

A MAIORIDADE PENAL ENQUANTO CLÁUSULA PÉTRETA: UM ESTUDO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS PROPOSTAS DE REDUÇÃO

Iago Rodrigues Ervanovite

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano do Estado de São Paulo – Unidade de Lorena. Email: prof.iagore@gmail.com

RESUMO

A maioridade penal é a idade mínima para o Estado imputar crimes e penas ao agente; significa estabelecer políticas criminais, no intuito de se reinserir eficientemente o infrator na sociedade. A discussão sobre a necessidade de redução da maioridade penal tem início na falsa ideia de que os adolescentes em conflito com a lei não são responsabilizados por seus atos. Necessária se faz a análise das propostas de redução à luz da Constituição e de outros princípios que regem o Direito. *A priori*, analisa-se a necessidade de alteração do dispositivo constitucional (art. 228) que trata da maioridade penal, visto que “*quod non est utile, non est ius*” (“aquilo que não é útil, não é direito”). Ou seja, deve-se indagar se a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente é eficaz na recuperação dos adolescentes em conflito com a lei. *A posteriori*, analisa-se a possibilidade jurídico-constitucional de se alterar o texto do referido artigo, estudando tal possibilidade à luz das cláusulas pétreas.

Palavras-chaves: Maioridade. Penal. Constitucional. Cláusula. Pétreas. Necessidade.

ABSTRACT

The legal age of criminal responsibility is the minimum age allowed to the State to impute crimes and feathers to its citizens. It means establishing criminal policies in order to effectively reintegrate the offender into society. The discussion of the need to undertake the legal age has started in the false idea that the underage are not held accountable for their actions. It is necessary to analyze the proposals under the light of the Federal Constitution and the principles of Law. At first, the need to amend the Constitution must be analyzed, because “*quod non est utile, non est ius*” (“what is not useful, it is not Right”). In other words, it must be analyzed if the application of the Statute of Children and Teenagers is effective in order to reintegrate the teen offender into society. After analyzing the possibility of changing the constitutional text of the article 228, it’s allowed to study if that mentioned legal device finds shelter under the institute of the Immutable Clauses.

Keywords: Criminal. Responsibility. Constitution. Immutable. Clauses. Necessity.

INTRODUÇÃO

O ser humano é considerado, em si mesmo, como um bem de consumo que se pode usar e depois lançar fora. Assim teve início a cultura do “descartável”, que aliás chega a ser promovida. Já não se trata simplesmente do fenômeno de exploração e opressão, mas de uma realidade nova: com exclusão, fere-se, na própria raiz, a

pertença à sociedade onde se vive, pois quem vive nas favelas, na periferia ou sem poder já não está nela, mas fora. Os excluídos não são “exploradores”, mas resíduos, “sobras”. – Papa Francisco in Evangelii Gaudium.

A maioria penal é um instituto do ordenamento jurídico associado às normas de natureza penal, relativas à imputabilidade, ou seja, à capacidade do indivíduo “de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (CAPEZ, 2011, pp. 332). Significa também dizer “a idade em que o indivíduo entra no pleno gozo de seus direitos” (FERREIRA, 2000, p. 439).

Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento (CAPEZ, 2011, p. 333).

Em regra, toda pessoa é imputável, a não ser que a lei preveja alguma causa excludente de sua imputabilidade, nascendo daí o conceito de **inimputabilidade**. Observado o sentido contrário, compreende-se como inimputável aquele que “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (art. 26, do Código Penal).

Sendo o agente imputável, e compreendendo ele, ao tempo do fato, o caráter ilícito de sua conduta, pode o Estado, no exercício de sua *jus puniendi*, aplicar-lhe as penas previstas na lei. Por sua vez, as penas a serem aplicadas devem ser eficazes e cumprirem as finalidades a que se destinam.

Os mecanismos punitivos não devem ser preestabelecidos apenas em seus efeitos “repressivos”, no aspecto da “sanção”, mas devem, também, serem recolocados em uma série complexa com efeitos positivos (FOCAULT, 1987, pp. 26-27). Consequentemente, dá-se à punição uma função social que visa não apenas a punição do agente infrator, mas, também, “corrigir, reeducar, ‘curar’; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal” (op. cit., p. 14).

A imputabilidade, portanto, é o liame, compreendido e pré-estabelecido pela lei, por critérios objetivos, que diferencia os indivíduos que compreendem não só o caráter ilícito de suas condutas, como, também, a finalidade educativa das penas que lhes são aplicadas.

O Estado de Direito brasileiro reconheceu constitucionalmente as duas perspectivas da sanção penal (punitiva e pedagógica) quando proibiu penas de morte, de caráter perpétuo ou cruéis (art. 5º, XLVII, “a”, “b” e “e”, CF), e assegurou, aos presos, o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF).

Não obstante, para a legislação ordinária, a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59, do Código Penal), bem como “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (art. 1º, da Lei de Execução Penal).

No Brasil, quatro são as causas reconhecidas pela lei penal que excluem a capacidade do agente de compreender o caráter ilícito de suas condutas, como, também, o caráter pedagógico de suas sanções, ou seja, excluem a imputabilidade (JESUS, 1998, p. 497). São elas:

a) inimputabilidade por doença mental, quando há alguma perturbação mental ou psíquica, como drogas ou doença mental, que retirem do agente a capacidade de entender ou de querer (CAPEZ, 2011, p. 334);

b) inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto, quando “o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional”. Aqui, enquadram-se, além dos indígenas não integrados à sociedade, os menores de 18 (dezoito) anos, que estão sujeitos às normas da legislação especial (op. cit., p. 335);

c) inimputabilidade por desenvolvimento mental retardado, quando o estágio de desenvolvimento das capacidades cognitivas do agente está aquém do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica (op. cit., p. 335);

d) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, quando o entendimento e a vontade do agente encontram-se em dissonância, em razão dos efeitos do álcool ou de qualquer substância com efeitos psicotrópicos, que não ingeriu, o indivíduo, de maneira voluntária (op. cit., p. 339).

Das hipóteses tratadas pela lei, este trabalho objetiva o estudo das perspectivas constitucionais e sociais daquela tratada pelo item “b” acima. Isso porque “toda vez que se fala em inimputabilidade abaixo dos 18 anos de idade, reacende-se a polêmica, dividindo opiniões” (LIBERATI, 2010, p. 111).

Quando o legislador estabeleceu a idade de 18 (dezoito) anos como a idade mínima para que o agente pudesse ser penalizado com as sanções previstas no Decreto-Lei 2.848/1940 - Código Penal, estabeleceu ele o que entendemos por **maioridade penal**.

Colimando os conceitos até então abordados, entende-se por maioridade penal como a idade mínima pela qual se definirá a capacidade do indivíduo de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, além de compreender, com efeito, as sanções que lhe são aplicadas.

Constitui objetivo desta obra a coletânea de informações no campo teórico que conduzam ao estudo da possibilidade de o art. 228 da Constituição Federal, que prevê a maioria penal aos 18 (dezoito) anos, enquadrar-se no rol de cláusulas pétreas do §4º do art. 60, especialmente no disposto do inciso IV do referido dispositivo. Também, objetiva a coletânea de informações práticas, no tocante à eficiência da aplicação das medidas socioeducativas na recuperação de adolescentes em conflito com a lei.

A necessidade deste estudo específico encontra-se no fato de que a temática referente à revisão e redução da maioria penal ser quase sempre controversa.

Segundo Liberati,

toda vez que se fala em imputabilidade abaixo dos 18 anos de idade, reacende-se a polêmica, dividindo opiniões. Salientam uns que deve ser reduzida para 16 anos, em virtude da conquista dos direitos políticos de votar (art. 14, §1º, II, “c”, da CF); outros entendem que deve ser mantida a irresponsabilidade penal abaixo dos 18 anos, em virtude da não-formação psíquica completa do jovem (LIBERATI, 2010, pp. 111-112).

O autor ainda justifica:

O tema da redução da imputabilidade penal do adolescente para 16 anos é cíclica, senão casuística. De tempos em tempos, e principalmente quando algo excepcional acontece, como, por exemplo, as rebeliões da Febem, o assunto torna-se obrigatório. A mídia contribui para a distorção do enfoque. O problema não está sediado somente na fixação do critério etário; o problema maior está na falência do sistema de atendimento de jovens infratores, carentes de programas de atendimento. O Poder Executivo, detentor da obrigação de instalar esses programas e executá-los, permanece completamente alheio à situação, deixando para o Poder Judiciário sua solução (op. cit.).

Destarte, considerando-se os notórios avanços trazidos pela legislação vanguardista, em prol dos direitos humanos, que regulamentou o art. 228 da Constituição Federal, e a eficácia na recuperação dos adolescentes em conflito com a lei, tem-se a necessidade de se defender esta legislação, que beneficia não só aos adolescentes infratores ao propiciar-lhes reinserção, mas como toda a sociedade.

1 A MAIORIDADE PENAL NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Em todo jovem, mesmo no mais infeliz, há um ponto acessível ao bem, e a primeira obrigação do educador é buscar esse ponto, essa corda sensível do coração, e tirar bom proveito – São João Bosco.

Estabelecer a maioria penal significa estabelecer a idade mínima para que o Estado impute crimes ao agente e, a ele, aplique as penas adequadas ao caso, previstas no Código Penal. Tal instituto está atrelado, também, ao estabelecimento de políticas públicas criminais e de segurança pública, no intuito de punir e educar o infrator, para reinseri-lo na sociedade.

A discussão sobre a necessidade de alteração da maioria penal provém da falsa ideia de que os adolescentes¹ em conflito com a lei não são penalmente responsabilizados por seus atos. Recentes pesquisas² demonstraram que mais de 70% (setenta por cento) da população brasileira é a favor da revisão e redução da maioria penal, o que demonstra o desconhecimento da população do próprio instituto da maioria penal. Também, revela o desconhecimento de conceitos jurídicos, como o de “responsabilidade criminal”, que, no Brasil, é aplicada aos descumpridores da lei penal desde os 12 (doze) anos, cujas penalidades são especialmente regulamentadas pela “legislação especial” que se refere a parte final do caput do artigo 228 da Constituição.

Ressaltamos que, em nenhuma hipótese, o presente trabalho estuda ou promove a *ausência de sanção* aos adolescentes infratores. Ou seja, não se defende, aqui, a não aplicação de penalidades àqueles que encontram-se em conflito com a lei. Defendemos, por outro lado, a aplicação de sanções adequadas às capacidades psíquicas e sociais dos infratores, para que esta a punição seja *eficaz* e cumpra as finalidades a ela destinadas (punitiva e pedagógica).

Nesta toada, não se defende a *ausência de sanção*, mas se defende a *ausência de pena*³ àqueles reconhecidamente incapazes, em especial, neste estudo, os menores de 18 (dezoito) anos. Entendemos que a aplicação de *outras medidas punitivas*, como as *medidas socioeducativas* previstas na Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, atendam às finalidades da sanção, no pensamento foucaultiano, conforme passamos a demonstrar.

1.1 Perspectiva histórica da imputabilidade penal pela idade

No Brasil, o instituto da maioria penal aos 18 anos encontra-se estabelecido em três dispositivos normativos: no art. 228 da Constituição Federal, no art. 27 do Decreto-Lei

¹ Para efeitos da lei (art. 2º, *caput*, Lei 8.069/90), considera-se **criança** a pessoa com até 12 (doze) anos de idade incompletos, e **adolescente** aquela entre 12 (doze) anos de idade completos e 18 (dezoito) anos de idade incompletos.

² MARCHESINI, Lucas. PERES, Bruno. **Mais de 70% aprovam redução da maioria penal para qualquer crime**. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/4143416/mais-de-70-aprovam-reducao-da-maioridade-penal-para-qualquer-crime>. Acessado em 06 ago. 15.

³ Para CERNICCHIARO (*apud* SILVA, 2009), **sanção** deve ser entendida como a “conseqüência jurídica da não conformação da conduta ao preceito da norma”. Na mesma obra, o autor diz que **pena** é a “sanção criminal”, a “conseqüência jurídico-penal da não conformação da conduta ao preceito da norma jurídica”. Para MONTORO (2014, p. 528), **sanção** é uma conseqüência, e pressupõe um “dever” que não foi cumprido, e pode se dar de diversas formas. DU PASQUIER (1948, p. 112) complementa: “*La sanction est la conséquence attachée par le droit à la violation d’une règle juridique. Elle constitue une ‘reaction’, c’est à dire en général, un événement défavorable à l’auteur de la violation. Au besoin, elle peut être imposée para la force publique. C’est une règle de droit qu’il la determine*”. Por sua vez, **pena**, conforme leciona ANDREUCCI (2004, p. 02), é apenas uma das formas de **sanção**, vez que aplicada no âmbito do direito penal, “enquanto política social do Estado”, “como meio destinado à consecução e preservação do bem comum”, em razão da transgressão da norma penal.

2.848/1940 - Código Penal, e no art. 104 da Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desde a promulgação do Código Penal de 1940, em 07 de dezembro de 1940, a inimputabilidade pela maioria penal aos 18 anos está em vigência no Brasil, como princípio geral e absoluto, de observância objetiva.

A partir de 11 de julho de 1984, com o advento da Lei Nacional nº 7.209, que efetuou a reforma da parte geral do Código Penal, a idade legalmente eleita foi mantida aos 18 anos. Na exposição de motivos desta Lei, assim podemos observar que se

[...] manteve o projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária⁴.

Os diplomas criminais anteriores também tratavam da responsabilização penal dos jovens em conflito com a lei, bem como estabeleciam uma idade mínima para que tais penas fossem aplicadas.

O primeiro registro histórico do direito do menor normatizado, que se tem notícia, encontra-se em Roma, com a célebre distinção entre infantes, púberes e impúberes, contida na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., que levava em conta o desenvolvimento estrutural para nortear os limites de faixa etária daquela classificação (TAVARES, 2004).

Durante a primeira fase do Direito Romano, as crianças eram tratadas como propriedade dos pais, que detinham sob elas direito absoluto sob suas vidas e liberdades.

A proteção dada pelo regramento romano, durante a segunda fase, era estabelecida conforme regra preconizada no Código Romano, que assim dizia “os pupilos devem ser castigados mais suavemente” (op. cit., 2004).

Desta forma, os impúberes (aqueles homens classificados até os 18 anos, e as mulheres até os 14), estavam isentos da pena ordinária aplicada pelo juiz togado. A pena, propriamente dita, somente era aplicada após os 25 anos. Contudo, aqueles compreendidos

⁴ ABI-ACKEL, Ibrahim et al. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. E.M. 0211. Brasília, 1984.

entre suas idades limites e a idade penal recebiam uma pena especial, chamada de “arbitrária”, que poderia ser uma admoestação até uma “surra de bastão” (op. cit., 2004).

Desde então, reconheceu-se a necessidade de se aplicar diferentes penas e sanções aos menores infratores.

No Brasil, o Código Criminal do Império, em 1830, estabelecia a idade de 14 (quatorze) anos para a limitação das responsabilidades penais.

Àqueles com idade inferior a 14 anos, militava-se a presunção *juris tantum* da irresponsabilidade. Entretanto, cabia prova em sentido contrário durante o processo, ou seja, era cabível a demonstração de que o jovem infrator tinha discernimento para compreensão da prática ilícita de seu ato. Após demonstrada tal capacidade, o infante era conduzido a uma “Casa de Correção”, por tempo a ser determinado pelo juiz, em decisão fundamentada. Entretanto, tal período de internação não poderia ultrapassar a idade de 17 anos do menor apenado (CURY, 2010, p. 497).

Quanto aos maiores de 14 e menores de 17 anos, era-lhes dispensado tratamento peculiar, tendo uma menoridade relativizada pelo julgador, que poderia aplicar-lhes 2/3 (dois terços) da pena que cabia ao adulto. Ou seja, esta relativização era facultativa, e ficava a critério do magistrado, de acordo com o caso concreto, a aplicação de uma pena minorada.

Podemos concluir que, até este diploma penal, não se falava em maioridade penal, consoante definição abordada na introdução. Apenas falava-se em uma responsabilização minorada, uma atenuante, mas não em ausência de pena, ou de aplicação diferenciada de sanção.

Em posterior situação histórica, somente com o advento do Código Penal de 1890, passou a militar, em favor dos menores de 9 anos de idade, uma presunção *absoluta* de irresponsabilidade penal. Passaram, assim, a ser considerados “irresponsáveis” para todos os efeitos (CURY, 2010, p. 497).

Entretanto, aqueles com idades compreendidas entre 9 e 14 anos passaram a ter uma presunção *relativa* de responsabilidade, sendo necessária a instauração de um incidente processual para demonstração da compreensão do caráter ilícito do ato que praticaram (CURY, 2010, p. 497). Somente depois de apurada a compreensão perquirida, era permitido ao juiz aplicar a pena que lhes cabiam (ainda, tal pena deveria ser aplicada no máximo de 2/3 daquela correspondente aos adultos)⁵, desde que o tempo de internação não ultrapassasse os 17 anos do agente.

⁵ Observa Cury (2010, p. 497) que, no Código Penal de 1890, a aplicação de pena no importe de 2/3 (dois terços) ao que coubesse aos adultos perdeu o caráter de facultatividade. Ou seja, tal decisão – de se reduzir ou não a

No evoluir da vida republicana, em 1926, passou a vigorar o Código de Menores, por via do Decreto Legislativo de 1º de dezembro daquele ano, dispondo, no art. 57, que nenhum menor de 18 anos, preso por qualquer motivo ou apreendido, seria recolhido à prisão comum (CURY, 2010, p. 497).

A partir daí,

o menor de 14 anos, conforme sua condição de abandono ou perversão, seria abrigado em casa de educação ou preservação, ou ainda, confiado à guarda de pessoa idônea até a idade de 21 anos. Poderia ficar sob custódia dos pais, tutor ou outro responsável se sua periculosidade não fosse acentuada (TAVARES, 2004).

Ao avanço legislativo no tratamento de adolescentes infratores, trazido pelo advento do Decreto Legislativo de 1º de dezembro de 1926, foi dada continuidade logo no ano seguinte, por meio do Decreto Federal 17.943-A/1927, conhecido como o Código de Menores.

Dispunha o art. 68 do referido diploma legal de 1927:

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

Desta forma, o menor de 14 anos que for autor ou cúmplice em fato criminoso – aqui não se ignorando as contravenções penais – não seria submetido a processo penal “de espécie alguma”. O menor infrator, após as providências administrativas adotadas pela autoridade competente, seria colocado em um asilo, casa de educação, escola de preservação ou confiado a pessoa idônea, por período que não fosse superior aos 21 anos do agente (art. 68, §2º).

Salienta Cury (2010, p. 498) que tal avanço ainda não havia sido o marco significativo do modelo de maioria penal que temos no ordenamento jurídico atual.

Acentuou o autor que o grande avanço na área somente veio a ocorrer com a edição do Código Penal de 1940.

O princípio da inimputabilidade dos menores de 18 anos restou claramente delineado, a despeito da imprecisão terminológica do legislador, que, ao invés de *irresponsáveis*, deveria ter empregado o termo *inimputáveis*. Isto porque *irresponsabilidade* e *inimputabilidade* expressam ideias com alcance diverso no âmbito do direito. E tanto isso é verdade que a Constituição Federal de 1988, no art. 228, estabelece como penalmente inimputáveis os menores de 18 anos. Mas, antes deste estatuto político, com o advento da Lei 7.209, de 11.7.84, que introduziu modificações na Parte Geral do Código Penal de 1940, efetuou-se a corrigenda, *in verbis*: “os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (CURY, 2010, p. 498).

pena aplicada – não ficava mais a cargo do julgador, passando a ser um direito previsto no diploma penal, como regra.

Em 1943, o Decreto-Lei nº 6.026/43 estabeleceu uma divisão entre os adolescentes maiores de 14 e os menores de 18 anos.

Segundo Ishida (2011, p. 217), “os não perigosos entre 14 e 18 anos poderiam ficar com os pais ou responsável. Os perigosos ficariam sujeitos à internação em estabelecimento adequado”.

Entre a edição do Código Penal em 1940 e a reforma de sua Parte Geral em 1984, o momento histórico pelo qual passava o Estado brasileiro fez com que as discussões legislativas sobre a situação do adolescente infrator fossem interrompidas.

Segundo Soares⁶, com o Golpe Militar, acentuado a partir da instauração do Ato Institucional nº 05, “a questão do menor foi elevada à categoria de problema de segurança nacional, prevalecendo o implemento de medidas repressivas que visavam cercear os passos dos menores e suas condutas ‘antissociais’”.

Durante a ditadura, foi instituída a Lei nº 4.513/1964, que criou a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, estabelecendo uma gestão centralizadora e vertical, cujo órgão nacional gestor desta política passa a ser a FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor), tendo como órgãos executores estaduais as FEBEMs (Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor).

Em 1967, foi aprovada a Lei nº 5.258, que dispôs sobre medidas de proteção, assistência, vigilância e reeducação aplicáveis aos *menores de 18 anos de idade* pela prática de fatos definidos como infrações penais, voltando-se a consolidar a idade de dezoito anos como a mínima exigida ao Estado para aplicação da lei penal.

Soares⁷ ainda menciona a Lei nº 6.697/1979, que estabeleceu o novo Código de Menores, consagrando a *Doutrina da Situação Irregular*, mediante o caráter tutelar da legislação.

