde e ingenuamente irresponsável, apesar de muitos já terem que entrar no mercado de trabalho. A diferença que se percebe é que, enquanto é permitido aos ricos ter desejos e a “moratória”, dos excluídos é esperado apenas que pensem em sobreviver.

Portanto, o adolescente pobre, favelado, de maioria negra, é quem a sociedade visa atingir quando exige o recrudescimento das penalidades aplicáveis aos adolescentes, dado o estigma e o preconceito com essa parcela da população, que tem dificuldades a mais de se afirmar no mundo. Enquanto o adolescente de classe média e alta gozam de um certo “álibi” para transgredir.

A inimputabilidade foi uma escolha política da ordem social idealizada pelo constituinte originário, onde é levado em consideração a criança e o adolescente como pessoa em desenvolvimento, que é remetido novamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, umas das engrenagens mestras da estrutura constitucional essencial.

Enfim, a imputabilidade penal da criança e do adolescente insculpada no art. 228, da CRFB/88, é direito fundamental consagrado no rol de cláusulas pétreas.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que ao longo da história brasileira o “menor” sempre teve uma conotação negativa, um sentido pejorativo, ou seja, o menor era tratado pelo estado e pela sociedade como um problema social a ser contido e normalizado, um sujeito sem direitos tutelado pelo estado e pela família. O termo “menor” reitera e assegura um ponto de vista discriminatório impregnado na sociedade brasileira e um procedimento de marginalização que nos remete à doutrina da situação irregular e o código de menores. Nesse sentido, é inapropriado se referir a pessoas menores de 18 (dezoito) anos como “menor” ou “menor de idade”.

O termo apropriado para se referir aos infantes é criança e adolescente, que começou a ser adotado desde a constituinte de 1988, e se solidificou no Estatuto da Criança e do Adolescente sancionado em 1990. A criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direitos especiais a partir da adoção da teoria da proteção integral, sendo as políticas adotadas a este segmento de absoluta prioridade no calendário estatal. Por isso é imprescindível que o estado o provenha saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária.

A legislação estatutária foi um marco legal importantíssimo na defesa do direito da criança e do adolescente. Deu efetividade aos mandamentos constitucionais direcionados as crianças e adolescentes, os tornando sujeitos de direitos, o que até então não se vislumbrava. O ECA estabeleceu dever da família, da comunidade, da sociedade e, principalmente, do poder público zelar pelos direitos das crianças e adolescentes.

O ECA mostrou-se uma verdadeira carta garantidora dos direitos fundamentais da infância e juventude, quando no século passado a violência contra os infantes era enorme, devido, principalmente, pela situação social de pobreza extrema, com mortalidade infantil nesse extrato social beirando os 70%.

Se mostrou importante a distinção de criança e adolescente inaugurada pelo ECA, pois antes era comum encontrar crianças trabalhando. Isto é, o estado federativo brasileiro não concebia a diferença concreta entre essas diferentes fases do desenvolvimento humano, já que não havia um critério objetivo de diferenciação.

Vale destacar a conquista do estatuto quanto a constituição de conselhos tutelares e conselhos de direitos da criança e do adolescente dotados, os primeiros,

a fiscalização do cumprimento do ECA, enquanto os últimos se debruçam sobre a supervisão e proposição de políticas públicas.

O ECA estabeleceu que a forma de responsabilização pelo ato infracional praticado são as medidas socioeducativas. Essas medidas têm caráter eminentemente pedagógico, nunca punitivo. Assim, pretendem a exaltação da cidadania através de oportunidades criadas para que haja a correção do ato perpetrado. Dada a efetividade da medida, rompe-se com a lógica punitiva que vigorava até então.

A legislação estatutária normatizou o procedimento de apuração concedendo uma série de direitos e garantias individuais, antes não existentes, aos adolescentes acusados do cometimento de ato infracional. Isto é, elevou a um outro patamar o processo de apuração. Somado a isto, protegeu sob o manto do sigilo os atos relativos aos procedimentos, e reservando àquele que violá-lo uma penalidade administrativa.

O estatuto regulou o procedimento de apuração que o tornou totalmente diverso do CCP aplicável as imputáveis, inclusive reconheceu um “plus” de garantias processuais especiais aos adolescentes, como a garantia de comunicação incontinenti do seu recolhimento a autoridade judiciária, estabelecendo penalidades para o agente que violar tal garantia. E a garantia especial de adoção de medidas restritivas de liberdade somente em casos excepcionalíssimos e de não ser transportado nos chamados “camburões”. Essas garantias rompem com velhas práticas estimuladas pelo antigo código de menores, violador de direitos fundamentais.