Seus destinatários foram as crianças e os jovens considerados em situação irregular, caracterizados como objeto potencial de intervenção do sistema de justiça, os Juizados de Menores, que não fazia qualquer distinção entre menor abandonado e o menor em conflito com a lei, pois na condição de menores em situação **irregular** enquadravam-se tanto os **infratores** quanto os **abandonados**.

A consolidação da maioria penal aos dezoito anos deu-se a partir da inovação legislativa trazida pela Lei 7.209, de 11.7.84, que, em seu art. 1º, determinou a reforma do art.

⁶ SOARES, Janine Borges. A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica. Disponível em <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em 31 out. 2014.

⁷ SOARES, Janine Borges. A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica. Disponível em <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em 31 out. 2014.

27 do Código Penal vigente para que nele constasse a redação que até hoje vigora: “os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Tal redação foi, inclusive, semelhantemente adotada pelo constituinte de 1988, durante o processo de redemocratização nacional, ao editar o art. 228⁸ da nova Carta Política e determinar a criação de uma lei especial que regulamentasse, não só a aplicação de sanção às crianças e aos adolescentes conflituosos com a lei, mas, também, sua formação e proteção social.

1.2 A Lei 8.069, de 13 de julho 1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente e suas origens

Desde 1940, com o advento do Código Penal, o jovem infrator, com menos de 18 anos, deixou de ser submetido ao processo penal ordinário, e sujeitou-se ao tratamento especial, então consolidado pelos Códigos de Menores (Decreto 17.943-A/27, e, posteriormente, Lei 6.697/1979).

Quando se trata das crianças e dos adolescentes o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira que denominamos de situação irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase, denominada de Doutrina da Proteção Integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988 (VILAS-BÓAS, 2011).

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, adotou-se o mesmo critério punitivo antes eleito pelo Código Penal em vigor, “puramente biológico, ignorando o grau de discernimento outrora considerado” (CANOTILHO, 2013, p. 2138).

As Regras da ONU para Administração da Infância e Juventude, também conhecidas como Regras de Beijing (1985), recomendam aos ordenamentos que imputem responsabilidade penal aos jovens, mas que não estabeleçam o início desta numa idade muito precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham o desenvolvimento emocional, mental e intelectual do jovem (Primeira parte, 4.1). Para tanto atentou, também, a Constituição Brasileira de 1988 ao fixar imputabilidade penal aos 18 (dezoito) anos (op. cit., p. 2138).

Assim, em consonância com o direito internacional, atentou o legislador à necessidade do caráter pedagógico da medida punitiva a ser aplicada, de forma a assegurar a formação e a reeducação do adolescente infrator, também considerado na integralidade de sua pessoa humana.

⁸ Dispõe o artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”.

A observância de tal condição – pode-se dizer, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, eleito pelo constituinte como um dos fundamentos da República brasileira – resultou na adoção, por nosso ordenamento jurídico, da *Doutrina da Proteção Integral*.

Para Ishida (2011, p. 228), tal Doutrina considera a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, e, por isso, estabelece a necessidade de aplicação de medidas socioeducativas que visam à reeducação social do infrator.

Cury (2010, p. 417) leciona que os instrumentos de sanção a serem aplicados aos adolescentes em conflito com a lei não podem ser compreendidos como castigos, sequer como penas; nem, tampouco, ter o caráter de “aliviar” a responsabilidade jurídica daqueles que causa danos.

Neste sentido também tem se posicionado a jurisprudência atual e assente em nossos Tribunais:

(...) 2. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227). 3. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput) (...). 7. Ordem concedida para anular a sentença no tocante à medida imposta, para que outra mais branda seja aplicada ao menor. (STJ. HC 146.641/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 15/12/2009, DJE em 08/03/2010).

Com o advento da Carta Política de 1988, rompeu-se com uma ordem jurídica anterior que considerava o adolescente infrator meramente como sujeito à margem da regularidade e da legalidade, e passou-se a enxergá-lo como pessoa de direitos, inserido num contexto social, em que o Estado tem o dever de reinseri-lo, reeducando-o.

Reconheceu-se a importância da pedagogia em matéria de pessoa humana, e que as políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes devem ter natureza acautelatória e educacional, com os fins de desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física dos seres humanos, como forma de imbuir, nas crianças e nos adolescentes, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (CURY, 2010, pp. 420-421).

Isso porque

a Democracia requer leis que garantam e promovam a dignidade da pessoa humana, assegurando seus direitos e o cumprimento dos deveres. O atual Estado responde ao anseio, há anos acalentado, de dotar o País de um instrumento válido para

salvaguardar a vida e garantir o desenvolvimento pleno das meninas e meninos do Brasil, especialmente dos 30 milhões de menores empobrecidos (ALMEIDA *apud* CURY, 2010, p. 19).

A proteção integral, adotada por nosso ordenamento jurídico nacional a partir de 1988, concretizou a caminhada feita pela comunidade internacional quando da Declaração Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), que alinhava “*toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer*”.

Diante disso, o constituinte assegurou, na forma do artigo 228 do novo texto constitucional, o direito de submeter os menores de 18 anos *às normas previstas em legislação especial*.

Antes disso, já havia determinado a questão da criança e do adolescente como *prioridade absoluta*, e que sua proteção é *dever da família, da sociedade e do Estado* (art. 227, Constituição da República).

Dias (*apud* CURY, 2010, p. 500) entende que o problema da “juventude transviada” é um problema social humano, e não de reação penal por parte do Estado.

Para esse Autor deveria continuar prevalecendo, ainda, a velha lição daquele emérito Penalista⁹ ao comentar o art. 23 do Código Penal de 1940, nestes termos: “Ao invés de assinalar o adolescente transviado como ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício. O delinquente juvenil é, na grande maioria dos casos, um corolário do menor socialmente abandonado, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa. Assim, tem sido, modernamente, uma assídua preocupação do Estado o amparo material e moral da infância e da adolescência. A defesa dos pequenos homens, notadamente contra seu abandono moral, assumiu o alto relevo, desde que se compreendeu que estava aí, em grande parte, a solução de um dos mais graves problemas sociais, qual seja, o da prevenção da delinquência.

Seguindo a doutrina da proteção integral, o legislador considerou a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, razão pela qual era clemente a necessidade de elaboração de regras diferenciadas para este grupo de pessoas, caso transgressores da lei (ISHIDA, 2011, p. 228).

Destarte, o constituinte determinou a criação de um diploma (a “legislação especial” a que se refere a parte final do artigo 228 da Constituição Federal) que estabelecesse a educação como meta e como medida especial de proteção à pessoa em desenvolvimento (op. cit.).

Nesta esteira, em 13 de julho de 1990, foi promulgada a Lei Nacional n° 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, conforme dispôs a norma

⁹ Nota do autor: o trecho faz referência ao penalista Nélson Hungria, doutrinador, ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1951 e 1961, e relator do anteprojeto da reforma do Código Penal de 1969.

constitucional, vedou a aplicação de pena aos menores de 18 anos, e determinou a aplicação de **medidas socioeducativas** aos adolescentes em conflito com a lei.

1.3 A eleição da idade de 18 (dezoito) anos e suas razões

Seguindo a doutrina da proteção integral, o legislador (constituente e ordinário) considerou a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, de forma a elaborar regras diferenciadas para aplicação de sanção aos transgressores da lei penal.

Como medida de reeducação, estabeleceu a medida socioeducativa, mas limitou-a à pessoa entre 12 e 18 anos (adolescente).

A lei recorre a uma presunção de inimputabilidade por meio do critério etário, estipulando a idade de 18 (dezoito) anos. Para se aferir a inimputabilidade, leva-se em conta a idade no momento da conduta comissiva ou omissiva. Assim, se o adolescente comete delito de homicídio aos 17 anos, 11 meses e 29 dias e seu delito vem a ser descoberto quando com 18 anos, não responde criminalmente, apenas no que relaciona à sindicância por ato infracional. Utiliza-se a teoria da atividade prevista no art. 4º do Código Penal (ISHIDA, 2011, p. 219).

As razões, já explanadas nesta obra, para se delimitar a maioridade penal são diversas, notadamente o caráter pedagógico da medida socioeducativa, de forma que a execução da medida tenha caráter reeducativo e retributivo (op. cit., p. 220).

A controvérsia jurídica (e popular) cinge na eleição do 18º aniversário da pessoa para que, somente a partir daí, passe o Estado a ser capaz de imputar crimes e penas ao infrator.

Cury (2010, p. 501) menciona que não há uma explicação científica capaz de demonstrar que, em determinado momento, prefixado pelo legislador, cessou a falta de discernimento sobre a natureza de certos fatos para dar lugar, incontinenti, à imputabilidade do indivíduo, afinal, *“a Biologia e a Medicina não terão elementos para justificar, do ponto de vista científico, a passagem abrupta para este último estágio e o conseqüente desaparecimento do anterior”*, de forma a colocar o adolescente fora da área de abrangência do direito penal.

Fato é que os adolescentes vivem em ambientes diversos entre si, com diferente e desigual acesso à educação e à cultura, indispensáveis ao desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, de forma que o desenvolvimento de seus discernimentos são evidentemente diferenciados. Desta forma, para Cury (op. cit.) não poderia ser dado a todos os adolescentes, à luz desta realidade, igual tratamento no plano da inimputabilidade.

Admitindo-se a possibilidade de verificar-se o desenvolvimento intelectual antes da idade de 18 anos, Bento de Faria (*apud* CURY, 2010, pp. 501-502) defende que esta idade atende

não somente à maturidade ética exigente de certa experiência e certa sedimentação do conhecimento, das sensações e das emoções, como, também, sem desprezo pela maturidade moral, onde não encontra superfície a dúvida, como regra, sobre o discernimento, a convivência de melhor combater os fatores, individuais e sociais, da precocidade da criminalidade juvenil ou adolescente, passando do regime propriamente repressivo ao regime educativo.

Tal pensamento é corroborado pelas lições da Psicanalista Sônia Leão (1990, pp. 80-81), ao sustentar que

sensação de plenitude o adolescente sente, realmente. O adulto o inveja, invariavelmente. Por causa dessa plenitude o adolescente vê o mundo com as cores mais intensas. O mundo adulto já ficou um tanto desbotado. O jovem acha que pode tudo. Há bem pouco tempo eram crianças submetidas a padrões éticos de suas famílias, reproduzindo fielmente os desejos do meio em que viviam. Agora têm estilo próprio. Vestem-se de modo peculiar. Cantam músicas que lhe são destinadas especialmente, e já tem pontos de vistas próprios.

Não por outra razão,

o direito brasileiro estabelece a imputabilidade penal a partir da idade de 18 anos completos, dando ao agente com menos de dezoito anos um tratamento especial através do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta decisão legal não é fruto aleatório do legislador brasileiro, que seguindo tendência mundial sobre o novo direito da criança e do adolescente preconizado pela Organização das Nações Unidas, reconhece tal grupo como sujeito de direitos, destinatário da doutrina da proteção integral e prioridade absoluta das políticas públicas.

O Estatuto da Crianças e do Adolescente estabelece como um de seus princípios norteadores o reconhecimento de que crianças e adolescentes gozam de uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, expressos, por exemplo, em seus artigos 6º, 15 e 121, na esteira do mandamento insculpido no art. 227, §3º, inc. V da Constituição Federal.

Esta peculiar condição de pessoa em desenvolvimento é inquestionável e justifica a existência de um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população. Nem sempre, porém, esta condição especial é percebida como um atributo que atinja a todos os que se encontram neste mesmo tempo desenvolvimento (*sic*). Não é incomum o estabelecimento de uma fronteira entre os que podem e os que não podem adolecer (SARAIVA, 2010, p. 35).

No mesmo sentido, Ferreira (2001, p. 101) diz que o modelo brasileiro da imputabilidade de menores a partir dos 18 anos deriva do Pacto de San José da Costa Rica¹⁰, de que o Brasil foi signatário, tendo assumido o compromisso de não reduzir o limite da idade em sua legislação.

¹⁰ O artigo 4, item 5, combinado com o artigo 5, item 5, ratifica a maioria penal aos 18 anos, determinando que “os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento”. A **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)** encontra-se disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acessado em 01 nov. 2014.

Leciona Capez (2012, p. 333) que a inimputabilidade em razão da idade apresenta, portanto, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade, ou a capacidade de compreensão do injusto.

Ao adotar a idade de 18 anos¹¹ como fase inicial da imputabilidade, excluindo destas as pessoas situadas em faixa etária inferior, o legislador levou em consideração não só as questões relacionadas ao discernimento, mas, sobretudo, conforme conclui Cury (2010, p. 502), o critério da discricionariedade, justificado por considerações biológicas e por uma política pragmática e criminal.

Moraes (*apud* MACIEL, 2011, p. 1031) ainda complementa:

o legislador se preocupou em definir a inimputabilidade tomando por base a possibilidade de absorção às mudanças propostas durante o cumprimento de uma medida socioeducativa. Foi a permeabilidade do adolescente no sentido da sociabilização que determinou a idade legalmente fixada. Considerou-se, assim, que é a chegada à idade adulta que proporciona o engessamento de ideias e de personalidade de molde a dificultar sobremaneira o alcance do Poder estatal de redirecionar o comportamento do indivíduo sob o ângulo pedagógico.

Em harmonia com esse raciocínio, veja-se que a educação básica, nos termos do que dispõe o art. 21, inciso I da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Atente-se para o fato de que a idade de regular conclusão do ensino médio é a de dezoito anos incompletos, o que está em perfeita sintonia com a idade prevista para a possibilidade de ingerência do sistema socioeducativo.

Em números absolutos, há de se considerar, também, os índices de infrações cometidas por adolescentes (ou seja, aqueles compreendidos com menos de 18 e mais de 12 anos).

¹¹ Há, na doutrina, interessante discussão acerca do termo inicial da imputabilidade penal, existindo três correntes para tanto. Conforme leciona CURY (2010, p. 500), a **primeira**, reputa penalmente imputável o agente que pratica infração penal no exato dia em que completar 18 anos, sem indagar-se da hora em que o mesmo nasceu; a **segunda**, só considera imputável o agente se o crime ou a contravenção vier a ser praticada aos 18 anos, mas após a hora declarada como a de seu nascimento; e a **terceira**, que a maioridade penal somente deve ser reconhecida *após* o findar do décimo oitavo aniversário do agente. Para majoritária jurisprudência, “*considera-se penalmente inimputável o agente que pratica o crime no dia em que está completando dezoito anos de idade, inobstante tenha sido o ilícito cometido em horário anterior ao de seu nascimento*” (STJ. RHC 3358/RJ, Rel. Min. José Dantas, Quinta Turma, j. 21/02/1994). Respeitando entendimento contrário, ousamos discordar da jurisprudência consolidada. Isso porque, para o ordenamento jurídico pátrio, a prova da menoridade do agente faz-se por meio da juntada de sua certidão de nascimento aos autos do processo. O art. 54, §1º, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), preceitua que o assento de nascimento deve conter “*o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada*” (grifo nosso). Destarte, a partir desta consideração, poderia o magistrado concluir a maioridade penal do agente na exata hora a qual foi atribuída o nascimento do agente, consoante registrado em seu assento de nascimento, sob pena de tornar-se inócuo o mandamento do art. 228 da Constituição da República.

De acordo com o Censo Demográfico de 2010 (IBGE¹²), o Brasil possui 190.755.799 de habitantes, sendo que, deste total, aproximadamente 11% são pessoas que têm entre 12 e 21 anos de idade, ou seja, aproximadamente 21 milhões de habitantes podem ser consideradas adolescentes, nos termos da legislação vigente¹³.

Dados da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente - SINASE apontam que,

quando comparado ao número total de adolescentes no Brasil, a porcentagem de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas de restrição e privação de liberdade é de apenas 0,10%; e de apenas 0,41% em medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade (PSC) e liberdade assistida (LA). Isso significa uma porcentagem pequena, do ponto de vista quantitativo, e que deve ser alvo das políticas públicas, atuando em busca de soluções para assegurar que direitos estabelecidos em lei repercutam diretamente na materialização de políticas públicas sociais que incluam o adolescente em atendimento socioeducativo¹⁴.

A delimitação da maioridade penal significa delimitar políticas criminais e de educação. Pelos dados acima expostos, verifica-se que a eleição da idade de 18 anos para delimitação da imputabilidade penal faz com que os esforços mútuos do Estado na educação de jovens adolescentes seja mais eficaz que a repressão punitiva promovida pelo sistema carcerário atual.

1.4 A maioridade penal aos 18 (dezoito) anos no direito comparado

A maioridade penal estabelecida aos 18 anos não é exclusividade do Brasil. Pelo contrário, a legislação nacional encontra-se em sintonia com as diversas legislações alienígenas que tratam sobre o assunto, e é considerada, por especialistas, como uma “legislação de vanguarda” (CURY, 2010, pp. 17-19).

Antes de adentrarmos na escola do direito comparado, insta-nos diferenciar dois institutos importantes, utilizados pela comunidade jurídica internacional e pátria para tratar da problemática da juventude legalmente conflituosa: a **maioridade penal** e a **responsabilidade criminal**.

Leciona Capez (2012, p. 333) que a *maioridade penal* está intrinsecamente relacionada ao instituto da *capacidade* no direito penal. Para o autor, o agente maior, e, portanto, *imputável* é aquele *capaz* na órbita penal (capaz de ser processado e julgado perante

¹² IBGE. **Vamos conhecer o Brasil**. Disponível em <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>. Acesso em 02 nov. 2014.

¹³ O parágrafo único do art. 2º da Lei 8.069/90 indica que, nos casos de excepcionalidade, como o atendimento socioeducativo, o ECA poderá ser aplicado àqueles entre 18 e 21 anos de idade

¹⁴ Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012>. Acesso em 02 nov. 2014.

os juízos criminais, e, ao final, receber, como forma de sanção à transgressão da norma, uma *pena*).

Conquanto o adolescente infrator seja *incapaz* na esfera penal, não significa dizer que seja *irresponsável*.

A *responsabilidade* consiste na “aptidão do agente para ser punido por seus atos” (CAPEZ, 2012, p. 334). Destarte, o agente *responsável* é aquele que pode receber, em razão da transgressão da norma, uma *sanção*, que, por sua vez, pode se traduzir, ou não, em uma *pena*¹⁵.

Superadas essas premissas, cumpre-nos esclarecer que, no Brasil, a pessoa passa a ser penalmente *imputável* somente a partir de seus 18 (dezoito) anos de vida (vide art. 228 da Constituição Federal). Contudo, desde seus 12 (doze) anos de idade a pessoa adquire aptidão para ser penalmente *responsável*.

Embora a norma constitucional não tenha se preocupado em tratar da *responsabilidade penal* (mas tão somente da *inimputabilidade*), a Lei 8.069/90 disso tratou, em seu art. 105, ao dispor: “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”.

Não quis o legislador pátrio que as crianças¹⁶ fossem *responsabilizadas* penalmente por suas condutas, vez que somente determinou a aplicação das *sanções* previstas no art. 112 do ECA aos adolescentes¹⁷.

O direito penal e infanto-juvenil consultado dos 54 países utilizados para esta pesquisa não tem saído à margem daquilo que o legislador brasileiro entabulou em nossa ordem jurídica, senão vejamos na tabela abaixo:

PAÍS	Responsabilidade penal	Maioridade penal
Alemanha	14	18/21 ¹
Argentina	16	18
Argélia	13	18
Áustria	14	19
Bélgica	16	18
Bolívia	12	16
Bulgária	14	18

¹⁵ Vide nota 3.

¹⁶ Vide nota 1.

¹⁷ Idem.

Canadá	12	14/18 ¹
Colômbia	14	18
Chile	14	18
China	14/16 ⁱⁱ	18
Costa Rica	12	18
Croácia	14/16 ⁱⁱ	18
Dinamarca	15	15/18 ¹
El Salvador	12	18
Escócia	8/16 ⁱⁱ	16/21 ¹
Eslováquia	15	18
Eslovênia	14	18
Espanha	12	18/21 ¹
Estados Unidos	10	12/16 ¹
Estônia	13	17
Equador	12	18
Finlândia	15	18
França	13	18
Grécia	13	18/21 ¹
Guatemala	13	18
Holanda	12	18
Honduras	13	18
Hungria	14	18
Irlanda	12	18
Itália	14	18
Japão	14	18/21 ¹
Lituânia	14	18
México	11	18
Nicarágua	13	18
Noruega	15	18
Países Baixos	12	18/21 ¹
Panamá	14	18
Paraguai	14	18
Peru	12	18

Polônia	13	17/18 ⁱ
Portugal	12	16/21 ⁱ
Reino Unido	10/15 ⁱⁱ	18/21 ⁱ
República Dominicana	13	18
República Checa	15	18
Romênia	16/18 ⁱⁱ	18/21 ⁱ
Rússia ⁱⁱⁱ	14/16 ⁱⁱ	14/16 ⁱ
Suécia	15	18
Suíça	15	15/18 ⁱ
Turquia	11	15/20 ⁱ
Uruguai	13	18
Venezuela	12/14 ⁱⁱ	18
Brasil	12	18

Tabela 1 – Comparativo da responsabilidade e da maioria penal no direito estrangeiro¹⁸

ⁱ Entre as idades indicadas, passa a vigorar o “sistema de jovens adultos”, que regulamenta regras especiais para a justiça juvenil. Não há legislação nacional correspondente; o sistema funciona, a título de comparação acadêmica, como um “pós-ECA” e um “pré-Código Penal”.

ⁱⁱ A responsabilidade penal tem, como regra, a segunda idade indicada (a maior), podendo ser reduzida (ou seja, admitida a primeira idade apontada) nos casos de crimes praticados com emprego de violência ou grave ameaça (v.g. homicídios, roubos e estupros).

ⁱⁱⁱ A responsabilidade penal e a maioria penal russas coincidem, nos termos acima expostos.

NOTA: as nações cujos nomes encontram-se em destaque possuem legislações que asseguram a maioria penal aos 18 anos ou acima desta idade. Tais destaques visam facilitar a leitura desta tabela.

¹⁸ Fontes: (i) BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 31-32.

(ii) “Idade de responsabilidade penal juvenil e de adultos em diferentes países” in **Porque dizer não à redução da idade penal**. Relatório da United Nations Children's Fund (UNICEF), 2007 – disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/idade_penal/unicef_id_penal_nov2007_completo.pdf. Acessado em 01 nov. 2014.

Das informações colhidas sobre os 54 países indicados, temos que 42 deles (ou seja, 79% do total pesquisado) adotam, sem variações, a maioria penal aos 18 anos.

Conforme salientado nesta obra, esta fixação decorre, além dos estudos antropológicos realizados, das recomendações internacionais existentes sobre a matéria, sobre a necessidade de se manter uma justiça especializada para processo e julgamento dos adolescentes em conflito com a lei.

Dos 42 países pesquisados que adotam a maioria penal aos 18 anos, 35 encontram-se com Índices de Desenvolvimento Humano (IDH)¹⁹ considerado “alto”²⁰ ou “muito alto”²¹, ou seja, quase 65% do países.

Por fim, apontamos interessante experiência tida pelo estado de Nova Iorque, nos Estados Unidos, que reduziu a maioria penal dos 18 para os 16 anos.

O jornal *The New York Times*, em sua edição publicada aos 11 de maio de 2007, anunciou que o estado americano de Nova Iorque “*cometeu um erro de cálculo desastroso quando submeteu adolescentes infratores à justiça de adultos, em lugar de aplicar-lhes as regras e procedimentos das cortes juvenis*” (tradução livre).

The study, published last month in *The American Journal of Preventive Medicine*, was produced by the Task Force on Community Preventive Services, an independent research group with close ties to the Centers for Disease Control and Prevention. After an exhaustive survey of the literature, the group determined that the practice of transferring children into adult courts was counterproductive, actually creating more crime than it cured.

A related and even more disturbing study by Campaign for Youth Justice in Washington finds that the majority of the more than 200,000 children a year who are treated as adults under the law come before the courts for nonviolent offenses that could be easily and more effectively dealt with at the juvenile court level²².

Conforme noticiário americano, a redução da maioria penal no referido estado provocou dois efeitos observáveis. O primeiro, observou-se que os índices de criminalidade, ao contrário do que se imaginava e esperava, aumentou. O segundo efeito demonstrou que *a violência empregada na prática dos crimes se agravou*, como efeito sociológico da não mais adoção de regimes *preventivos* de crime, mas tão somente *repressivos*.

Destarte, é de se observar a melhora na qualidade de vida não só dos jovens infratores, mas de toda a população dos países pesquisados em matéria de política criminal, quando se

¹⁹ **Ranking IDH Global 2013**, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-2013.aspx>. Acessado em 02 nov. 2014.

²⁰ Assim considerados aqueles que possuem IDH igual ou superior a 0,700 e inferior a 0,799 (entre 0 e 1,000).

²¹ Assim considerados aqueles que possuem IDH igual ou superior a 0,800 (*idem* ao parâmetro anterior).

²² JUVENILE INJUSTICE. **The New York Times**, Nova Iorque, 11 de maio de 2007. Editorial. Disponível em http://www.nytimes.com/2007/05/11/opinion/11fri2.html?_r=0. Acessado em 02 nov. 2014.

permite o tratamento (processo e julgamento) daqueles menores de 18 anos por uma justiça especializada.

2 O ATO INFRACIONAL: DA PREVENÇÃO À REPRESSÃO

No céu, onde o apetite não varia/ És manto exposto em breve a estrago e dano:/ Se te faltar reparação constante,/ A mão do tempo te cerceia o pano. – Dante Alighieri.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o período de redemocratização nacional, o direito brasileiro estabeleceu novos paradigmas para a infância e a juventude. Abandonou-se a antiga Doutrina da Situação Irregular, utilizada pelo Regime Militar, até então consolidada pelo Sistema Menorista, em que a criança e o adolescente infratores eram considerados problemas de segurança nacional (MACIEL, 2011, p. 6), e que tampouco eram reconhecidos em sua condição de sujeitos (SARAIVA, 2010, p. 92). Passou-se, aí, a adotar a Doutrina da Proteção Integral, recepcionada pelo art. 227 da Constituição.

Nas palavras de Maciel (2011, p. 11), a Doutrina da Proteção Integral constitui-se em “um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada através de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito”.

Segundo Saraiva (2010, p. 93),

a adoção da Doutrina da Proteção Integral, promovendo o então “menor”, mero objeto do processo, para uma nova categoria jurídica, passando-o à condição de sujeito do processo, conceituando criança e adolescente em seu artigo segundo, estabeleceu uma relação de direito e dever, observada a condição especial de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente.

A partir disso, os demais campos do ordenamento jurídico sofreram alterações, com o intuito de se adaptarem à fase garantista assegurada pela nova Constituição na esfera do direito juvenil.

Na seara do Direito Penal, deu-se especial atenção à criança e ao adolescente transgressora da norma penal.

Percebeu o legislador constituinte que o menor de 18 anos que estivesse em conflito com a lei deveria receber sanções mais adequadas do que aquelas previstas no Código Penal, e que fossem mais eficazes em reeducá-lo e reinseri-lo na sociedade. Diante disso, deu redação ao art. 228 da Constituição Federal, passando o menor de 18 anos à situação de inimputável, ou seja, excluindo-o do alcance da norma penal, e sujeitando-o “às normas da legislação especial”.

Regulamentando o mandamento constitucional, a Lei Federal 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – determinou a aplicação, ao adolescente infrator, de medidas socioeducativas, que, diante de seu conteúdo pedagógico, tem caráter punitivo-aflitivo e retributivo (SARAIVA, 2010, p. 95).

O Estatuto, ainda, excluiu a responsabilidade criminal das crianças, assim consideradas as pessoas com até 12 anos de idade incompletos, determinando, em seu art. 105, que ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas de proteção previstas no art. 101²³ do referido diploma legal.

Não estabeleceu o ECA um procedimento específico para a apuração de ato infracional praticado por crianças, deixando claro apenas que cabe ao Conselho Tutelar, e não ao Juízo da Infância e Juventude, o atendimento e a aplicação das medidas de proteção que se afigurarem mais adequadas (...) (MACIEL, 2011, p. 1035).

Assim, diante da Doutrina da Proteção Integral abraçada pelo ordenamento jurídico pátrio, confirmou-se uma dicotomia profunda no tratamento das pessoas transgressoras da lei penal, notadamente no que se refere à sanção imposta pelo Estado, e separadas, agora, por um critério objetivo: a idade do agente ao tempo do fato.

2.1 Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente: uma comparação entre as penas e as medidas socioeducativas

A Lei 8.069/90, ao regulamentar a inimputabilidade do adolescente, dispôs que a pessoa menor de 18 anos que atente contra às normas previstas no Código Penal não comete crime, mas ato infracional.

Considera-se ato infracional, portanto, a conduta cometida pela criança ou pelo adolescente, descrita como crime ou contravenção penal (art. 103, ECA).

²³ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

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

O ato infracional praticado pelo adolescente, quando verificada sua prática, acarreta, como sanção, a imposição de medida socioeducativa, dentre aquelas previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aquino (2012) define o ato infracional como “o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos, cometido por crianças ou adolescentes”. Assim, só há ato infracional se àquela conduta corresponder a uma hipótese legal que determine sanções ao seu autor, dentre aquelas previstas no Decreto-Lei 3.688/41 – Lei das Contravenções Penais, no Decreto-Lei 2.848/40 – Código Penal, ou em qualquer outra legislação esparsa.

A infração penal, como gênero, no sistema jurídico nacional, das espécies crime ou delito e contravenção, só pode ser atribuída, para efeito da respectiva pena, às pessoas imputáveis, que são, em regra, no Brasil, os maiores de 18 anos. A estes, quando incidirem em determinado preceito criminal ou contravençional, tem cabimento a respectiva sanção. Abaixo daquela idade, a conduta descrita como crime ou contravenção constitui ato infracional. Significa dizer que o fato atribuído à criança ou ao adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, simples ato infracional. O desajuste existe, mas, na acepção técnico-jurídica, a conduta do seu agente não configura uma ou outra daquelas modalidades de infração, por se tratar simplesmente de uma realidade diversa. Não se cuida de uma ficção, mas de uma entidade jurídica a encerrar a ideia de que também o tratamento a ser deferido ao seu agente é próprio e específico (CURY, 2010, p. 494).

Por outro lado, Liberati (2010, p. 110) defende a ideia que não há diferença entre os conceitos de ato infracional e crime, “pois, de qualquer forma, ambos são condutas contrárias ao Direito, situando-se na categoria de ato ilícito”.

Destarte, a diferenciação entre crime e ato infracional reside na idade biológica do agente ao tempo do fato, consoante entendimento consolidado da jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". DELITO PRATICADO POR MENOR. MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA. LEI 8.069/90 - ECA. ADVENTO DA MAIORIDADE. EFEITOS. NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIO EDUCATIVAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA -, LEVA-SE EM CONSIDERAÇÃO A IDADE DO MENOR AO TEMPO DA PRÁTICA DO FATO, SENDO IRRELEVANTE, PARA EFEITO DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO, A CIRCUNSTANCIA DE ATINGIR O AGENTE A MAIORIDADE (ART. 104, PAR. ÚNICO). (...) RECURSO ORDINARIO DESPROVIDO. (STJ. RHC 7308/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 02/04/1998, DJ 27.04.1998) (**grifo nosso**).

Também pode ser citado, como fator diferenciador entre os crimes e os atos infracionais, a **sanção jurídica** imposta ao transgressor da norma.

Para Fragoso (*apud* Liberati, 2010, p. 111), “crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesse do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena” (**grifo nosso**).

Por outro lado, salienta Cury (2010, p. 536) que

para o adolescente autor de ato infracional a proposta é de que, no contexto da proteção integral, receba ele medidas socioeducativas (portanto, não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social.

Assim, imperioso se faz concluir que, enquanto o resultado jurídico da transgressão da norma penal, àquele que pratica **crime** é imposta **pena**, enquanto àquele que pratica **ato infracional** é imposta **medida socioeducativa**.

Pena é definida como “a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos” (JESUS, 1998, p. 517).

No mesmo sentido, leciona Capez (2012, pp. 385-386) que pena é a

sanção penal de caráter afliativo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é a aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Por sua vez, a medida socioeducativa é definida por Liberati (2010, p. 122) como “a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa”.

Saraiva (2010, p. 71) entende que a medida socioeducativa difere-se da sanção penal pois “tem finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação”; define-a como “uma resposta do Estado diante de um fato que a Lei define como crime ou contravenção”, porém, atribuída ao inimputável.

Tem, pois, a medida socioeducativa uma natureza penal juvenil, como definido por diversos doutrinadores (...). Penal enquanto modelo de responsabilização, limitado pelas garantias expressas no ordenamento jurídico. Juvenil enquanto legislação especial, nos termos expressos pelo art. 228 da Constituição Federal, com nítida finalidade educativa, sem desprezar sua eficiente carga retributiva e consequente reprovabilidade da conduta sancionada. Juvenil por conta do *plus* de garantias decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que ostenta, que se constitui em um metaprincípio norteador do sistema, ao lado do princípio da absoluta prioridade (SARAIVA, 2010, p. 75).

Konzen (apud SARAIVA, 2010, p. 51), por sua vez, leciona que “a medida socioeducativa é uma das espécies das sanções penais, sanção penal especial ou sanção penal juvenil, porque destinada ao adolescente”. Contudo, o mesmo autor entende que “não há nenhuma distinção entre as consequências do comportamento infracional do adulto com o

comportamento infracional do adolescente”, pois “ambos têm as mesmas garantias materiais e instrumentais, porque garantias com assento na ordem constitucional”.

Por fim, orienta Saraiva (2010, p. 73) que “a natureza sancionatória da Medida Socioeducativa faz-se induvidosa”. De mesmo modo às penas, tem natureza retributiva, ou seja, busca impor ao sancionado o reconhecimento de direitos e deveres, como forma de adequada reinserção social e familiar. Contudo, salienta o autor, ainda, que o caráter pedagógico é incisivo e determinante, enquanto fator diferencial das penas previstas no Código Penal, pois está muito mais atrelado ao caráter educativo da medida punitiva, vez que diretamente relacionado às necessidades educacionais do adolescente infrator.

Portanto, se, de um lado, a pena está mais atrelada à sanção estatal pelo descumprimento da lei, a medida socioeducativa mostra-se vinculada à necessidade de se educar o adolescente em conflito com a lei.

2.2 Das medidas socioeducativas

Verificada a prática de ato infracional, a autoridade judiciária competente poderá aplicar ao adolescente qualquer uma das medidas previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam:

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

O rol das medidas socioeducativas é taxativo, e não meramente exemplificativo, sendo vedada à autoridade judiciária a imposição de medida diversa àquelas previstas no referido dispositivo legal (CURY, 2010, p. 534).

O §2º do art. 1º da Lei 12.594/2012 estabelece os objetivos das medidas socioeducativas, que são:

- I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Liberati (2010, p. 122) leciona que as medidas socioeducativas possuem natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva.

São impositivas, pois “a medida é aplicada, independentemente da vontade do infrator”; além disso, “têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos”. Por fim, têm natureza evidentemente retributiva, “na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado” (op. cit.).

A medida socioeducativa, enquanto sanção, é a responsabilização juvenil pela prática de atos contrários à legislação penal (aqui consideradas aquelas condutas descritas no Código Penal e/ou na Lei de Contravenções Penais).

Afinal, nas palavras de Saraiva (2005, p. 107), “não há cidadania sem responsabilidade, e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista”.

Nesta esteira, leciona Maciel (2011, p. 1.074) que

esta responsabilidade, que integra o feixe da cidadania e impulsiona a ação repressiva estatal, somente se apresenta como geradora da aplicação de medida socioeducativa a partir da prática de conduta infracional prévia e legalmente definida, e após obedecidos os trâmites processuais estabelecidos pelo legislador.

O §1º do art. 112 e o art. 113 do ECA explicitaram os critérios a serem observados para a aplicação das medidas socioeducativas, que são: a capacidade para cumpri-las, as circunstâncias e consequências do fato, a gravidade da infração, bem como as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (op. cit.).

“A competência para aplicação das medidas socioeducativas previstas no art. 112 do Estatuto são exclusivas da autoridade judiciária” (LIBERATI, 2010, p. 124), consoante entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴.

Outrossim, salienta Saraiva (2010, pp. 133-134) que

tal entendimento não desfigura o instituto da remissão composta pelo MP, como forma de exclusão do processo, pois quando o agente do Ministério Público concertar remissão a que seja cumulada medida socioeducativa e quando esta deliberação for posta sob apreciação do Juiz e este a homologar, será a Autoridade Judiciária quem estará aplicando a medida ajustada pelo Ministério Público, neste caso somente no pertinente às chamadas medidas socioeducativas em meio aberto, únicas possíveis de serem impostas ao adolescente em sede de remissão (...).

Inclusive, neste sentido, encontra-se firmada a jurisprudência pátria:

²⁴Súmula 108, STJ: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, in fine, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida socioeducativa. 2. A medida socioeducativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida socioeducativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente. 4. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (STF. RE 248018/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 06/05/2008, DJe 20/06/2008).

As medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 do ECA somente podem ser aplicadas caso existam **provas** suficientes da autoria e da materialidade da infração (cf. art. 114, ECA), que não são exigidas para aplicação das medidas previstas nos incisos I e VII; ou seja, uma vez provada a existência da infração, bastam a comprovação de **indícios**²⁵ **suficientes** da autoria (CURY, 2010, p. 552) para aplicação da advertência (inciso I) ou de medidas de proteção (inciso VII).

No mesmo sentido, são as lições de Liberati (2010, p. 125): “as medidas de proteção referidas no art. 112, VII, não exigem indícios e/ou comprovação de autoria e materialidade da infração para serem aplicadas, pois não ofendem o princípio constitucional da liberdade de locomoção”, sendo tal raciocínio, inclusive, extensível ao inciso I do referido artigo.

Por outro lado, Saraiva (2010, p. 161) sustenta a inconstitucionalidade da aplicação de medidas socioeducativas sem suficientes provas de autoria. Para o autor, “não é possível advertir quem nada admite ou quem não tem prova da participação no fato”, de forma que o parágrafo único do art. 114 do ECA fere o Princípio da Presunção de Inocência²⁶, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

²⁵ “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, *ex vi* do art. 239 do Código de Processo Penal. Orienta Cury (2010, p. 552) que “os indícios serão suficientes para justificar a imposição de advertência quando, mesmo inexistindo prova direta (como, p. ex., o flagrante de ato infracional ou a confissão), através deles for possível alcançar-se o máximo de probabilidade de haver o adolescente praticado a infração”.

²⁶ Segundo Piloni (2013), “ao se estudar esse princípio, percebe-se que há divergências entre os doutrinadores no que tange à sua nomenclatura. Alguns o denominam princípio da presunção de inocência. Outros afirmam ser um estado de inocência e não uma presunção. Há ainda aqueles que refutam quaisquer dessas nomenclaturas e optam por chamá-lo de princípio da não-culpabilidade. Para os adeptos da denominação presunção de inocência, esse princípio estabelece que qualquer pessoa seja considerada presumidamente inocente até que haja

As medidas socioeducativas podem ser classificadas de diferentes formas.

Para Cury (2010, p. 543), as medidas socioeducativas podem ser classificadas em quatro grupos, quando comparadas às penas previstas no Código Penal, da seguinte forma:

(a) advertência, que ainda não encontra similar no direito penal; (b) obrigação de reparar o dano, de natureza análoga à das penas pecuniárias; (c) prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, que têm caráter semelhante ao das penas restritivas de direitos; e (d) semiliberdade e internação, que apresentam algum grau de privação de liberdade (op. cit.).

Saraiva (2010, p. 133), por sua vez, defende que as medidas socioeducativas podem ser classificadas somente em dois grupos, cuja classificação deve atentar-se ao grau de aflição à liberdade do adolescente.

No primeiro grupo, incluem-se aquelas não privativas de liberdade: advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, permitindo, ainda, a submissão do adolescente a quaisquer medidas protetivas elencadas no art. 101, salvo a de acolhimento institucional.

Num segundo grupo, de maior conteúdo aflictivo, estão aquelas cuja execução se faz com a submissão do adolescente infrator à privação de liberdade: semiliberdade e internamento, com ou sem atividades externas, cuja aplicação somente poderá fazer-se-á nas hipóteses do art. 122 do Estatuto.

Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas em meio aberto (op. cit.).

“O Estatuto não estabeleceu normas e diretrizes claras para a execução das medidas socioeducativas”, conforme salienta Libertati (2010, p. 124). Contudo, como decorrência lógica da Súmula 108 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cabe ao magistrado a aplicação das medidas, e, portanto, sua discricionariedade é o norte para sua execução.

Além disso, como fruto do Projeto de Lei 1.627/2009, foi sancionada, em 18 de janeiro de 2012, a Lei nº 12.594/2012, que “institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional” (art. 1º).

Como corolário do art. 6º do ECA – ao considerar o adolescente em “peculiar condição de pessoa em desenvolvimento” – o Estatuto adota o princípio da progressividade das medidas socioeducativas – assim como ocorre com o regime das penas, fixado pelo Código Penal. Saraiva (2010, p. 147) classifica o regime de progressão como “uma garantia

confirmação da certeza de sua culpa. Essa decisão confirmatória deverá ser obtida por intermédio de um devido processo legal, em um juízo competente e transitada em julgado. (...) Há doutrinadores que repudiam o termo presunção, porque a Constituição da República não expressou esse princípio de forma a considerar o réu ou investigado com uma inocência presumida. Sustentam que ‘se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente’, Para esses estudiosos, o princípio em estudo não geraria uma presunção, e sim, um estado ou situação de inocência (...). A doutrina moderna discorda da denominação presunção ou estado de inocência. Prefere a expressão não-culpabilidade, porque esta se coaduna exatamente com o texto constitucional. Para essa corrente doutrinária, a Constituição Federal é clara ao expressar que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’”.

ao adolescente de que, na proporção de seus méritos, a medida socioeducativa evolua de mais gravosa para outra mais branda”.

De mesmo modo, o adolescente que deixa de cumprir com as medidas que lhe foram impostas, poderá ter agravada sua situação, podendo ser até mesmo internado, *ex vi* do art. 122, incisos II e III, do ECA. “Neste caso, a internação ou imposição de semiliberdade deverá observar o limite máximo de três meses” (SARAIVA, 2010, p. 147). Contudo, “é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida” (Súmula 265, STJ).