Além dos claros avanços na defesa do direito das crianças e adolescentes no Brasil, o ECA ainda carece de efetividade no melhoramento de políticas públicas e nas práticas policiais herdadas dos tempos das ditaduras. Por outro lado, também necessita de atualizações legislativas urgentes no que concerne aos atos infracionais graves que atentem contra a vida, para que estes atos tenham consequências proporcionais a reprovabilidade social da conduta praticada. Uma das medidas a serem implementadas é o aumento do tempo máximo de internação.

Caso o adolescente cometa um ato infracional grave, previsto na lei penal como homicídio, um crime odioso, poderia inferir que, neste caso concreto, a regra de contenção máxima de 3 (três) anos do art. 121, §3º, do ECA, seria ineficaz para

coibir tal conduta, por ser desproporcional o prazo de contenção para um adolescente (3 anos) e um adulto (30 anos).

Ao analisar a constitucionalidade da redução da maioridade penal agrupou-se vários argumentos favoráveis e contrários a tal redução. E o que se verifica é que os argumentos contrários demonstraram a inconstitucionalidade patente da diminuição da idade de imputabilidade penal, principalmente por conta do art. 228, da CRFB/88, constituir cláusula pétrea dada a proteger os direitos e as garantias individuais extensos do art. 5º, mas também por violar princípios basilares, essenciais e imprescindíveis da república, tais como o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândida; PEDROZA, Regina; PINHO, Aline; PRESOTTI, Luara; SILVA, Felipe. **Adolescência e Maioridade Penal: Reflexões a partir da Psicologia e do Direito.** 2009. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpp/v9n17/v9n17a05.pdf>>. Acesso em 04 de abr. de 2017.

AMARO, Jorge W. F. (2004). **O debate sobre a maioridade penal.** Rev. Psiquiatria Clínica, p.142-144.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** Aspectos Teóricos e Práticos. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2007. p. 31 – 60.

ANADEP. Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Nota pública contra a Proposta de Emenda à Constituição PEC 171/93.** Referência obtida na base de dados: ANADEP, 2015. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/22511/Porque_n_o_redu_o.pdf, acesso em: 06 abr. 2017.

APOLINÁRIO, Abner. **Redução da maioridade penal seria a solução? Juristas divergem sobre o assunto,** 2017. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/index.php?option=com_content&view=article&id=632>. Acesso em: 23 de mar. 2017.

AQUINO, Yara. **CNBB critica projetos de terceirização e de redução da maioridade penal.** Referência obtida na base de dados: Agência Brasil, 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-04/cnbb-critica-projetos-de-terceirizacao-e-de-reducao-da-maioridade-penal>> , acesso em: 06 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 1993.

BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. **Imputabilidade**. In: Revista Infância & Cidadania, vol. 02/Munir Cury(org.). Editora InorAdopt: São Paulo, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. **Consolida as leis de assistência e proteção a menores**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Lei de 16, de dezembro de 1830. **Manda Executar o Código Criminal**. Rio de Janeiro: Senado, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal**. Brasília, DF: Câmara, 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Rio de Janeiro: Senado, 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, DF: Senado, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1044203. Relator: Min. Arnaldo Esteves de Lima. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=860360&num_registro=200800694082&data=20090316&formato=HTML>. Acesso em 22 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 62.294. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=672731&num_registro=200601483069&data=20070312&formato=HTML>. Acesso em 22. Abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 109241/SP. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF 04 de abril de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq>

uencial=1046042&num_registro=200801365085&data=20110404&formato=HTML>. Acesso em 22 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 2012/0113242-0. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 27 de novembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1198361&num_registro=201201132420&data=20121204&formato=HTML>. Acesso em 23 abr. 2017.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88945. Relator: Min. Marco Aurélio Melo. Brasília, DF, 04 de março de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=524369>. Acesso em 20 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.155. Relator: Min. Arnaldo Esteves de Lima. Brasília, DF, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=902835&num_registro=200900632858&data=20090914&formato=HTML>. Acesso em 22 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98518. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 de maio de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612371>>. Acesso em 22 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 67826/SP. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 09 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=892156&num_registro=200602203581&data=20090701&formato=HTML>. Acesso em 23 abr. 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

Cunha, Paula Inês; Ropelato, Raphaella & Alves, Marina P, (2006). **A redução da maioria penal: Questões Teóricas e empíricas**. Psicologia Ciência e Profissão, p.646-659.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZACK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. Sammus Editorial. 3ª ed., 1986.

DATAFOLHA. **Nove em cada dez apoiam maioria penal aos 16, aponta Datafolha**. 2015. Disponível em <
http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1645922-nove-em-cada-dez-apoiam-
maioridade-penal-aos-16-aponta-datafolha.shtml>. Acesso em 18 de abr. 2017

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *In*: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Redução da maioria penal**, 2017. Disponível em: <
<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/178865734/reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em 23 de mar. 2017.