Segundo Maciel (2011, p. 1.123),

a exigência decorre genericamente dos princípios do contraditório e da ampla defesa e, no que diz respeito à internação-sanção, é também resultado da redação do inciso III do art. 122 do ECA, que menciona a necessidade de que o descumprimento da medida anteriormente imposta seja, além de reiterado, injustificável. Analisando o entendimento sumulado, observa-se o nítido caráter instrumental da oitiva do adolescente, a qual tem o único fim de conferir-lhe oportunidade de justificar-se quanto aos motivos que o levaram a descumprir a medida que lhe havia sido imposta.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

À luz dos arts. 99, 100 e 113 do ECA, é cabível a regressão para a medida anteriormente imposta em sentença transitada em julgado, quando verificada a insuficiência da medida em que o menor se encontra à sua ressocialização, tendo em vista que o Magistrado deve estar atendo às condutas supervenientes dos menores, respeitando-se, à toda evidência, os postulados da ampla defesa e do contraditório (HC 88.243/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJE 28/4/2008).

Todo o cumprimento das medidas socioeducativas deve atentar-se aos princípios insculpidos no art. 35 da Lei 12.594/2012, quais sejam:

- I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
- VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
- IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

Destarte, depreende-se que as medidas socioeducativas buscam ser mecanismos de reinserção social do adolescente em conflito com a lei, oferecendo ao jovem infrator

condições para tanto, a partir de políticas educacionais e de formação profissional, e primando pelo convívio social e familiar. Este, portanto, é o ponto que as difere das penas previstas pelo Decreto-Lei 2.848/40, que possuem caráter amplamente mais afilitivo à liberdade do apenado do que pedagógico.

2.2.1 Da advertência

A medida socioeducativa de advertência encontra-se prevista no art. 112, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e pode ser considerada a medida mais branda, dentre todas (SARAIVA, 2010, p. 160).

É regulamentada pelo art. 115 do ECA, que dispõe: “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”.

A advertência consiste na admoestação verbal feita pelo Juiz da Infância e da Juventude ao adolescente, devendo ser reduzida a termo e assinada pelo infrator, pais ou responsável, e tem por objetivo alertá-los quanto aos riscos do envolvimento do adolescente em condutas antissociais e, principalmente, evitar que se veja comprometido com outros fatos de igual ou maior gravidade (MACIEL, 2011, p. 1.085).

A aplicação de tal medida se dará em uma audiência, especialmente designada para o ato, na presença dos pais ou responsáveis, e será consubstanciada em termo próprio, onde constarão as orientações passadas ao adolescente e as exigências impostas a ele pelo juiz (LIBERTATI, 2010, p. 126)

Esta medida é recomendada, via de regra, para os adolescentes que não têm histórico infracional, e/ou que tenham cometido atos infracionais considerados leves, assim avaliados quanto à sua natureza penal e consequência jurídica dos atos (aqueles praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa).

Cury (2010, p. 533) leciona que “o ‘ato de advertir’, no sentido de ‘admoestar’, contém em sua estrutura semântica um componente *sancionatório*. Ainda quando externada informalmente, toda “advertência” representa, em última instância *um ato de autoridade*”.

Escrevendo sobre a matéria, Kozen (2005, p. 46) destaca que:

A medida de advertência, muitas vezes banalizada por sua aparente simplicidade e singeleza, certamente porque confundida com as práticas disciplinares no âmbito familiar ou escolar, produz efeitos jurídicos na vida do infrator, porque passará a constar do registro de antecedentes e poderá significar fator decisivo para a eleição da medida na hipótese de nova infração. Não está, no entanto, nos efeitos objetivos a compreensão da natureza dessa medida, mas no seu real sentido valorativo para o destinatário, sujeito passivo da palavra de determinada autoridade pública. A sensação do sujeito certamente não será outra do que a de se recolher à meditação, e, constringido, aceitar a palavra da autoridade como promessa de não reiterar na conduta. Será provavelmente um instante de intensa aflição.

Liberati (2010, p. 126) salienta que, para esta medida atingir os fins a que se destina, “é necessária a presença dos pais ou responsáveis na audiência, para que também sejam integrados no atendimento e orientação psicossociais”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação de *advertência* não só ao adolescente transgressor da norma penal, mas, também, aos pais ou responsáveis (art. 112, I c.c. o art. 103, ECA) e às entidades governamentais e não governamentais que deixam de cumprir com seus deveres de guarda e proteção (art. 97, I, “a” e, II, “a”, ECA).

À evidência, a aplicação desta medida exige do juiz e do promotor de justiça atuantes a adoção de critérios de forma que não a tornem inócua, nem tampouco rigorosa demais, “sempre tendo em vista as circunstâncias e as consequências do fato, o contexto social, da personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional” (LIBERATI, 2010, p. 126).

2.2.2 Da obrigação de reparar o dano

A medida de obrigação de reparar o dano (art. 112, II, ECA) encontra-se regulamentada pelo art. 116 do Estatuto, que dispõe:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

A compensação patrimonial dos danos tem origem no direito obrigacional.

Segundo dispõe o art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187 Código Civil), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Por sua vez, pratica ato ilícito aquele que “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”, conforme preceitua o art. 186 do mesmo Código.

Contudo, a condenação do adolescente infrator à reparação do dano obedecerá às disposições do art. 932, I, do Código Civil, que incute aos pais a responsabilidade pela reparação civil de danos causados por seus filhos. Se o adolescente infrator tiver até 16 anos incompletos, os pais são exclusivamente responsáveis para tanto; se o adolescente tiver idade entre 16 e 18 anos incompletos, os pais são solidariamente responsáveis (LIBERATI, 2010, p. 127). Isso ocorre em razão da culpa *in vigilando* que recai sobre os pais do adolescente infrator (CURY, 2010, p. 561).

Por outro lado, Saraiva (2010, p. 162) defende que a reparação de danos prevista no Código Civil, feita pelos pais do adolescente, como exercício inerente ao exercício do Poder Familiar, não deve ser confundida com a medida socioeducativa, prevista pelo Estatuto.

Há que divergir daqueles que supõem que tal medida permita aos pais do adolescente a reparação do dano. Por certo essa obrigação resulta da lei civil. Enquanto medida socioeducativa, o objetivo é de que o próprio adolescente seja capaz de tanto, seja pela devolução da coisa, seja por sua capacidade de compensar a vítima por ação sua, compatível com a idade (op. cit.).

Para Liberati (2010, p. 126), a aplicação de tal medida é condicionada à aceitação do adolescente, por interpretação extensiva do §2º do art. 112 do ECA²⁷.

Por estas razões, entendemos que a capacidade de reparação do dano deve ser do próprio adolescente infrator, para que a composição patrimonial da vítima resulte de seu próprio agir. “Daí sua natureza educativa e restaurativa, enquanto espaço de consertação entre vitimado e vitimizador, medido pelo Sistema de Justiça Juvenil” (SARAIVA, 2010, p. 126).

Há de se ressaltar a advertência feita por Maciel (2011, p. 1.086) de que, “em sendo o adolescente desprovido de recursos, a medida deverá ser substituída por outra adequada”, nos moldes do parágrafo único do art. 117 do ECA.

A aplicação de tal medida pode ser feita na fase pré-processual, pelo órgão do Ministério Público, “conjugada com a concessão do benefício da remissão, ou pela autoridade judiciária ao sentenciar, julgando a representação formulada contra o adolescente” (CURY, 2010, pp. 562).

A posição sustentada por Cury, minoria na doutrina infanto-juvenil, entende que o Ministério Público é legitimado a aplicar tal medida socioeducativa ao adolescente, em razão do *princípio da desjudicialização*²⁸ e de expressa disposição da lei.

Segundo o autor,

nos artigos 180, II e 127, *in fine*, do Estatuto, parece-nos que o termo “autoridade” constante do art. 116, deve abranger também o Ministério Público, que, ao realizar a audiência de apresentação mencionada no art. 179, poderá, “se for o caso”, *optar pela remissão, conjugada com a medida socioeducativa de obrigação de reparar o dano decorrente de ato infracional* (CURY, 2010, p. 563).

A posição sustentada pelo doutrinador, contudo, não encontra suporte na jurisprudência nacional. Confira-se:

²⁷ Dispõe o § 2º do art. 112 do ECA: “Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado”.

²⁸ Segundo Cury (2010, p. 563), o princípio da desjudicialização implica em reduzir a atuação do Estado-juiz nas situações relativas ao interesse de crianças e adolescentes, preocupando-se em “ampliar a participação de instâncias administrativas especializadas no atendimento da criança e do adolescente, dando ênfase à utilização preferencial de meios preventivos e educativos”. Para o autor, “aplicar o princípio da *desjudicialização* significa buscar novos critérios para compreender e abordar a questão menorista, encarando sob um prisma crítico-dialético as suas raízes sociais, econômicas e políticas” (op. cit.).

PENAL. MENOR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO, INCOMPETÊNCIA. A competência conferida ao Ministério Público pelo estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990) em sede de procedimento investigatório de infração imputada a menor circunscreve-se a promover o arquivamento dos autos, conceder remissão ou representar a autoridade judiciária propondo a aplicação de medida socioeducativa. Nessa última hipótese, é indeclinável a atuação do juiz, que não pode ser substituída ou suprida pelo representante do Ministério Público, que não tem competência jurisdicional. Precedentes deste Tribunal. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ. REsp. 31551/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, julgado em 20/05/1997, DJU 04.08.1997).

Acertada, pois, a decisão daquele Superior Tribunal, pois, conforme já citado nesta obra, nenhuma medida que restrinja a liberdade ou o patrimônio do adolescente poderia ser imposta sem prévio procedimento contraditório, sob pena de frontal violação ao princípio insculpido no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

2.2.3 Da prestação de serviços à comunidade

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.
Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Segundo Liberati (2010, p. 128), o referido artigo reproduz o enunciado do art. 46 do Código Penal²⁹, e “pretende a ressocialização do condenado através de um conjunto de ações, medidas e atitudes, com o intuito de reintegrá-lo à sua comunidade”.

A proposta trazida pelo enunciado do Estatuto – assim como o enunciado do art. 46 do Código Penal – configura-se como ação alternativa à medida da internação – ou à pena de prisão –, permitindo ao infrator da norma penal o cumprimento de sua restrição de direitos, junto à sua família e sua comunidade, sem prejuízo de sua escolaridade, de seus estudos e/ou de seu emprego (LIBERATI, 2010, p. 128).

²⁹ Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Snick (*apud* Liberati, 2010, p. 129) afirma que “a prestação de serviços à comunidade preenche os objetivos da pena: é reeducativa (terapia laboral), retributiva (trabalho gratuito com valor comunitário) e intimidativa”.

Cury (2010, p. 567) leciona que

assistir aos desvalidos, aos enfermos, aos educandos (atividades que devem ser prestadas em “entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres”) é tarefa que impõe a confrontação com o *alter* coletivo, de modo que possa demonstrar-se uma confiança recíproca que, por sua vez, está presente em todos os códigos de ética comunitária, como herança dos decálogos religiosos.

Albergaria (*apud* Liberati, 2010, p. 129) sustenta que “essa medida alternativa potencia o conteúdo ético-social do trabalho gratuito, como oportunidade de enriquecimento do bem comum e crescimento espiritual da pessoa humana”.

A execução desta medida pressupõe a realização de convênios entre o Poder Judiciário e programas de execução de tais medidas, via de regra, municipais.

Nas lições de Saraiva (2010, p. 163), o encaminhamento do adolescente infrator às entidades de execução da medida far-se-á por meio de uma “audiência admonitória”, onde receberá a orientação relativa ao cumprimento da medida, sendo cientificado de suas responsabilidades e dos objetivos buscados.

Esse órgão executor, estranho ao Poder Judiciário, Governamental (da Prefeitura) ou de Organização Não Governamental deve centralizar a ação de encaminhamento do adolescente, dotado de uma equipe técnica apta a fazer a avaliação do jovem e encaminhá-lo a um dos serviços disponíveis entre aqueles convencionados, cujo perfil e conveniência seja mais adequado a sua característica e aptidão (*op. cit.*).

Oportuno salientar que o rol de instituições aptas a executar a medida (art. 117, *caput*, ECA) é meramente exemplificativo. “O adequado é que o trabalho a ser realizado seja promotor da condição de cidadania do jovem e não o exponha a condições vexatórias ou humilhantes” (SARAIVA, 2010, p. 164).

As tarefas atribuídas ao adolescente em conflito com a lei serão atribuídas conforme suas aptidões pessoais, e cumpridas de acordo com a gravidade do ato infracional praticado (LIBERATI, 2010, p. 129).

Barroso Filho (*apud* AQUINO, 2012) leciona que

o sucesso dessa inovação dependerá muito do apoio que a própria comunidade der à autoridade judiciária, ensejando oportunidade de trabalho ao sentenciado. Sabemos que é acentuado o preconceito social contra os convictos, tornando-se necessária uma ampla campanha de conscientização das empresas e de outras entidades para que esse tipo de pena possa vingar. Inicialmente, será prudente contar apenas com órgãos e estabelecimentos públicos, tornando obrigatória a sua adesão a essa forma de punir. E quanto aos particulares seria recomendável, pensar-se em alguma maneira de estimular o interesse pela colaboração, como seriam os incentivos fiscais ou preferência em concorrências públicas.

Importante salientar, por fim, que a prestação de serviços à comunidade não poderá exceder o prazo de 06 (seis) meses, e terá jornada máxima de 08 (oito) horas semanais, sem prejuízo do horário escolar ou profissional. Segundo Maciel (2011, p. 1.087), “é imprescindível que estes dados integrem a sentença, sob pena da inexecutabilidade desta. A omissão, portanto, enseja a interposição do recurso de embargos de declaração”.

2.2.4 Da liberdade assistida

A medida socioeducativa da liberdade assistida (art. 112, IV, ECA) está disciplinada pelos artigos 118 e 119 do Estatuto, e deve ser aplicado pelo prazo **mínimo** de 06 (seis) meses, “sempre que for observada a necessidade de o adolescente receber acompanhamento, auxílio e orientação, por parte de pessoa designada pela Autoridade Judicial e apta ao atendimento” (MACIEL, 2011, p. 1.088).

“Como o legislador não estipulou prazo máximo para o cumprimento da medida, entende-se que ela será aplicada enquanto o adolescente necessitar de acompanhamento, auxílio e orientação” (LIBERATI, 2010, p. 131).

Oportuno relembrar que as medida socioeducativa de liberdade assistida deverá ser reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, para avaliar a necessidade de manutenção ou substituição da medida, *ex vi* do art. 42 da Lei 12.594/2012.

O orientador nomeado pelo juiz é detentor dos encargos fixados pelo art. 119 do ECA, a saber:

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

Depreende-se da leitura da lei que o orientador deve ter formação técnica, e apresentar relatórios periódicos sobre as atividades realizadas pelo adolescente, bem como relatar seu comportamento, “especificando o cumprimento das obrigações estipuladas pela autoridade judiciária” (LIBERATI, 2010, p. 131).

A finalidade desta medida “é manter o infrator no seio familiar de forma que fique integrado na sociedade e com apoio de seus entes queridos e sobre a supervisão da autoridade judiciária, a quem cabe determinar o cumprimento e cessação da medida” (AQUINO, 2012).

Destina-se, pois, a acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente iniciado no processo de marginalização, observando seu cumprimento em liberdade, junto ao seio familiar.

Assim como na medida de prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida tem início em uma audiência admonitória, “na qual o adolescente é apresentado a seu orientador judiciário, e na qual são estabelecidas as combinações iniciais sobre o cumprimento da medida” (SARAIVA, 2011, p. 167).

Barroso Filho (*apud* AQUINO, 2012) elogia a medida, afirmando que

entre as diversas fórmulas e soluções apresentadas pelo ECA, para o enfrentamento da criminalidade infanto-juvenil, a medida socioeducativa da Liberdade Assistida se apresenta como a mais gratificante e importante de todas, conforme unanimemente apontado pelos especialistas na matéria. Isto porque possibilita ao adolescente o seu cumprimento em liberdade junto à família, porém sob o controle sistemático do Juizado e da comunidade. A medida destina-se, em princípio, aos infratores passíveis de recuperação em meio livre, que estão se iniciando no processo de marginalização. De acordo com o disposto no art. 118 do ECA, será adotada sempre que se figurar a medida mais adequada, para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

Por outro, Liberati (2010, pp. 131-132) sustenta uma crítica formal à legislação atinente à medida socioeducativa da liberdade assistida. Segundo o autor,

o Estatuto da Criança e do Adolescente não delimitou a atividade jurisdicional, na fixação do procedimento executório das referidas medidas. Isto tem dificultado a atuação de Magistrados, Promotores de Justiça e Advogados, que não têm procedimento fixo e estável de execução das medidas socioeducativas.

Em outras palavras, o adolescente considerado o autor de ato infracional, destinado a cumprir medida socioeducativa, tem o direito constitucional de ter um procedimento de execução baseado em regras claras – garantia do devido processo legal – como meio de atingir a cidadania.

Somente através de um processo de execução definido, regulador das atividades dos operadores do Direito, poderá ser dada eficácia à sentença judicial de aplicação das medidas socioeducativas, restringindo ou inibindo o arbítrio do juiz.

Entendemos que não assiste razão ao autor quanto à crítica formulada. Isso porque as medidas previstas no rol do art. 112 devem ser interpretadas em conjunto com todos os princípios gerais do Estatuto, bem como da Lei 12.594/12, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas.

Assim, embora poucas as palavras na legislação, as funções do orientador judicial descritas no art. 119 definem a execução da medida.

Deve, pois, o orientador conduzir a medida, envolvendo não só o adolescente, como a sua família, com o fim de obter êxito nos segmentos descritos nos incisos de I a IV do referido dispositivo, notadamente, frequência escolar e profissionalização do adolescente (MACIEL, 2011, p. 1.088).

Para melhor explicação, a jurisprudência:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESTRIÇÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA NÃO PREVISTA NO ESTATUTO MENORISTA. CARÁTER PUNITIVO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...) **A MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA PROPICIARÁ À ADOLESCENTE ACOMPANHAMENTO E ORIENTAÇÃO, UMA VEZ QUE, DURANTE O CUMPRIMENTO DESSA MEDIDA, INCUMBE AO ORIENTADOR SUPERVISIONAR A FREQUÊNCIA E O APROVEITAMENTO ESCOLAR DA JOVEM, ASSIM COMO PROMOVER SUA PROFISSIONALIZAÇÃO E INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO (ARTIGOS 118 E 119 DA LEI Nº 8.069/1990).** 4. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, MANTENDO-SE INALTERADA A SENTENÇA QUE APLICOU À ADOLESCENTE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA PELO PRAZO MÍNIMO DE SEIS MESES. (TJDFT. APR 0005950-96.2011.807.0013, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma, julgado em 16/02/2012, publicado em 06/03/2012)(grifo nosso).

2.2.5 Da inserção em regime de semiliberdade

“Por semiliberdade, como regime e política de atendimento, entende-se aquela medida socioeducativa destinada a adolescentes infratores que trabalham e estudam durante o dia e à noite recolhem-se a uma entidade especializada” (LIBERATI, 2010, p. 132).

O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto (art. 120, *caput*, ECA).

Durante a execução de tal medida, podem ser determinadas atividades externas, sendo obrigatória a escolarização e a profissionalização do adolescente em conflito com a lei (art. 120, §1º, ECA).

Cury (2010, p. 580) ressalta a importância da segunda parte do *caput* do art. 120, ECA, que possibilita a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. Ressalta, outrossim, a mesma importância à segunda parte do §1º do referido artigo, que determina, sempre que possível, a utilização de recursos existentes na comunidade para o cumprimento da medida. Isso porque, nas duas situações, prima-se pela reinserção do adolescente em sua própria localidade, a partir de instituições escolares e de formação profissional, ou seja, a partir de elementos naturalmente educadores e socializantes, que já deveriam fazer parte do cotidiano do adolescente infrator.

Embora o regime de semiliberdade encontre respaldo positivo no favorecimento da reintegração social, há de se destacar que esta “é a medida mais restritiva da liberdade pessoal depois da internação” (CURY, 2010, p. 576). Tanto esta quanto a medida de internação

implicam na institucionalização do adolescente, ou seja, faz parte do conjunto de medidas que implicam em redução direta da liberdade de locomoção do adolescente.

Por este motivo, é válida a advertência de Saraiva (2011, p. 171) de que esta medida também é norteadada pelos princípios da *brevidade*³⁰ e da *excepcionalidade*³¹, constantes no art. 121 do Estatuto (cuja norma regulamenta a aplicação da medida de internação).

Segundo o autor, “estes princípios decorrem de expressa disposição Constitucional, que os contempla no inciso V do parágrafo terceiro do art. 227” (op. cit.).

A execução desta medida se dá em meio aberto, implicando a possibilidade de realização de atividades externas, como frequência à escola e ao emprego. Liberati (2010, p. 133) leciona que, “se não houver esse tipo de atividade, a medida socioeducativa perde sua finalidade”.

No período noturno, quando o adolescente deverá recolher-se à entidade de atendimento, os técnicos sociais deverão complementar o trabalho de acompanhamento, auxílio e orientação, sempre verificando a possibilidade do término do tratamento (op. cit.).

Conclui-se, portanto, que “a integração na comunidade e na sociedade é o fulcro da nova disciplina do adolescente infrator, que deve permitir reverter, finalmente, a injusta praxe da criminalização da pobreza e da falta de meios” (CURY, 2010, p. 580). Ainda assim, não se pode esquecer o caráter excepcional da medida, devendo ser considerado, “em todos os casos, a aplicação de outras medidas socioeducativas, e, principalmente, de proteção, aptas a favorecer a reintegração social do adolescente infrator” (op. cit.).

2.2.6 Da internação em estabelecimento educacional

“A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (art. 121, *caput*, ECA).

A medida de internação encontra-se disciplinada pelos artigos 121 a 125 do Estatuto. Esta medida tem seu parâmetro de comparação, na legislação penal correspondente, ao regime fechado, “que é destinado aos condenados considerados perigosos e que tenham praticado

³⁰ Segundo GARCIA (2009), “por tal princípio, entende-se que a internação deve ser mantida pelo menor tempo possível, observando-se o prazo máximo pelo qual a medida poderá perdurar, qual seja, 03 (três) anos, de modo que, há cada 06 (seis) meses transcorridos, deverá ser realizada uma reavaliação acerca das atitudes seguidas pelo reeducando neste lapso temporal, a fim de se verificar a pertinência da manutenção da medida in comento ou, até mesmo, se é caso de substituição desta por outra mais apropriada à sua nova condição”.

³¹ Nas lições de VIEIRA (2011), o princípio da excepcionalidade prevê que a medida “somente deverá ser aplicada em casos extremos, quando, comprovadamente, não houver possibilidade de aplicação de outra medida socioeducativa menos gravosa” à liberdade do adolescente infrator.

crimes punidos com pena de reclusão superior a oito anos (CP, art. 33, §2º, “a”)” (LIBERATI, 2010, p. 135), além daqueles considerados “hediondos”, assim definidos e elencados no art. 1º da Lei 8.072/90.

A medida de internação só poderá ser aplicada nos casos previstos no art. 122, ECA, quais sejam:

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

O rol é taxativo. A medida socioeducativa em comento somente pode ser aplicada diante de circunstâncias efetivamente graves descritas no art. 122, ECA, enquanto mecanismo de defesa social (SARAIVA, 2010, pp. 174-175).

Em análise das possibilidades de aplicação da internação (dispostas nos incisos do art. 122), comenta Saraiva (2010, p. 176) que “a violência ou a grave ameaça devem integrar o tipo penal enquanto elementar”. Segundo o autor, o Estatuto não enfrenta a questão do que é considerado “ato infracional grave” e “reiteração de conduta”.

A respeito da reiteração, faz-se oportuno destacar que este conceito não se confunde com o de reincidência, que supõe a realização de novo ato infracional após o trânsito julgado de decisão anterior. Por este entendimento se extrai que reiteração se revela um conceito jurídico de maior abrangência que o de reincidência, alcançando aqueles casos que a doutrina penal define em relação ao imputável como “tecnicamente primário”.

Consolida-se o entendimento que a configuração de uma ação reiterada supõe a prática de pelo menos três condutas. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo adolescente quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais (op. cit.).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REITERAÇÃO DE CONDUTA INFRACIONAL OU DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA EDUCATIVA ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo menor, quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais. Precedente do STJ. 2. A teor do art. 122, inc. III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não restou configurada a reiteração de descumprimento de medida educativa anteriormente imposta ao paciente. 3. Ordem concedida. (STJ. HC 27.273/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 10/06/2003).

Quanto ao ato infracional grave, “o entendimento até aqui prevalente é daquele que a Lei Penal comina pena de reclusão no preceito secundário da norma” (SARAIVA, 2010, p. 176).

Nessa toada, não são suscetíveis de internação os delitos leves (art. 61 da Lei 9.099/95), e, também, os atos infracionais análogos a crimes de médio potencial ofensivo (art. 89 da Lei 9.099/95), salvo no caso de reiteração (SARAIVA, 2010, p. 177).

A internação deve ser cumprida em estabelecimento próprio, que adote o regime fechado. Por este motivo, e como já mencionado, “a internação precisa ser excepcional. Isso significa que sua aplicação somente se justifica quando não há outra que se apresente mais adequada à situação” (MACIEL, 2011, p. 1.091).

Segundo Liberati (2010, p. 135), há exceções ao regime fechado: o adolescente poderá realizar atividades externas, a critério da equipe técnica (art. 121, §1º, ECA), e, após cumprido o prazo máximo de três anos (§3º), o adolescente deverá ser colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida (§4º).

Essas peculiaridades se dão em razão do reconhecimento, pelo legislador, do adolescente enquanto pessoa em condição peculiar em desenvolvimento.

Este princípio traz uma ótica multidisciplinar sobre o comportamento do adolescente, realçando as suas especificidades em relação ao adulto e impondo sejam tomadas em conta por todos os operadores do sistema suas circunstanciais condições psíquicas, físicas e emocionais (MACIEL, 2011, p. 1.092).

A liberação do adolescente internado se dará de duas formas: a) compulsoriamente, aos vinte um anos de idade (art. 121, §5º, ECA), ou b) mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público (§6º).

Por fim, há de se consignar que, por expressa disposição legal, ainda que respeitado o limite de 21 (vinte e um) anos do adolescente, a medida de internação somente pode ser aplicada pelo máximo de 03 (três) anos (art. 121, §3º, ECA).

2.3 A eficiência prática dos mecanismos de reinserção social do adolescente

As medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei estão previstas nos artigos 112 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda que tais *sanções* sejam previstas em lei desde 13 de julho de 1990, data da promulgação do ECA, a aplicação delas era, para grande parte da doutrina e da jurisprudência, de difícil interpretação.

Isso porque o ordenamento jurídico se pautava tão somente nas normas de direito material previstas no ECA, sendo que a execução de tais medidas não encontrava um norte na legislação pátria.

Somente através de um processo de execução definido, regulador das atividades dos operadores do Direito, poderá ser dada eficácia à sentença judicial de aplicação das

medidas socioeducativas, restringindo ou inibindo o arbítrio do juiz (LIBERATI, 2010, p. 132).

Somente em 18 de janeiro de 2012, com o advento da Lei nº 12.594/2012, é que se instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes em conflito com a lei.

A referida lei instituiu os objetivos da aplicação das medidas socioeducativas (art. 1º, §2º) e, também, repartiu as competências para aplicação das medidas entre a União (art. 3º), os Estados-membros (art. 4º), os municípios (art. 5º) e o Distrito Federal, a este último incumbindo, cumulativamente, as competências dos Estados e dos Municípios (art. 6º).

De modo resumido, o novo regramento instituiu à União o dever de formular, coordenar, instituir e manter a execução da política nacional de atendimento socioeducativo, inclusive financiando, com os demais entes federados, a execução de programas e serviços do SINASE.

Aos Estados coube, precipuamente, o dever de criar, desenvolver e manter programas para a execução das medidas socioeducativas de *semiliberdade* e de *internação*.

Por fim, compete aos municípios criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

E, assim, todas as execuções de medidas socioeducativas são acompanhadas pelo Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo, na forma do art. 19 da Lei nº 12.594/2012, com os fins de contribuir para a organização da rede de atendimento socioeducativo; assegurar conhecimento rigoroso sobre as ações do atendimento socioeducativo e seus resultados; promover a melhora da qualidade da gestão e do atendimento socioeducativo; e disponibilizar informações sobre o atendimento socioeducativo (incisos I a IV, art. 19).

Com os dados coletados pelo SINASE, desde 2012, é possível uma melhor aferição dos resultados obtidos na recuperação dos adolescentes com a aplicação das medidas socioeducativas. Também, tornou-se possível estabelecer um panorama sócio-jurídico dos atendimentos.

A presente pesquisa, a partir dos dados coletados junto ao Conselho Municipal da Criança e do Adolescente do Município de Lorena³², que seguem anexos a esta obra, e junto à

³² LORENA (Município). Plano decenal de atendimento socioeducativo. Conselho Municipal de Assistência Social e Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Lorena. 2014.

Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República³³, apresenta:

- 1) o perfil social dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas;
- 2) as características dos atos infracionais praticados e sua relação com as políticas criminais;
- 3) a eficiência prática das medidas socioeducativas na ressocialização do adolescente em conflito com a lei.

2.3.1 O perfil social dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas

Até o fim do ano de 2013, o Brasil atendia a 23.066 (vinte e três mil e sessenta e seis) adolescentes e jovens (entre 12 e 21 anos de idade) em medidas socioeducativas, sendo que 22.683 eram do sexo masculino (ou seja, 98,34% do total) e 1.042 eram do sexo feminino (ou 1,66% do total).

Total de Adolescentes e Jovens por faixa etária e atendimento - Brasil													
	12 e 13 anos		14 e 15 anos		16 e 17 anos		18 a 21 anos		Não Especificação		Total por sexo		TOTAL
	Masc	Fem	Masc	Fem	Masc	Fem	Masc	Fem	Masc	Fem	Masc	Fem	
Int. Provisória	192	23	1403	91	3465	144	240	13	2	0	5302	271	5573
Semiliberdade	34	6	322	21	1262	52	524	28	23	0	2.165	107	2272
Internação	181	23	2305	154	7957	285	4146	145	25	0	14614	607	15221
Outros	22	2	140	13	357	36	83	6	0	0	602	57	659
Brasil	429	54	4170	279	13041	517	4993	192	50	0	22683	1042	23725

Tabela 2 – Total de adolescentes e jovens, por faixa etária, em atendimento no Brasil³⁴

Ou seja, em valores aproximados, 2% dos atendidos têm entre 12 e 13 anos de idade, 18% têm entre 14 e 15 anos, 59% têm entre 16 e 17 anos, e 22% são maiores de 18 e menores de 21 anos (atendidos nos termos do parágrafo único do art. 2º do ECA). Observa-se que as medidas socioeducativas são aplicadas, majoritariamente, a adolescentes entre 16 e 17 anos.

Deste total, aproximadamente 44% são brancos, sendo que negros e pardos correspondem a 56% dos adolescentes e jovens atendidos.

³³ BRASIL (União Federal). Levantamento Nacional sobre o Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei. **Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente**. 2013. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2013>. Acesso em 26 mai. 15.

³⁴ Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2013>. Acesso em 26 mai. 15.

A escolaridade destes jovens também pôde ser aferida, segundo dados da Fundação

Ano	1ª a 4ª série	5ª a 6ª série	7ª a 8ª série	Ensino Médio
2010	DND	DND	DND	DND
2013	14%	33%	34%	19%

Fonte: Fundação Casa – Lorena

CASA de Lorena:

Tabela 3 – Escolaridade dos Adolescentes em internação

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o ensino fundamental tem duração de 9 (nove) anos, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade (art. 32, *caput*, da Lei nº 9.394/1996). Ou seja, espera-se que, até os 15 (quinze) anos, o adolescente tenha regularmente cumprido com sua grade escolar, e graduado no ensino fundamental, como requisito para ingresso no ensino médio.

Observa-se que, dos jovens atendidos em medidas socioeducativas, mais de 59% tem idade compreendida entre 16 e 17 anos, ou seja, são jovens que, pela progressão ordinária do currículo escolar, já deveriam ter ingressado no ensino médio. Contudo, menos de 19% dos adolescentes atendidos frequentam ou frequentaram o ensino médio, o que mostra ampla defasagem dos jovens em conflito com a lei do ambiente escolar.

Seria lícito concluir, pois, que, aqueles que detêm menor escolaridade, estão mais sujeitos a infracionar. O contrário, porém, não se pode concluir; ou seja, a escolaridade, *per si*, não é garantidora única da não criminalização do jovem (observável, assim, a partir dos índices daqueles que estudam ou estudaram o ensino médio, próximo aos 20%).

De uma coisa não se pode duvidar: a aplicação das medidas socioeducativas, como medidas de enfrentamento da violência e da criminalidade juvenil, devem, necessariamente, estar atreladas a políticas públicas educacionais, sob pena de esvaziamento de suas próprias finalidades (art. 1º, §2º, inciso II da Lei nº 12.594/2012).

2.3.2 Análise dos atos infracionais praticados pelos adolescentes em atendimento

Segundo dados do Ministério da Justiça³⁵, somente 1% (um por cento) dos crimes praticados no país são cometidos por adolescentes.

Deste total, os crimes de roubo (art. 157, CP) e de tráfico (art. 33 da Lei 11.343/06) são as infrações com maior incidência entre os menores infratores, correspondendo, respectivamente, a 40,01% e 23,46% dos atos praticados pelos adolescentes.

Ainda de acordo com os dados do Ministério da Justiça, apenas 0,5% dos homicídios ocorridos no país tem a participação de adolescentes, e corresponde a 8,81% do total de atos infracionais apurados.

São atos infracionais praticados por adolescentes, e sua respectiva quantificação, em números absolutos e relativos:

Atos Infracionais		Qtde	%
1º.	Roubo	10.051	40,01%
2º.	Tráfico	5.933	23,46%
3º.	Homicídio	2.205	8,81%
4º.	Ameaça de morte	1.414	5,65%
5º.	Furto	855	3,36%
6º.	Tentativa de Homicídio	747	2,99%
7º.	Porte de arma de fogo	572	2,29%
8º.	Latrocínio	485	1,94%
9º.	Tentativa de Roubo	421	1,68%
10º.	Estupro	288	1,15%
11º.	Lesão Corporal	237	0,93%
12º.	Busca e Apreensão	233	0,93%
13º.	Tentativa de Latrocínio	125	0,50%
14º.	Receptação	125	0,49%
15º.	Formação de Quadrilha	107	0,43%
16º.	Atentado violento ao pudor	82	0,33%
17º.	Dano	57	0,23%
18º.	Porte de arma branca	36	0,14%
19º.	Sequestro e cárcere privado	25	0,10%
20º.	Estelionato	3	0,01%
Outros atos de menor potencial ofensivo		1.191	4,57%
TOTAL		25.192	

Tabela 4 – Detalhamento dos atos infracionais apurados, praticados pelos adolescentes em atendimento socioeducativo (dados de 2013)³⁶.

Nota. O número de atos infracionais absoluto (25.004) é superior ao número de adolescentes (23.725), pois há adolescentes condenados ao cumprimento de medidas socioeducativas por mais de um ato infracional.

³⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Nota técnica nº. 01/2015.** Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-divulga-parecer-sobre-maioridade-penal/nota-tecnica-no-01-2015.pdf>. Acesso em 25 nov. 15.

³⁶ Fonte: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2013>. Acesso em 26 mai. 15.

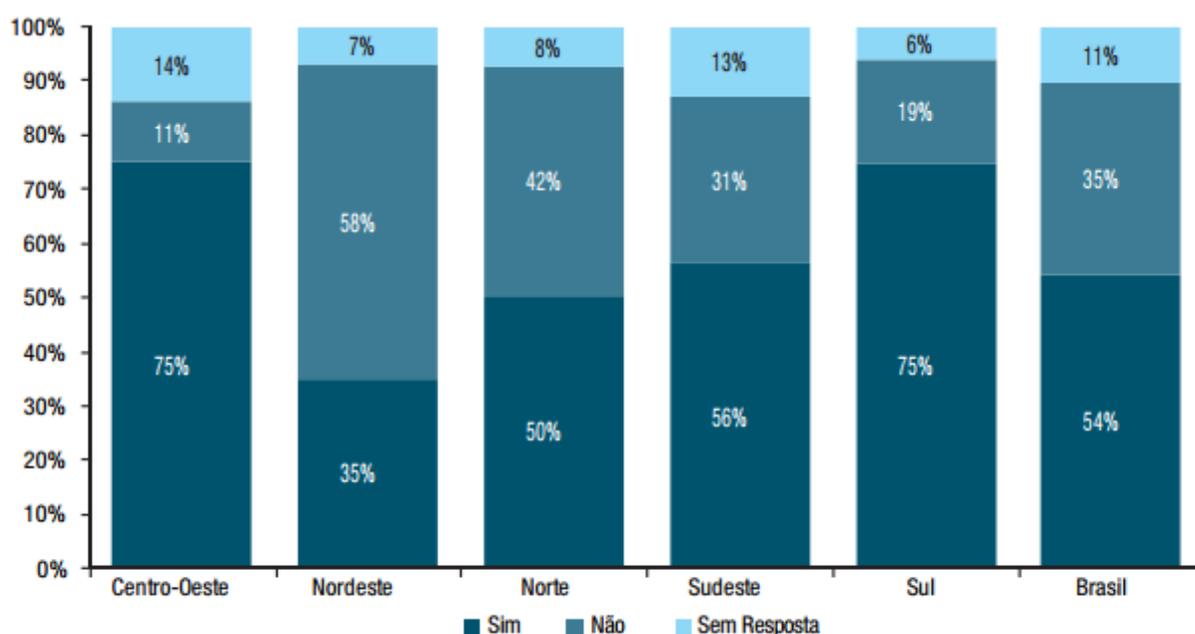
Para Gomes (2014), as infrações identificadas podem ser divididas e classificadas quanto ao seu potencial ofensivo em três categorias: (i) infrações de *menor potencial ofensivo* (nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, todas as contravenções e crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos); (ii) infrações de *médio potencial ofensivo* (“são aquelas que admitem suspensão condicional do processo, pois têm pena mínima igual ou inferior a um ano, mas são julgados pela Justiça Comum, já que sua pena máxima é superior a dois anos”)³⁷; e (iii) infrações de *alto potencial ofensivo* (aqueles que têm pena mínima superior a um ano, não sendo cabível a suspensão condicional do processo).

Nestas categorias, os atos infracionais análogos às infrações de menor potencial ofensivo correspondem a 14,78% do total de infrações praticadas por adolescentes, contra 80,64% daquelas de maior potencial ofensivo e 4,58% de médio potencial.

2.3.3. A eficiência prática das medidas socioeducativas na ressocialização do adolescente em conflito com a lei

Analisa-se, agora, o registro de reincidência dos adolescentes em conflito com a lei, durante ou após o cumprimento de outra medida socioeducativa. Os dados apresentados são do Conselho Nacional de Justiça³⁸.

Gráfico 1 – Registro nacional de reincidência nos autos por região.



³⁷ GOMES, Luís Flávio. **Classificação das infrações penais.** Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1000051/classificacao-das-infracoes-penais>. Acesso em 26 mai. 15.

³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação – Programa Justiça Jovem.** Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/programa_justica_ao_jovem_CNJ_2012.pdf. Acesso em 26 mai. 15.

Os maiores índices de reincidência podem ser verificados nas regiões Centro-Oeste e Sul, ambas com 75%. O menor índice pode ser verificado na região Nordeste, com 35%. Segundo a pesquisa do CNJ, “há registros em 54% dos processos analisados no território nacional”, sendo esta a média nacional de reincidência.

O índice de reincidência, *per si*, poderia caracterizar eventual discussão sobre a (in)efetividade da aplicação das medidas socioeducativas, de meio aberto ou de meio fechado.

Salienta o levantamento do Conselho, todavia, que, a contrário senso, o menor número de reincidência se dá nas medidas socioeducativas de meio aberto, ou nas de internações com atividades externas.

Contudo, é de se destacar que a reincidência entre os adolescentes reduz com o passar o tempo, e com a aplicação de outras medidas.

Segundo o gráfico abaixo, com as informações coletadas na comarca de Lorena, estado de São Paulo, a reincidência é maior entre os jovens que possuem apenas uma condenação (superior aos 50%). Todavia, o valor apurado cai em praticamente à metade, em se tratando da segunda condenação (próxima aos 30%).

Tabela 5 – Reincidência de adolescentes por número de internações

Reincidência dos Adolescentes em Internação				
Ano	1ª Passagem	2ª Passagem	3ª Passagem	4ª Passagem
2010	DND	DND	DND	DND
2013	51%	31%	15%	3%

Fonte: Fundação Casa – Lorena

DND – Dados Não Disponíveis

Reincidência dos Adolescentes em Internação Provisória				
Ano	1ª Internação	2ª Internação	3ª Internação	4ª Internação
2010	DND	DND	DND	DND
2013	58%	29%	10%	3%

Fonte: Fundação Casa – Lorena

DND – Dados Não Disponíveis

Fonte: Fundação CASA.

Ademais, os dados acima apresentados referem-se a aplicação genérica das medidas socioeducativas em meio fechado, na realidade administrativa dos estados (responsáveis pela execução das referidas medidas, a teor do art. 4º, inciso III, da Lei nº 12.594/2012), que

constantemente são criticadas por órgãos responsáveis pelos direitos da criança e do adolescente³⁹.

Algumas iniciativas merecem destaque, por estarem mais próximas à fiel e integral aplicação dos princípios norteadores do ECA e do SINASE.

Em São Paulo, as unidades da Função CASA que alteraram o atendimento ao adolescente infrator, passando a incluir a família nos programas de recuperação, apresentaram quedas nos índices de reincidência. “Em 10 anos, o número de reincidentes saídos da Fundação Casa passou de 29% para 15%”⁴⁰.

Em Pernambuco, as casas de internação dos adolescentes infratores passou a adotar salas temáticas de educação, organizadas conforme o nível de ensino dos reeducandos. Com isso, “o índice de reincidência no crime dos jovens que passam por lá é de 13%, enquanto que no Nordeste chega a 54%, o mais elevado do país, segundo dados de 2012 do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”⁴¹.

Ainda a partir das perspectivas mais negativas da reincidência juvenil (com índices próximos aos 54%), a aplicação das medidas constitui medida mais benéfica à sociedade e ao adolescente infrator, porquanto propicia a ele maiores chances de reinserção social.