IBOPE. **83% da população é a favor da redução da maioria penal**. 2014. Disponível em < <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>>. Acesso em 18 de abr. 2017

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. Comentários. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? -São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. (Pensando o Direito no século XXI) v. 5. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

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

MARÇURA, Jurandir Norberto. Artigo 178. In: CURY, Munir; AMARAL e SILVA, Antônio Fernando; MENDEZ, Emilio García; (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 2ª. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

MARTINS, Ives Gandra, BASTOS, Celso Ribeiro, **Comentários a constituição do Brasil**, 8 volume, São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, São Paulo: Editora Atlas, Edição 2012.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em 12 de abr. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 167.693-3. Relator: Des. Gil Trotta Telles. Carlópolis, PR, 02 de dezembro de 2004. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1430704/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-167693-3>>. Acesso em 22 abr. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 612782-0. Santo Antônio da Platina. Relator: Des. José Mauricio Pinto de Almeida. Santo Antônio da Platina, 01 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1877081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-612782-0>>. Acesso em 23 abr. 2017.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Cláusula pétrea: PEC que propõe reduzir maioria penal é inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/reduzir-maioridade-penal-inconstitucional-amb>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 595133596. Relator: Des. José Ataides Siqueira Trindade. Passo Fundo, 18 de março de 1999. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=>

[as_eq=&partialfields=n%3A595133596&as_q=+#main_res_juris>](#). Acesso em 20 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70031804610. Relator: Des. Rui Portanova, Uruguaiana, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70031804610%26num_processo%3D70031804610%26codEmenta%3D3138427++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70031804610&comarca=Comarca%20de%20Uruguaiana&dtJulg=17/09/2009&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em 22 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70010115020. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Bento Gonçalves, 25 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70010115020%26num_processo%3D70010115020%26codEmenta%3D961867++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70010115020&comarca=Comarca%20de%20Bento%20Gon%C3%A7alves&dtJulg=25/11/2004&relator=Jos%C3%A9%20Ata%C3%ADdes%20Siqueira%20Trindade&aba=juris>. Acesso em 23 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70047438056. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Estrela, 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70047438056%26num_processo%3D70047438056%26codEmenta%3D4673628++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8>.

8&site=ementario&access=p&oe=UTF-

8&numProcesso=70047438056&comarca=Comarca%20de%20Estrela&dtJulg=26/04/2012&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em 23. Abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70009507724. Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira. Venâncio Aires, 24 de fevereiro de 2005. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70009507724%26num_processo%3D70009507724%26codEmenta%3D1026889++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-

8&numProcesso=70009507724&comarca=Comarca%20de%20Ven%C3%A2ncio%20Aires&dtJulg=24/02/2005&relator=Ant%C3%B4nio%20Carlos%20Stangler%20Pereira&aba=juris>. Acesso em 23 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70030901557. Relator: Des. José Conrado de Souza Júnior. Triunfo, 28 de outubro de 2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70030901557%26num_processo%3D70030901557%26codEmenta%3D3202142++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-

8&numProcesso=70030901557&comarca=Triunfo&dtJulg=28/10/2009&relator=Jos%C3%A9%20Conrado%20Kurtz%20de%20Souza&aba=juris>. Acesso em 23 abr. 2017.

SANTA CATARINA. Gercino Gerson Gomes Neto. Ministério Público de Santa Catarina. **A inimputabilidade penal como cláusula pétrea**. 2000. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id205.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

SANTA CATARINA. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. **Manual do promotor de justiça da infância e juventude** / Coordenado por Marcelo Gomes Silva; elaboração técnica de Mayra Silveira. Florianópolis: MPSC, 2010. Disponível em: http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20_vol1_2ed.pdf. Acesso em: 15 mar de 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2015.083958-6. Relator: Des. João Henrique Blasi. Joinville, 08 de março de 2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANrBnAAN&categoria=acordao>. Acesso em 20 abr. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2003.029820-7. Relator: Des. Newton Janke, Criciúma, 02 de março de 2004. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOKSvAAC&categoria=acordao>. Acesso em 22 abr. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação nº 2008.028050-9. Relator Des. Marli Mosimann Vargas. Joaçaba, 26 de maio de 2009. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAERlwAAD&categoria=acordao>. Acesso em 23 abr. 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Jose Afonso. **Comentário Textual à Constituição**, 7ª. Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. ampl. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Janine Borges. **A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma análise histórica**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VOLPI, Mário (org.). **O adolescente e o ato infracional**. Editora Cortez: São Paulo, 1997.