Nas palavras de Luís Flávio Gomes (2014),

segundo a linha da política criminal neopunitivista norte-americana (do direito penal máximo), o encarceramento massivo (crescimento de 508% entre 1990-2012; de 90 mil presos passamos para 548.003) é bestialmente (simbolicamente) apresentado como uma das curas definitivas para o problema da criminalidade, da violência e da segurança pública, quando, na verdade, ele somente se justifica em parte, frente aos criminosos violentos, especialmente os que ostentam perversidade. Fora disso, não passa de mais uma enfermidade agregada (em razão da sua irracionalidade e, sobretudo, da alta taxa de reincidência que ele gera).

O enfoque puramente repressivo da questão criminal (que não é novo no Brasil, diga-se de passagem), para além da constatação empírica de que vem normalmente atrelado a modelos capitalistas financeiros exuberantemente selvagens (porque desiguais, injustos, extrativistas – veja o caso dos EUA e do Brasil, que não têm nada a ver com o capitalismo evoluído e distributivo, fundado na educação de qualidade universal e praticado por Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, Canadá, Japão etc.), é fruto de uma interpretação equivocada do funcionamento do sistema punitivo, o que nos recorda a sátira do grande escritor vienês Karl Kraus (citado por Ferguson: 2013, p. 79) sobre a psicanálise: que se trataria da própria enfermidade da qual pretendia ser a cura.

O encarceramento massivo, na parte em que o recolhimento fica regido pela irracionalidade (...), para além de retratar o nível avançado de degeneração moral da sociedade brasileira, está agravando severamente nosso problema criminal e de segurança pública, porque unido a um embuste, a um engodo, na verdade, a uma

³⁹ O próprio Conselho Nacional de Justiça, no **Panorama geral**, apresenta crítica formal aos estados pela falta de investimento em educação, como atitude conjunta para prevenir a criminalidade juvenil: “Dos dados apurados pode-se constatar grande déficit do Estado na aplicação de medidas socioeducativas e na aplicação de programas voltados à educação desses jovens (...), o que pode, desta forma, estar relacionada à ocorrência dos atos infracionais” (op. cit., pp. 17-19).

⁴⁰ Disponível em: <http://glo.bo/1JJ7SLM>. Acesso em 26 mai. 15.

⁴¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gsdh>. Acesso em 26 mai. 15.

técnica muito difundida nos Estados populistas, que consiste em explorá-lo simbolicamente, vendendo a sensação, a imagem, a impressão de que todas as prisões seriam legítimas (o que não é verdadeiro) e de que todas elas em conjunto baixariam a criminalidade assim como gerariam mais segurança para a população. Não só não está diminuindo a criminalidade no Brasil como a está agravando em razão da alta taxa de reincidência.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, a reincidência do sistema carcerário brasileiro chega a 70%⁴².

Neste ponto, não se pode duvidar, portanto, da melhor aplicação das medidas socioeducativas como forma de se recuperar o agente infrator. Não em razão de seu caráter administrativo, mas em razão da estrita relação que tais medidas nutrem com as políticas públicas educacionais.

Ora, se tais *medidas socioeducativas*, quando eficazmente administradas e aplicadas, geram índices de reincidência inferiores a 20%, imperioso se faz concluir, portanto, que substituí-las por outras espécies de *sanção*, como as *penas* – cujos índices de reincidência remontam a próximo dos 70% – não poderiam gerar outro resultado social, senão o agravamento e o aumento da violência, conforme já demonstrado pela experiência de Nova Iorque (conforme apontado no capítulo 1 desta obra).

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A TUTELA AOS DIREITOS E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS

Moços, se vos ides medir com o direito e o crime na cadeira de juizes, começai, esquadrinhando as exigências aparentemente menos altas dos vossos cargos, e proponde-vos caprichar nelas com dobrado rigor; porque, para sermos fiéis no muito, o devemos ser no pouco. – Ruy Barbosa.

Atualmente estabelecida em três diplomas diferentes⁴³, a maioria penal aos 18 (dezoito) anos tem raiz constitucional⁴⁴.

⁴² IPEA. **Relatório de reincidência criminal no Brasil**. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em 25 nov. 15.

⁴³ Na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 228), no Decreto-Lei 2.848/40 - Código Penal (art. 27) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104).

⁴⁴ Outra discussão interessante acerca da temática da redução da maioria penal versa sobre os efeitos jurídicos mediatos e imediatos acaso aprovada alguma PEC sobre o assunto (ainda que sob forte e defendida inconstitucionalidade). Como o referido instituto encontra-se estabelecido em três diferentes normas (uma, de raiz constitucional, e duas, de raízes infraconstitucionais), constata-se que, acaso aprovada alguma PEC tendente a reduzir a maioria penal, esta não seria imediatamente abaixada. Isso porque o Texto Magno estabelece um piso mínimo para a aplicação da lei penal, mas não esgota este piso; em outras palavras, é possível à legislação infraconstitucional estabelecer idade mínima **superior** ao previsto na Constituição para a aplicação da lei penal, mas nunca inferior. Assim, uma vez aprovada alguma proposta de emenda constitucional que reduzisse a maioria penal (por exemplo, dos 18 para os 16 anos), a legislação pátria deveria, por conseguinte, ser

O artigo 228 da Constituição da República da encontra-se inserido no Capítulo VII (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”) do Título VIII (“Da Ordem Social”) do texto magno.

Quis o legislador constituinte, ao dispor sobre a ordem social, incluir a família e a juventude como organismos e setores sociais que merecem atenção especial do Estado, porquanto considerados base da própria sociedade⁴⁵.

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores (...) (SILVA, 2009, p. 851).

Assim, para a melhor tutela dos direitos da juventude, em especial dos adolescentes, estabeleceu o constituinte a idade mínima para que a pessoa possa ser penalmente punida (ou seja, receber uma *pena* como forma de *sanção* ao cometimento de um *crime*).

Dada a importância da matéria, antes da discussão sobre a necessidade (ou desnecessidade) de se reduzir a maioridade penal, e, portanto, alterar o artigo 228 da Constituição, surge, *a priori*, a discussão sobre a possibilidade jurídica de tal alteração.

Isso porque o art. 60, §4º da Constituição Federal estabelece um rol de matérias que jamais serão objeto de proposta de emenda, conhecidas doutrinariamente por “cláusulas pétreas”.

Para Silveira (2015), a doutrina diverge em três correntes.

A primeira entende que o artigo 228 da Carta da República não se trata de “cláusula pétrea”, porquanto a referida norma não se encontra inserida, no texto constitucional, em seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), estando, portanto, fora da abrangência do inciso IV do §4º do artigo 60. Destarte, tal artigo e norma poderiam ser livremente deliberados pelo poder constituinte derivado reformador.

alterada, para que, somente aí, este novo piso da idade penal surtisse efeito no mundo jurídico; ou seja, somente com a alteração do artigo 228 da Constituição Federal, abaixando-se a idade penal, é que se estaria aberta a permissão constituinte para a alteração legislativa da mínima idade penal. Seguindo a discussão, *ad argumentandum tantum*, ainda que alterada toda a legislação pertinente à matéria, somente os crimes praticados a partir da vigência da nova maioridade estariam sujeitos à sanção penal. Ou seja, os adolescentes que cometeram atos infracionais até a data anterior à vigência do novo instituto jurídico ainda estariam sob a égide do julgamento pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso porque o art. 5º, inciso XL, da Constituição da República estabelece a irretroatividade da lei penal no tempo, salvo para benefício do réu. Ora, uma vez constatado que as medidas socioeducativas surtem efeitos mais favoráveis na recuperação do agente, a conclusão que se chega é da impossibilidade de aplicação da lei penal a alguém antes considerável inimputável.

⁴⁵ Dispõe o art. 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Por outro turno, o art. 227 ainda dispõe: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A segunda corrente entende que o artigo 228 se trata, formalmente, de cláusula pétrea (apenas o instituto da “maioridade penal”), mas não materialmente (a idade fixada aos 18 anos). Ou seja, “a regra não é passível de abolição, e deveria ser mantida, mas o limite de dezoito anos poderia, sim, ser modificado” (SILVEIRA, 2015).

A terceira e última corrente, mas não minoritária, e que aqui adotamos, entende que

mesmo que não faça parte do art. 5º, da Constituição Federal (o qual trata dos direitos e das garantias individuais), parece evidente, a quem tem olhos de ver, que o marco etário dos dezoito anos mostra-se, sim, como uma fronteira com implicações em direitos e garantias individuais. Mesmo que topograficamente não se perceba o dispositivo dentro daqueles direitos e garantias, ele faz parte implícita destes (op. cit.).

Esta obra tem, pois, o desafio de, não obstante apresentar a discussão, esclarecer as razões jurídicas da impossibilidade de alteração do art. 228 da Constituição, e, assim, reafirmar o entendimento de que a maioria penal é cláusula pétrea da Constituição brasileira.

3.1 Do processo legislativo das emendas constitucionais

A Constituição de um Estado é considerada sua lei fundamental, segundo definição de José Afonso da Silva (2009, p. 37), e é, portanto,

a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modelo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Moraes (2014, p. 7) ainda destaca que

este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos (sic) do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o princípio da divisão dos poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito).

Sobre o conteúdo das constituições, Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra Curso de Direito Constitucional (2013, p. 60), leciona que as normas inseridas no texto constitucional podem ser *materialmente constitucionais* ou apenas *formalmente constitucionais*.

Para o doutrinador, “certos temas são típicos de uma Constituição. A regulação desses assuntos compõe o que se classifica como Constituição material”, como, por exemplo, a estrutura e a organização do Estado. Outros assuntos extravagantes, porém, acabam sendo

dispostos pelo texto constitucional, como regras ordinárias sobre direito eleitoral (exemplo, o artigo 17 da CF), e o pagamento de pensão vitalícia aos seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei nº 5.813, de 14 de setembro de 1943 (artigo 54 do ADCT).

O assunto não se conecta àqueles que tipicamente se espera encontrar no Texto Constitucional (...). A Constituição de 1988 possui outras tantas normas desse feitio. Elas ostentam a mesma hierarquia de todas as demais normas contidas na Carta. Muitas vezes, essas normas foram dispostas no Texto Magno justamente para se beneficiarem da maior estabilidade que o *status* constitucional, em um sistema de Constituição rígida, lhes confere. Regras como essas são classificadas como normas apenas formalmente constitucionais (MENDES, 2013, pp. 60-61).

Segundo Moraes (2014, p. 9), as constituições, quanto à sua estabilidade, podem ser classificadas em *cinco* espécies: imutáveis, superrígidas, rígidas, semirrígidas e flexíveis.

Para o autor (2014, pp. 9-10), “são imutáveis as constituições onde se veda qualquer alteração, constituindo-se relíquias históricas”. Por sua vez, são rígidas, aquelas “constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas”. Ainda, são semirrígidas (ou semiflexíveis) aquelas nas quais “algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais dificultoso”. As constituições flexíveis são, em regra, não escritas, ou excepcionalmente escritas, em que poderão ser inteiramente alteradas pelo processo legislativo ordinário. Por fim, são consideradas superrígidas as constituições nas quais, em regra, poderão ser alteradas por um processo legislativo diferenciado, mas excepcionalmente, alguns pontos são imutáveis (citando, como exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil).

Como constituição *superrígida*, para Moraes (op. cit.), as alterações de normas constitucionais em nosso ordenamento jurídico, em regra, podem ocorrer, quando observado um procedimento mais “solene” do que aqueles processos legislativos ordinários.

José Afonso da Silva (2009, pp. 61-62) leciona, sobre as alterações constitucionais, que

as constituições brasileiras usaram os termos *reforma*, *emenda*, *revisão* e até *modificação* constitucional. A questão terminológica nessa matéria começa pela necessidade de fazer distinção entre *mudança constitucional* e *reforma constitucional*. A primeira consiste num *processo não formal de mudança* das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado. A segunda é o processo formal de mudanças das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador (SILVA, 2009, pp. 61-62).

A presente obra estuda as propostas de emenda constitucional que visem alterar a redação dada ao artigo 228. Trata-se, destarte, de *reforma constitucional*, e não *mutação constitucional*.

Conforme lições de Alexandre de Moraes, o processo de reforma da constituição brasileira é solene, e se encontra descrito no art. 60 da Carta da República, que dispõe:

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 Assembleias 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.

Observa-se, no estudo da reforma constitucional brasileira, que a alteração ao Texto Magno sofre algumas limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário⁴⁶.

Embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário. Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior (MENDES, 2013, p. 118).

Assim, a Constituição brasileira é passível, em regra, de alterações, mediante referido processo legislativo mais solene. Porém, “sendo um poder instituído, o poder de reforma está sujeito a limitações” (MENDES, 2013, p. 119).

⁴⁶ E, neste ponto, não há de se estranhar tais limitações. Isso porque a Constituição de um Estado, se *promulgada* (também denominada *democrática* ou *popular*), deriva diretamente do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte, composta por representantes do povo, eleitos com a finalidade direta e exclusiva de sua elaboração (MORAES, 2014, p. 9). Para José Afonso da Silva (2009, pp. 64-65), no constitucionalismo moderno, à Assembleia Nacional Constituinte compete unicamente o Poder Constituinte ilimitado. No Brasil, a Assembleia Constituinte de 1986-1988 conferiu ao *Congresso Nacional* a competência para elaborar emendas à Constituição Original; ou seja, deu-se “a um *órgão constituído* o poder de emendar a Constituição. Por isso se lhe dá a denominação de *poder constituinte instituído ou constituído*. Por outro lado, como esse seu poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de *poder constituinte derivado* (...)” (SILVA, op. cit.), e, não por outra razão, foram fixadas delimitações ao seu *poder constituinte*, ao seu *poder de reformar*.

Na Constituição brasileira, duas são as limitações ao poder de reforma: *limites de forma* (ou formais) e *limites de conteúdo* (ou materiais).

As limitações formais podem ser sinteticamente enunciadas, nas palavras de José Afonso da Silva, do seguinte modo: “o órgão de poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição” (2009, p. 65).

A doutrina entende que três são os grupos de *limitações formais* ao poder reformador: as limitações *temporais*, as *circunstanciais* e as *procedimentais*.

Nas lições de José Afonso da Silva (2009, p. 66), as limitações temporais não são comuns no histórico do direito constitucional brasileiro. Somente a Constituição do Império⁴⁷ estabeleceu essa limitação, que consistia em prever que tão-só após quatro anos de sua vigência a Constituição poderia ser reformada.

Silva (op. cit.) ainda nos lembra que

a revisão constitucional, que era prevista no art. 3º das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, não revelava limitação temporal, a qual, aliás, se esgotou com a mal feita revisão empreendida e concluída com apenas seis modificações no texto constitucional. Não cabe mais falar em revisão constitucional. A revisão terminou e não há como revivê-la legitimamente. Agora, só existe o processo das emendas do art. 60.

As limitações circunstanciais são aquelas que “pretendem evitar modificações na constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, a fim de evitar-se perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos da reforma” (MORAES, 2014, p. 684).

Observa-se, no artigo 60 da CF/88, a imposição dada pelo parágrafo 1º, que dispõe: “A Constituição **não** poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio” (grifo nosso).

Ou seja, durante a vigência da intervenção federal (artigos 34 a 36, CF/88), do estado de defesa (art. 136, CF/88) ou do estado de sítio (art. 137, CF/88) não poderá a Constituição ser emendada, sob pena de inconstitucional⁴⁸ violação à limitação circunstancial imposta pelo art. 60, §1º da Carta da República.

⁴⁷ Art. 174 da Constituição de 1.824: “*Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles*”.

⁴⁸ Destaca-se que as próprias emendas constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.875/DF, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence: “(...) II. Controle incidente de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-

As limitações procedimentais (ou formais) referem-se “às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal” (MORAES, 2014, p. 684).

Segundo Canotilho (2014, p. 1.128), duas são essas limitações.

A primeira concerne à *iniciativa*, e a segunda está relacionada à *deliberação e à aprovação de emendas*.

No que toca à *iniciativa*, citem-se os incisos I a III do art. 60, da CF/88, que restringem a possibilidade de deflagrar o processo de emenda à Constituição a um terço dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ao Presidente da República, e a mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados-membros. Em relação à *deliberação e à aprovação de emendas*, convém mencionar a necessidade de observar-se o quórum qualificado de três quintos, em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional (art. 60, §2º). Daí afirma-se que a emenda à constituição é um ato complexo, porquanto só se forma com a aprovação em ambas as Casas Legislativas (op. cit.).

Outros pontos do texto constitucional, ainda que observados os pressupostos formais, são, porém, em regra, insuscetíveis de alteração. Tratam-se das limitações de materiais, ou “de conteúdo”, que podem ser classificadas como *implícitas* ou *explícitas*, conforme veremos a seguir.

3.2 O parágrafo 4º do artigo 60 e as cláusulas pétreas

Dispõe o art. 60, §4º da Constituição Federal:

- § 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.

As matérias elencadas são, portanto, insuscetíveis de *abolição*, aqui incluindo sua *supressão*, *revogação* ou *redução*.

AgR, 8.5.97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 05.08.2004, Pertence, DJ 05.08.2004; RE 102.553, 21.8.86, Rezek, DJ 13.02.87). III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. (...). 1. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. 2. Nem da interpretação mais generosa das chamadas "cláusulas pétreas" poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos (...)"

As limitações materiais constituem, nas palavras de Alexandre de Moraes (2014, pp. 682-683), “o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por ‘cláusulas pétreas’”⁴⁹.

Em sucinta definição, “o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição” (MENDES, 2013, p. 123).

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 seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro (op. cit.).

Da Constituição do Brasil de 1988, além das limitações formais anteriormente explicitadas, emanam as limitações materiais, que podem ser classificadas em duas espécies: *explícitas e implícitas*.

Para Canotilho (2014, p. 1.132), os limites materiais explícitos são aqueles expressamente elencados no rol das cláusulas pétreas, quais sejam, os incisos I a IV, do §4º do artigo 60 da Constituição.

Para Alexandre de Moraes (2014, p. 685), as limitações implícitas são as “garantias que pretendem assegurar a efetividade das cláusulas pétreas”. Entende o autor que a Constituição, ao definir seu rol de imutabilidade material, limitou implicitamente o constituinte derivado de fazer desaparecer ou mesmo diminuir esta matéria. Ou seja, além de se observar aqueles limites materiais impostos pelo §4º do art. 60, deve o Poder Constituinte derivado reformador observar que aquele mesmo rol instituído pelo Poder Constituinte Originário é também insuscetível de supressão, revogação ou diminuição.

⁴⁹ Apenas para fins didáticos, Mendes (2014, p. 121) apresenta interessante discussão acerca da aceitação teórica dos limites materiais da Constituição (das chamadas “cláusulas pétreas”). Segundo o autor, para parte da doutrina não parece admissível a ideia de que haja limites ao exercício do poder de rever a Constituição. “A perplexidade surge de uma verificação: se ambos os poderes – originário e de reforma – são exercidos por representantes do mesmo povo, por que um desses poderes deve estar subordinado ao outro? Afinal, o que justifica que uma decisão tomada no passado não possa ser revista no futuro, em virtude de um novo consenso criado em torno do assunto petrificado?” Diante da controvérsia, o próprio doutrinador explica e se manifesta: “Em teoria constitucional, já se buscou desfazer a ideia de que se estaria impondo a vontade de uma geração a outra. Parte-se do pressuposto de que o poder constituinte originário é a expressão de vontade do povo e que as limitações que este impõe destinam-se a restringir a vontade dos representantes do povo, no exercício dos poderes constituídos”. No mesmo sentido, são as brilhantes lições de J. J. Gomes Canotilho (2014, p. 1.129): “a doutrina pátria tende a justificar a índole juridicamente vinculante dos limites materiais ao órgão de reforma com espeque (i) na superioridade do poder constituinte originário – político, inicial, ilimitado e incondicionado – em face do poder constituinte derivado, de natureza jurídica e limitada; (ii) na impossibilidade de a emenda, desviando-se da sua função de alterar pontualmente a Constituição, destruir o seu núcleo de identidade; (iii) na necessidade de preservar os elementos constitucionais essenciais de maiorias transitórias. No plano da filosofia constitucional, a objeção democrática às cláusulas pétreas é afastada mediante a noção de pré-compromisso constitucional, segundo a qual o povo, num momento deliberativo qualitativamente superior, decide por entrincheirar valores fundamentais e a estrutura básica do Estado numa norma hierarquicamente superior, com vistas a afastá-los do dia a dia da política, pois, consciente de suas fraquezas, teme por suprimi-los no futuro em benefício de interesses menores ou de vontades fugazes”.

“Não se trata, no caso, de simples limitação implícita, mas de limitação que encontra no contexto constitucional seus fundamentos, tanto quanto o encontraria se a limitação fosse expressa” (SILVA, 2009, p. 67).

Canotilho (2014, p. 1.132) ainda sustenta que “o poder de reforma não abrange a prerrogativa de destruir a Constituição, é dizer, de alterar o seu núcleo de identidade”. O autor elenca, ainda, outros limites materiais que considera implícitos, pois ao se “consagrar norma antagônica à estabelecida originariamente, significaria tolerar que as emendas invadam a matéria sujeita à ‘reserva do constituinte originário’, em típica hipótese de fraude à Constituição”.

Deste modo, o doutrinador entende que “são considerados limites materiais implícitos (...), os princípios fundamentais do Título I da CF/1988 (arts. 1º a 4º), a república, o presidencialismo e as próprias normas relativas aos titulares do poder constituinte originário e derivado ao processo de reforma constitucional” (op. cit.).

José Afonso da Silva (2009, p. 68), de igual modo, entende que determinados mandamentos constitucionais se tratam, em verdade, de verdadeiras “cláusulas pétreas implícitas”, vez que “se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário, de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder”. São eles:

- (1) “as concernentes ao titular do poder constituinte”, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;
- (2) “as referentes ao titular do poder reformador”, pois seria despauério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;
- (3) “as relativas ao processo da própria emenda”, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-la (op. cit.).

Ou seja, não obstante seja vedada a discussão de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais, também é vedado pelo ordenamento constitucional a proposta de emenda que vise diminuir ou extirpar da Constituição o próprio rol de cláusulas pétreas, ou mesmo modificar o sistema legislativo de alteração constitucional.

O texto do parágrafo 4º do artigo 60 dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda **tendente a abolir** (...)” (grifo nosso).

Ou seja, sem perder o caráter *rígido* da norma, parece-nos possível a alteração deste núcleo (ou seja, a alteração de uma “cláusula pétrea”). Tal alteração, contudo, não pode acarretar na *diminuição* ou na *supressão* de determinada norma ou instituto dentre aqueles

referidos nos incisos I a IV. Isso porque a redação do §4º do artigo 60 é clara ao vedar a proposta de emenda “*tendente a abolir*”, e não “*tendente a modificar*”⁵⁰.

Neste sentido, são as lições de Mendes (2013, pp. 123-124):

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo do esvaziamento por ação do poder reformador. Nesse sentido, Jorge Miranda relembra que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados.

Por isso também se leciona que a *mera alteração redacional* de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma.

No mesmo sentido, Canotilho (2014, p. 1.133) leciona que

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo do esvaziamento por ação do poder reformador. Nesse sentido, Jorge Miranda relembra que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados.

Por exemplo, incontroverso na doutrina constitucionalista que todos os incisos previstos no artigo 5º da Constituição Federal constituem verdadeiras cláusulas pétreas, e, portanto, em primeiro momento, seriam insuscetíveis de alteração. *Ad argumentandum tantum*, o inciso XLVII, alínea “a”, estabelece que “não haverá penas (...) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. Portanto, é impossível ao legislador constituinte derivado reformador, em decorrência da imutabilidade deste mandamento constitucional, a discussão sobre proposta de emenda que (i) autorize, irrestritamente, a pena de morte no Brasil; e/ou (ii) reduzisse a restrição da norma, ou seja, autorize a pena de morte em casos além da guerra declarada. Contudo, conforme lições anteriormente aprendidas, parece-nos possível que o constituinte derivado *reduza* as exceções da norma, e, portanto, *auente* o grau de garantia ao direito à vida (porquanto o referido inciso é uma exceção a tal direito). Em outras palavras, não seria inconstitucional a proposta de emenda que, por exemplo, revogasse a parte final da alínea “a” do inciso XLVII, cuja nova redação, neste exemplo, passaria ser “não haverá penas (...) de morte”, excluindo, assim, a única hipótese de pena de morte prevista no ordenamento jurídico.

⁵⁰ “No tocante aos direitos e garantias individuais, mudanças que minimizem a sua proteção, ainda que topicamente, não são admissíveis. Não poderia o constituinte derivado, por exemplo, contra garantia expressa no rol das liberdades públicas, permitir que, para determinada conduta (e. g. assédio sexual), fosse possível retroagir a norma incriminante. Esses direitos e garantias individuais são os enumerados no art. 5º da Constituição e em outros dispositivos da Carta” (MENDES, 2014, p. 128).

Exemplo prático disso pode ser citado a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou, ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, garantindo, a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não perdeu o artigo 5º a estabilidade que lhe foi conferida pelo §4º do artigo 60 da mesma Constituição, mas o rol de direitos e garantias individuais foi *aumentado*, de forma que não houve a *abolição* (ou *supressão*).

Assim, dado o caráter *superrígido* de Constituição Federal, observa-se que o processo legislativo para alteração constitucional é mais solene que o processo legislativo ordinário. Observamos, ainda, que existem cláusulas pétreas em nossa Constituição, cujas matérias são imutáveis, no sentido de serem *irrevogáveis* e/ou *irredutíveis*.

Vejamos, agora, quais são essas matérias, que estão elencadas nos incisos de I a IV do art. 60, §4º da Constituição Federal.

3.2.1 Inciso I – a forma federativa de Estado

A primeira limitação material à reforma constitucional diz respeito à forma federativa do Estado brasileiro.

Segundo Canotilho (2014, p. 1.133), são consideradas características básicas do Estado Federal:

a) a autonomia política dos entes federativos⁵¹, que se decompõe nos seguintes poderes:

a.1) de autogoverno: que se trata da “possibilidade de sua população escolher seus dirigentes, os quais não se sujeitam aos vínculos hierárquicos com os dirigentes de entes maiores” (op. cit.);

a.2) de auto constituição: que é a “prerrogativa de os entes federativos, mediante a edição de Constituição, disporem sobre suas próprias estruturas, respeitados os limites da Constituição Federal, bem como de editarem as suas próprias leis” (op. cit.);

a.3) de autoadministração: que é a “capacidade de os entes gerirem seu próprio funcionalismo e os serviços públicos de sua competência” (op. cit.);

b) a partilha de competências estar prevista numa Constituição rígida, considerando-se inconstitucionais as inferências de um ente federado na competência de outro;

⁵¹ São entes federativos da República Federativa do Brasil a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (cf. art. 1º, *caput*, CF/88).

c) participação dos Estados-membros na formação da vontade nacional (expressa na composição do Senado Federal);

d) indissolubilidade do vínculo federativo, “através da vedação do direito de secessão e da previsão de mecanismo de intervenção federal nos Estados-membros, para, suspendendo-se temporariamente sua autonomia, zelar-se pela manutenção e pelo regular funcionamento da federação” (op. cit.).

Ou seja,

não é passível de deliberação a proposta de emenda que desvirtue o modo de ser federal do Estado criado pela Constituição, em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competência entre o governo central e os locais, consagrada na Lei Maior, onde os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão (MENDES, 2013, p. 126).

3.2.2 Inciso II – o voto direto, secreto, universal e periódico

O inciso II protegeu contra o processo de reforma constitucional o voto **direto, secreto, universal e periódico**.

Do caráter **direto** decorre que, qualquer emenda constitucional que pretenda instituir votação indireta para os cargos eletivos, além daquelas hipóteses já previstas na Constituição (v.g. art. 81, §1º, CF/88), será inconstitucional (CANOTILHO, 2014, p. 1.134).

A garantia do voto **secreto**, “entendida como elemento fundamental do sistema democrático” (MENDES, 2013, p. 127), também não poderá ser suprimida por meio de emenda.

A **universalidade** do voto foi conceituada pelo próprio constituinte originário, que resolveu “facultar o voto aos cidadãos entre dezesseis e dezoito anos e os analfabetos” (CANOTILHO, 2014, p. 1.134), de forma que as emendas constitucionais jamais poderão suprimir⁵² tal garantia.

Por fim é vedada a supressão do caráter **periódico** do voto. Ou seja, “uma emenda não está legitimada para transformar cargos políticos que o constituinte originário previu como suscetíveis de eleição em cargos vitalícios ou hereditários” (MENDES, 2013, p. 128).

3.2.3 Inciso III – a separação dos Poderes

⁵² Como tratado anteriormente, a **supressão** ou a **diminuição** de cláusulas pétreas decorre da interpretação do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, ao vedar as propostas de emenda “tendentes a abolir”. Ou seja, no caso presente, não seria inconstitucional a proposta de emenda que visasse a *ampliação* do direito de voto, por exemplo, para menores de 16 anos.

A separação dos Poderes (ou do Poder, segundo a visão de *Montesquieu*⁵³), como pensada pelo constituinte originário, tem como premissa, nas palavras de Canotilho (2014, p. 1.134), “um certo pessimismo antropológico; segundo a máxima de *Lord Acton*, ‘todo o poder corrompe’”.

Portanto, o fracionamento das responsabilidades estatais em órgãos distintos e independentes visa a preservação das liberdades individuais, do direito de igualdade, e o desenvolvimento saudável das atividades do Estado.

Contudo, a independência dos poderes, assegurada pelo artigo 2º da Constituição Federal, não os exime do dever de colaboração recíproca (SILVA, 2009, p. 109). Tanto que a própria Constituição instituiu “mecanismos de interdependência e de controle mútuo”, porquanto, para Canotilho (2014, p. 1.134) “tais diretrizes apontam para sentidos antagônicos, pois ‘independência em excesso’ impediria os controles mútuos, assim como um controle externo muito amplo privaria determinado ‘poder’ de uma significativa área de atuação própria”.

José Afonso da Silva (2009, p. 110) leciona que

a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão das funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

⁵³ Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 106), o Poder é “um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”. Para o autor, ainda, três são as características do poder político (ou estatal): a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *indelegabilidade*. O Estado, portanto, “é a institucionalização do poder político para a realização do bem comum. Portanto, o poder político – ou poder estatal – é uma exigência indispensável a organização do Estado, a quem cabe aplicá-las na sua estruturação e em relação aos particulares e administrados. O exercício do poder, só é possível dentro de uma organização social, logo o poder do Estado é o poder organizado pelo direito, através de sua eficácia de forma que o centro de todo o sistema jurídico é o equilíbrio do poder social”. Logo, “não há, nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno”. “A ‘Separação de Poderes’, como se indicou acima, pressupõe a tripartição das **funções** do Estado, ou seja, a distinção da funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional. Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e Locke” (grifo nosso). (FERREIRA FILHO *apud* COUCEIRO, 2011). Por fim, como bem nos lembra José Afonso da Silva (2009, p. 107), é impróprio falar-se em *divisão* e *delegação* dos poderes do Estado, tratando-se meramente de uma diferenciação político-administrativa, para que o Poder não esteja concentrado em apenas um órgão, supremo, senão a própria República. Por isso, “atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*” (op. cit.).

Assim, “o concreto delineamento deste ‘equilíbrio-harmônico’ entre os ‘poderes’ depende (...) da estrutura orgânico-funcional de cada nação” (CANOTILHO 2014, p 1.134).

A Constituição do Brasil de 1988 caracteriza-se, particularmente, pela instituição da separação dos Poderes, mas também, de um mecanismo de controle recíproco, como forma de assegurar a instituição, direta ou indireta, de um “monismo de Poder” (CANOTILHO, 2014, p 1.134). São eles (i) o sistema presidencialista; (ii) a concessão, em caráter preferencial, das funções legislativa, executiva e judicial aos respectivos “poderes”; (iii) pela aplicação aos “poderes” e aos seus membros de autonomia, garantias e vedações destinadas ao livre exercício de suas funções; (iv) pela atribuição de funções típicas e atípicas aos “poderes”; e (v) pelos mecanismos de controle mútuo.

Deste modo, a limitação material de reforma constitucional encontra, também, respaldo na tripartição dos Poderes da República. Assim, “atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação de Poderes” (SILVA, 2009, p. 67).

3.2.4 Inciso IV – os direitos e as garantias individuais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fruto de um período pós-Ditadura Militar, e é considerada, por muitos, a expressão máxima do processo de redemocratização do país⁵⁴.

E não por outra razão, os denominados “direitos e garantias individuais” passam a ser considerados cláusulas pétreas de nosso ordenamento constitucional, e, portanto, insuscetíveis de abolição (supressão ou redução).

Inicialmente, devemos compreender *o que são direitos e garantias individuais*, conceituando-os, para, assim, compreender o alcance dos limites materiais à reforma, imposto pelo estudado inciso constitucional.

Nas lições de Mendes (2013, p. 135),

o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da

⁵⁴ “A Carta autoritária de 1967, outorgada pelo regime militar com a cumplicidade de um Congresso mutilado, ainda regia o País, mas a Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, oriunda de proposta encaminhada ao Congresso por iniciativa do Presidente da República, convocou uma Assembleia Nacional Constituinte, dando o passo decisivo que acelerou o processo de restauração das instituições democráticas, já em curso no País. (...) Com isso, o rosto constitucional das instituições já aparece desde as esferas teóricas, conforme se patenteou, iluminado de humanismo, democracia, paz e liberdade. Configurou assim o mesmo anseio universal dos povos que se abraçam a uma crença orgânica de solidariedade por construir um mundo novo e superior, onde a lei do egoísmo fique para sempre revogada”. Paulo Bonavides *in* Comentários à Constituição do Brasil, 2014, pp. 53-65.

pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões.

Segundo o doutrinador (op. cit.), “a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica”.

Moraes (2014, p. 29) destaca que “modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda, e terceiras gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos”.

A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. (...) Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado (...).

São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural (...).

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão (MENDES, 2013, pp. 137-138).

A partir dessa construção histórica, entende-se que os direitos fundamentais designam,

no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma vivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (SILVA, 2009, p. 178).

Os direitos fundamentais previstos e assegurados na Constituição possuem quatro características comuns, segundo Silva (2009, p. 181), senão vejamos:

- 1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;
- 2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;
- 3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de

ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exibibilidade pela prescrição;

4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados.

Feita essa conceituação, insta-nos *diferenciar* os dois institutos tutelados pelo inciso IV: os *direitos* e as *garantias* individuais.

Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantias, às chamadas garantias fundamentais (MENDES, 2013, p. 169).

Se, de um lado, há a tutela dos *direitos fundamentais*, ou seja, aquelas normas que “imprimem ao Estado o implemento de prestações negativas”, como forma de “proteger o indivíduo do exercício arbitrário do poder” e garantir-lhe o mínimo existencial (CANOTILHO, 2014, pp. 1.135-1.136), constituem-se *garantias fundamentais* os instrumentos que “asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam” (MENDES, 2013, p. 169).

Todavia, para Moraes (2014, p. 31), as garantias fundamentais constituem-se, também, direitos, embora possuam nítido caráter instrumental de proteção aos direitos fundamentais.

Segundo lições de Jorge Miranda (*apud* MORAES, 2014, p. 32), “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias”. Mesmo assim, ambos gozam de igual proteção constitucional contra a reforma, porquanto “as garantias só nelas se projectam (*sic*) pelo nexu que possuem com os direitos”.

Mesmo após quase três décadas desde a sua promulgação, a interpretação da Constituição de 1988 ainda não fora completamente pacificada; nem pela doutrina, sequer pela jurisprudência.

De outro modo não poderia ser quando do estudo dos limites materiais à reforma constitucional, notadamente aquele que se refere o inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição.

Canotilho (2014, p. 1.135) aponta a divergência:

Há forte controvérsia doutrinária a respeito da interpretação da expressão “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV).

A partir de uma interpretação literal do citado dispositivo pode-se afirmar que todos os direitos arrolados nos incisos do art. 5º, e nenhum outro, seriam considerados cláusula pétrea, tendo em vista veicularem, na forma do capítulo I, do Título II, da Constituição de 1988, o rol de direitos e garantias fundamentais eleito pelo

constituente, não cabendo aos poderes constituídos, a pretexto de interpretarem o precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania.

Na sequência, o próprio autor, manifestando seu posicionamento – com o qual pactuamos –, adverte: “Milita contra esta interpretação de caráter literal uma série de argumentos” (op. cit.).

Segundo o autor, ao estudo do referido inciso incidem duas correntes da doutrina constitucional. A primeira defende que os referidos direitos e garantias individuais são tão-somente aqueles enumerados no Capítulo I, do Título II, da Constituição de 1988. Para outra corrente, todavia, “a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica, revelando-se, na hipótese vertente, especialmente despropositada” (op. cit.).

Segundo Mendes (2013, p. 170),

o art. 5º, §2º, da Lei Maior estabelece que “os direitos e as 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”.

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição.

No mesmo sentido é o escólio de Alexandre de Moraes (2014, p. 127):

os direitos e as garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente.

Tal conclusão, conforma afirmado por Mendes (2013, p. 170), não decorre exclusivamente de interpretação do parágrafo 2º do art. 5º de nossa Constituição.

Outras razões são também elencadas por Canotilho (2014, p. 1.135), quais sejam: (i) da fluidez semântica e da densidade moral dos “direitos e garantias individuais”; (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver aberto o elenco de direitos expressos na Constituição (art. 5º, §2º); e (iii) da notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Tal interpretação – de se considerar outras normas exteriores ao Título II da Constituição como direitos e garantias fundamentais, sujeitas, portanto, ao abrigo das cláusulas pétreas – encontra ressonância no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF (ADI 939, DJ de 18-3-1994), afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental, senão vejamos.

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (STF. ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 15.12.1993, DJE de 18.03.1994).

Ainda sobre o tema, Canotilho (2014, p. 1.135) volta a apresentar a segunda corrente, que

considera que, ao aludir especificamente aos "direitos e garantias individuais", o constituinte o fez com o intuito de restringir a condição de cláusula de eternidade aos "direitos e garantias individuais propriamente ditos", na esteira da Lei Fundamental de Bonn e da Constituição Portuguesa (arts. 79, III e 290, respectivamente). Assim, somente gozariam do *status* de cláusula pétrea as ditas "liberdades fundamentais", porquanto, ao impingirem ao Estado o implemento de prestações negativas, estariam vinculadas ao núcleo essencial do Estado de Direito (limitação jurídica do poder estatal), para além de possuírem coerência e uniformidade obtidas pelo evoluir da história constitucional de diversos países. Ainda que se pudesse, à luz das premissas antes delineadas, incluir no âmbito de proteção do art. 60, §4º, IV, da CFRB/88 direitos equiparáveis aos direitos da liberdade (direitos de defesa, v.g.: as liberdades sociais, como o direito de greve e à livre associação sindical e os direitos políticos à nacionalidade), restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e os direitos difusos e coletivos.

Tal posição, conforme bem assentado pelo doutrinador (op. cit.), não nos parece a mais acertada (e tampouco se trata da corrente majoritária), uma vez que "o constituinte de

1988 conferiu o *status* de cláusulas pétreas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira ‘dimensão’, sejam eles direitos de defesa ou prestacionais”.

Segundo Mendes (2013, p. 171), “o propósito da norma é afirmar que a enumeração dos direitos não significa que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional”. Ainda segundo o autor, “é legítimo, portanto, cogitar (...) de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista”, porquanto embora não rotulados expressamente, dependem “da análise de seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição”. Por fim, complementa o autor: “a sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podendo ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário”.

Portanto, conclui-se que não são apenas os direitos e garantias inseridos no catálogo constitucional de “fundamentais” estão protegidos pela norma do art. 60, §4º, inciso IV, desde que estritamente relacionados ao valor da dignidade da pessoa humana⁵⁵.

3.3 O art. 228 da Constituição e a maioria penal enquanto cláusula pétreia

Dispõe o art. 228 da Constituição Federal: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Tal dispositivo encontra-se inserido no Capítulo VII (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”) do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Constituição Federal.

Este dispositivo (art. 228, CF/88) estabeleceu, em prol dos adolescentes, destinatários de especial proteção, duas garantias constitucionais.

A primeira garante que nenhuma pessoa menor de 18 (dezoito) anos de idade será responsabilizada penalmente, garantido às crianças e aos adolescentes a inimputabilidade penal. A segunda, decorrente da primeira, atribui ao adolescente a responsabilização por atos infracionais, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (CANOTILHO, 2014, p. 2.138).

⁵⁵ Mendes (2014, p. 171) cita outros exemplos de direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição, porém, não elencados no Título II da Carta Constitucional. “Por influência da doutrina alemã, há quem mencione o direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I) como direito fundamental (nesse sentido, em relação à Constituição passada, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. 4, p. 624), bem assim a legitimação ativa para iniciativa popular (art. 61, §2º) – vista como autêntico direito de participação política -, a proclamação da igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, §5º) e o direito dos filhos a tratamento igualitário (art. 227, §6º). No âmbito dos direitos sociais, seriam direitos fundamentais fora do catálogo os direitos à previdência social e à assistência social e o direito à proteção do meio ambiente (art. 225) (Sarlet, *A eficácia*. cit., p. 122-123), este último já mencionado no STF como direito fundamental de terceira geração (RE 134.297-8/SP, DJ de 22-9-1995)”.

“Toda vez que se fala em inimputabilidade abaixo dos 18 anos de idade, reacende-se a polêmica, dividindo opiniões” (LIBERATI, 2010, p. 111). Há aqueles que defendem a redução da maioridade penal, e há aqueles que defendem a manutenção desta, aos dezoito anos.

Versa a discussão sobre a possibilidade de se alterar o texto constitucional do artigo 228, ou seja, discute-se se tal norma encontra ou não o abrigo das cláusulas pétreas, prevista no art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

Sobre tal discussão diverge a doutrina em três correntes.

A primeira sustenta que a maioridade penal, inserida no art. 228 da Constituição, não deve ser considerada cláusula pétrea, porquanto não inserida fundamentalmente no rol de direitos e garantias individuais dispostos no artigo 5º da mesma Constituição. Portanto, a referida norma não estaria abrangida pelo inciso IV do §4º do art. 60, que define ser insuscetível de discussão a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e as garantias individuais (cf. CANOTILHO, 2014, pp. 1.135).

Esta corrente não nos parece ser a mais acertada, porquanto majoritária doutrina entende que “existem outros direitos e garantias individuais espalhados pelo texto da Carta Política de 1988” (GOMES NETO, 2001, p. 83).

A segunda corrente decorre de interpretação da expressão “tendente a abolir”, prevista na redação do §4º do art. 60 da Constituição. Tal corrente defende que o *instituto* da maioridade penal é cláusula pétrea, ou seja, deve a Constituição estabelecer uma idade mínima para que o Estado aplique a lei penal.

Contudo, esta corrente entende que “reduzindo a maioridade penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir” (LENZA, 2012, p. 1.228).

Ou seja, o núcleo da idade definida (atualmente, aos *dezoito* anos) não gozaria de tal proteção jurídica, porquanto, ainda que se aumente ou se reduza a idade penal, o referido instituto não seria *abolido* do ordenamento jurídico.

Para nós, melhor sorte não assiste à referida corrente.

Isso porque a fixação da idade de 18 anos, pelo constituinte, foi uma opção política, e não puramente biológico, conforme lições de Terra (2001, pp. 53-54):

a sua fixação [*da maioridade penal aos dezoito anos*] foi uma opção política do Constituinte de 1987/1988. Logo, toda e qualquer discussão com base na teoria do discernimento, como vem sendo travada, é desfocada. O critério para estabelecer a idade penal mínima foi político, não tendo relação com a capacidade ou incapacidade de entendimento.

Aceitar-se que a fixação constitucional da imputabilidade penal baseia-se na falta de compreensão do caráter ilícito ou antissocial de uma conduta criminosa implica equiparar adolescentes a insanos mentais, e isso, à evidência, é algo que padece de um mínimo de coerência. Ninguém tem dúvida de que o jovem e mesmo a criança têm plena capacidade de entender que é reprovável furto, danificar, matar, etc. Também não se pode falar na adoção, pelo Constituinte, de um critério puramente biológico. A decisão foi no sentido de valorização da dignidade humana de todas as pessoas menores de dezoito anos, de acordo com a tendência internacional de reconhecimento jurídico da doutrina da proteção integral, que acabou consubstanciada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Em outras palavras, sendo o Estado Democrático de Direito presidido, dentre outros princípios, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a fixação da imputabilidade penal aos dezoito anos representa o seu compromisso com a valorização da adolescência, por reconhecer tratar-se de uma fase especial do desenvolvimento do ser humano.

Portanto, a idade eleita para a imputabilidade (18 anos) decorreu da escolha política da Constituinte, como forma de garantir, aos menores daquela idade, prioridade absoluta na criação de políticas públicas estatais de inclusão e de recuperação infracional (GOMES NETO, 2001, p. 83), de modo que a idade-núcleo do artigo também integraria a norma tutelada pelo inciso art. 60, §4º, inciso IV da Constituição.

A terceira corrente – a que nos parece mais acertada –, defendida por J. J. Gomes Canotilho (2014, p. 2.138), por Alexandre de Moraes (2014, pp. 879-880), por Dalmo de Abreu Dallari (2001, p. 25), por Flávia Piovesan (2001, pp. 76-77), Goffredo da Silva Telles Junior e Eros Roberto Grau (2001, pp. 95-97), e por Luís Flávio Gomes (2008), dispõe que

topograficamente, esta previsão normativa integra o conjunto de normas constitucionais referentes à criança e ao adolescente. O constituinte não previu tal direito junto ao rol de direitos fundamentais, tendo preferido dedicar parte específica do Texto Constitucional à disciplina dos direitos das crianças e dos adolescentes, com vistas a obter a maior eficácia (CANOTILHO, 2014, p. 2.138).

Isso decorre da adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, da Doutrina da Proteção Integral. Tal instituto jurídico foi constitucionalizado a partir de 1988, quando duas regras especiais de proteção à criança e ao adolescente passaram a ter índole constitucional: a proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual (CF, art. 227, §4º) e a inimputabilidade dos menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228) (MORAES, 2014, p. 880).

Reconheceu o constituinte que a aplicação da Doutrina da Proteção Integral é necessária para assegurar ao ser humano o pleno desenvolvimento de sua personalidade, individual e socialmente (SMANIO *apud* MORAES, 2014, p. 879).

Assim, quando previu [*o legislador constituinte*], no art. 5º, XLVII, que não haverá pena de morte – salvo se existir guerra declarada –, nem pena perpétua, cruel, de banimento e de trabalhos forçados, deixou claro que tais penas não devem ser aplicadas em território nacional. E, de forma coerente, no art. 228 afirmou que nenhuma pena, nem mesmo as permitidas pela Constituição, serão aplicadas aos menores (CANOTILHO, 2014, p. 2.138).

Ou seja,

o legislador deixou claro que as penas ali constantes [no art. 5º, XLVII], não serão aplicadas e, no caso do art. 228 da Constituição, ficou mais claro ainda, ao afirmar que os menores de 18 anos não receberão pena, posto que penalmente inimputáveis. Assim, quando afirma isso, o artigo 228 garante ao adolescente sua inimputabilidade, da mesma forma que o artigo 5º garante a todos os cidadãos a não-aplicação das penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Então, se a legislação máxima não permite, por exemplo, a aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua e isso se consubstancia em garantias dos cidadãos, inofismável afirmar que tais garantias são cláusulas pétreas.

Pinto Ferreira (1991, p. 153) fez que em relação às garantias criminais repressivas, elas são várias, *destacando-se entre elas inicialmente a individualização da pena, impondo a pena de acordo com as condições pessoais do delinquente, a fim de suavizá-la, numa conquista que foi trazida pela Constituição vigente de 1988...* (GOMES NETO, 2001, p. 85).

Portanto, “não há como negar que se trata de norma constitucional que compõe o conteúdo rígido da nossa constituição federal, tendo em vista o disposto nos artigos 5º, §2º e 60, §4º, ambos do aludido diploma” (GOMES, 2008).

A norma do art. 228 impõe ao Estado um dever negativo (ou seja, de não aplicar *pena* aos menores de dezoito anos, que estarão sujeitos às disciplinas de uma regulamentação especial – consubstanciada na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente).

Sendo assim, o referido artigo encerra uma garantia de não-aplicação do direito penal, como por exemplo, as cláusulas de não-aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua a todos, consequentemente, todas cláusulas pétreas garantidas pelo artigo 60, da Constituição Federal (GOMES NETO, 2001, p. 86).

Trata-se, pois, de um direito dos menores de dezoito anos não serem submetidos a julgamentos por *crimes*, e, tampouco, do Estado receber uma *pena*. Observa-se que, conforme já abordado nesta obra, a Constituição não excluiu a *responsabilidade criminal* dos adolescentes, que, uma vez “sujeitos às normas da legislação especial” (art. 228, parte final, CF/88), continuam sujeitos às *medidas socioeducativas* como forma de *sanção* pelo descumprimento da legislação penal.

Assim,

apesar de as normas (arts. 227 e 228) se encontrarem no Capítulo VII do Título VIII da Constituição, não há como negar-lhes a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Pois (...) “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam-se de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes” (CANOTILHO, 2014, p. 2.138).

A análise da *mens legislatoris* – ou seja, de acordo com a teoria subjetiva, deve o intérprete examinar a vontade do *legislador* – sobre a necessidade de proteção ao menor de

dezoito anos, passa, necessariamente, pelos anais da Assembleia Nacional Constituinte, quando se debateu a fixação da mínima idade penal.

A seguir, transcreve-se parte da fala da Constituinte Carmen Claide, na 11ª Reunião Ordinária da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, realizada aos 4 de maio de 1987, quando debatida a questão da maioridade penal⁵⁶:

(...) A primeira grande proposta, que é a de introdução, é exatamente a questão da criança que se situa dentro da questão social como um todo; é necessário uma Reforma Agrária, uma Reforma Tributária, uma redistribuição da renda, uma descentralização administrativa, uma produção de alimentos, o abastecimento interno, o equacionamento da habitação popular, a reforma sanitária, a reforma de saúde; enfim, é necessário uma reforma global da sociedade, porque a miséria é fruto de um tipo de relação existente na sociedade, e a criança é a maior vítima dessa situação. Também propomos que seja considerada a questão dos meios de comunicação, que respeitem toda uma perspectiva de promoção da pessoa e de respeito à criança dentro de padrões éticos determinados, e não manipulem posições que nem dizem respeito aos princípios gerais da sociedade.

Nos direitos e garantias individuais propusemos que todos sejam iguais perante a lei, considerando que a igualdade leva em evidência as disparidades, os desiguais como tal têm que ser tratados, para que possam deixar de sê-lo. Então, há necessidade da proteção do Estado para situações especiais. Afirmamos também a questão da manutenção da inimputabilidade aos 18 anos. Nós sabemos que um menor jogado nas mãos da polícia, em sistema de repressão, precocemente ele será duplamente pervertido: pela violência que a sociedade já faz contra ele; e pela violência do sistema repressivo, infelizmente, ainda atuante em nosso País. (Palmas) (...).

A aprovação do texto final da Constituição Federal, com os anais e extratos das Audiências Públicas promovidas pela Assembleia Nacional Constituinte, deu-se na 341ª sessão da Assembleia Geral, em 5 de outubro de 1988, que promulgou o Texto Constitucional.

Percebe-se, dentre as razões finais alegadas na Constituinte, que a fixação da idade de 18 anos como a mínima idade penal está estritamente relacionada aos direitos e às garantias individuais, notadamente no que se refere ao tratamento diferenciado dado pelo Estado aos adolescentes infratores, vez que garantidora de diferenciado acesso às políticas públicas de prevenção e recuperação da criminalidade juvenil.

Ou seja, colimando os conceitos até então abordados, temos que:

a) a Constituição fixou a extinção de determinadas penas do ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, XLVII, CF/88), e fixou, também, hipótese de não aplicação de pena (no

⁵⁶ BRASIL. Ata da 11. Reunião Ordinária da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, em 4 de maio de 1987. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Ano II, nº 308.

caso, aos menores de 18 anos, sujeitando-os às normas definidas em legislação especial – *ex vi* do art. 228, CF/88)⁵⁷.

Ainda que não seja matéria propriamente constitucional, quis a própria Constituição, regulamentando o princípio da individualização da pena, impor tratamento diferenciado aos menores de dezoito anos na questão de sua responsabilização criminal, “justamente em razão de sua *condição pessoal* de estar em desenvolvimento” (GOMES NETO, 2001, pp. 85-86).

b) ao *excluir* os menores de dezoito anos da aplicação de *pena*, como sanção estatal pelo descumprimento da legislação penal, a Constituição impôs ao Estado uma *obrigação negativa*, ou seja, “uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado” (SILVA, 2009, p. 178), característica de *direito fundamental*;

c) além do *dever negativo imposto ao Estado*, a maioria penal fixada aos 18 anos também detém outras características abordadas nesta obra relativas aos *direitos fundamentais*, notadamente:

c.1) *historicidade*, vez que a fixação da idade penal aos dezoito anos deriva de uma evolução histórica do direito (conforme abordado no capítulo 1 desta obra);

c.2) *inalienabilidade*, porquanto o referido direito somente é conferido àqueles que possuem menos de dezoito anos na data do fato, cujos direitos inerentes à idade (subsunção ao Estatuto da Criança e do Adolescente, julgamento perante uma justiça especializada, e aplicação de *medida socioeducativa* como forma de *sanção*) não serão transmissíveis (de forma alguma) a terceiros imputáveis;

c.3) *imprescritibilidade*, uma vez que a inimputabilidade penal em decorrência da idade é plenamente exercida, até o último dia da menoridade do agente (aos 17 anos, 11 meses e 29 dias);

c.4) *irrenunciabilidade*, porquanto o instituto da maioria penal é norma de natureza plena e de obediência obrigatória, não podendo, nem o Estado, tampouco o adolescente infrator, se desvincular da referida proteção por vontade expressa ou tampouco tácita.

Deste modo, imperioso o reconhecimento deste instituto (“maioridade penal”) e da idade ali fixada (aos dezoito anos) como “autêntico direito fundamental localizado fora do catálogo elencado pela Constituição no Título II, pois inequivocamente vinculado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana” (TERRA, 2001, p. 57).

⁵⁷ Note-se que este tratamento diferenciado somente poderia decorrer da própria Constituição, em razão do princípio da igualdade formal, preconizado na máxima “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*, CF/88).

É, portanto, cláusula pétrea do ordenamento constitucional, estando, assim, insuscetível de mudança (no que tange à supressão ou à redução de seu alcance) por emenda decorrente de reforma constitucional.

CONCLUSÃO

Os países e os séculos em que se puseram em prática os tormentos mais atrozes são igualmente aqueles em que se praticaram os crimes mais horrendos – Cesare Beccaria.

A maioria penal é um instituto do ordenamento jurídico associado às normas de natureza penal, relativas à imputabilidade. Ou seja, a mínima idade que o Estado pode aplicar, como forma de *sanção* ao descumprimento da legislação penal, uma *pena*.

Tal instituto não está exclusivamente atrelado à elaboração de políticas criminais, mas, também, à elaboração de políticas públicas de educação.

Hoje, no Brasil, a maioria penal é fixada aos 18 (dezoito) anos por três normas diferentes – uma de caráter constitucional (art. 228, CF), e duas de caráter infraconstitucional (artigos 27, CP e 104, ECA).

A eleição da idade de dezoito anos decorre da evolução histórica do direito criminal, e, também, de tratados internacionais firmados pelo Brasil.

A redução da maioria penal é sempre tema de controvérsia.

Alegam os defensores da redução da maioria penal que (i) não há a responsabilização dos adolescentes em conflito com a lei; (ii) a idade padrão estabelecida pelo Brasil encontra-se aquém daquela definida por países desenvolvidos; (iii) que os índices de criminalidade são aumentados pela participação maciça de adolescentes infratores; e, por fim, (iv) que as medidas socioeducativas aplicadas são ineficazes e/ou insuficientes.

Contudo, a manutenção da mínima idade penal aos 18 (dezoito) anos é medida que se impõe, seja pela eficiência dos mecanismos de reinserção social aplicados aos adolescentes (previstos no ECA), seja pela impossibilidade jurídica-constitucional de sua redução.

Isso porque os argumentos utilizados pelos defensores da redução da maioria penal não prosperam, conforme demonstrado nesta obra.

i) da responsabilização criminal dos adolescentes

Há uma diferença entre “maioridade penal” e “responsabilidade criminal”.

A maioria penal no Brasil é fixada aos 18 anos (art. 228, CF/88), e implica dizer que o Estado somente pode imputar *penas e crimes*, ao agente descumpridor da lei, a partir

daquela idade. Isso, contudo, não significa *deixar de sancionar o menor de 18 anos em conflito com a lei*.

No Brasil, a responsabilização criminal tem início aos 12 anos, a teor do que prevê os artigos 101 e 112 do ECA.

Portanto, não há de se falar em *ausência de sanção* aos menores de 18 anos, mas, sim, *ausência de pena*, porquanto as sanções impostas aos adolescentes infratores denominam-se *medidas socioeducativas* (previstas nos artigos 112 e seguintes do ECA).

ii) a idade mínima penal no Brasil e no direito comparado

Em pesquisa realizada na legislação de 54 países (com os quais, todos eles, o Brasil mantém relações diplomáticas), constatou-se que 42 deles (ou seja, 79% do total pesquisado) adotam, sem variações, a maioria penal aos 18 anos.

Dos 42 países pesquisados que adotam a maioria penal aos 18 anos, 35 encontram-se com Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) considerado “muito alto”(igual ou superior a 0,800, numa escala entre 0 e 1,000) ou “alto” (igual ou superior a 0,700 e inferior a 0,799), ou seja, quase 65% do países.

iii) os índices da criminalidade juvenil

Dados do Ministério da Justiça demonstram que os crimes que envolvem menores de 18 anos, no Brasil, não alcançam 1% do total de crimes praticados no país.

Outrossim, dos delitos praticados pelos adolescentes, apenas 8,81% são crimes contra a vida (que representa 0,5% do total de homicídios no país), o que demonstra que os índices de criminalidade, ao contrário do que se sustenta, não são aumentados pela delinquência juvenil.

iv) da eficiência prática das medidas socioeducativas

As pesquisas realizadas por esta obra demonstram que menos de 20% dos adolescentes em conflito com a lei e submetidos a medidas socioeducativas eficazmente administradas e aplicadas voltam a reincidir. A média nacional alcança 54% de reincidentes.

Em contrapartida, constata-se que as pessoas submetidas e condenadas às penas previstas no Código Penal apresentam índices de reincidência superiores a 70%.

Conclui-se, e por ser, inclusive, de fácil constatação, a melhor e maior eficiência das medidas socioeducativas, previstas no ECA, do que das penas, previstas no Código Penal e em outras legislações, em termos de ressocialização e consequente diminuição da violência. Deste modo, a alteração da maioria penal, em seu rebaixamento, diminuiria a margem de aplicação do ECA, e ampliaria a aplicação de *pena* como forma de *sanção*, dando,

consequentemente, aumento ao índice de criminalidade (e não ajudando em seu enfrentamento, a contrário senso).

Ademais, além das questões jurídico-sociais, tem-se, também, que a redução da maioria penal encontra óbice nos limites materiais à reforma constitucional, por imposição do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, e, assim, ser reconhecida como “cláusula pétrea” do ordenamento jurídico.

Há, todavia, quem sustente o contrário, alegando que (i) a maioria penal não é cláusula pétrea, porquanto não inserido no rol dos direitos e garantias individuais do Título II da Constituição da República; (ii) o instituto da maioria penal é cláusula pétrea, contudo, a idade definida pelo art. 228 não está sujeita à tutela constitucional.

Tais correntes – minoritárias na doutrina constitucionalista, diga-se de passagem – não prosperam, conforme visto.

i) direitos e garantias individuais inseridos no texto esparso da Constituição

A Constituição de 1988 estabelece, em seu Título II, uma série de direitos e garantias fundamentais, que seriam inalteráveis (seja pela supressão, seja pela redução de seu alcance), por expressa disposição do artigo 60, §2º, inciso IV da mesma Constituição.

Contudo, este rol não é taxativo, existindo outros direitos e garantias fundamentais espalhados pelo texto constitucional.

Tal conclusão decorre de expressa disposição do art. 5º, §2º da Constituição: “*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*”.

Esta corrente, além de ser majoritária na doutrina constitucionalista, encontra-se pacificada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (confira-se o julgamento da ADI 939/DF, pelo plenário do STF, de relatoria do Min. Sydney Sanches, j. em 15.12.1993), de forma que a alegação não prospera.

ii) a eleição da idade de 18 anos pelo constituinte e a tutela constitucional

Segundo esta corrente, o art. 228 da Constituição não poderia ser extirpado do texto magno, por expressa disposição do §4º do artigo 60, em que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda **tendente a abolir**” (grifo nosso). Contudo, a idade ali definida (dezoito anos) poderia ser livremente alterada, porquanto o *instituto da maioria penal* ainda estaria preservado.

Como vimos, contudo, tal corrente também não prospera, porquanto a eleição da idade fora uma decisão política da Constituinte, e não meramente biológica – ou, quiçá, aleatória –,

para fins de como forma de garantir, aos menores daquela idade, prioridade absoluta na criação de políticas públicas estatais de inclusão e de recuperação infracional (GOMES NETO, 2001, p. 83).

Prospera, portanto, a corrente que entende que a maioria penal aos 18 (dezoito) anos é cláusula pétrea da Constituição, pois estritamente relacionado ao princípio da individualização das penas.

Ou seja, por mais que o constituinte não tenha previsto tal direito junto ao rol de direitos fundamentais, a referida norma está em sintonia com o que dispõe o art. 5º, inciso XLVII da Constituição. Ora, se o legislador constituinte deixou claro que as penas constantes referido inciso não serão aplicadas em território nacional, deixou ainda mais claro que, no caso do art. 228 da Constituição, os menores de 18 anos não receberão, sob qualquer hipótese, *pena*, como forma de *sanção* à transgressão da lei penal.

Conclui-se, portanto, que maioria penal fixada aos dezoito anos no Brasil deve permanecer, não só em razão da preservação da ordem constitucional (por ser o art. 228 cláusula pétrea de nossa Constituição), mas, também, em razão do atendimento ao melhor interesse dos adolescentes e da sociedade (ao propiciar-lhes melhores e maiores chances de recuperação e reinserção social).

REFERÊNCIAS

FONTES NORMATIVAS (OU PRIMÁRIAS)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**.

_____. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**.

_____. Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22**

de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

_____. Ata da 11. Reunião Ordinária da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, em 4 de maio de 1987. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Ano II, nº 308.

_____. Ata da 341. Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Ano II, nº 308.

FONTES SECUNDÁRIAS (citadas ou não)

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Tradução de J. P. Xavier Pinheiro. 13ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2013.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal: volume 1 – parte geral**. 3ª edição atual e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414. Acesso em: 01 nov. 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A impossibilidade de alteração do artigo 228 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e de seus valores democráticos**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 128-139.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

BIERRENBACH, Maria Ignês. **A idade de responsabilidade criminal dos adolescentes**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 153-158.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição, nº 33/2012. **Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106330 Acesso em: 10 maio 2014.

BRASIL (União). Levantamento Nacional sobre o Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei. **Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da**

Criança e do Adolescente. 2013. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2013>. Acesso em: 26 mai. 15.

BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos.** 4ª edição. Saraiva, 2013.

CAMATA, Rita. **Infância ameaçada.** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 195-197.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** Volume 1, parte geral. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Parecer à proposta de emenda constitucional, visando a reduzir o limite etário da inimputabilidade penal.** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 70-72.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação – Programa Justiça Jovem.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/programa_justica_ao_jovem_CNJ_2012.pdf. Acesso em: 26 maio 15.

CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. **Redução da idade de imputabilidade penal – aspectos constitucionais.** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 140-152.

COSTA, José Haroldo Teixeira da. **Reduzir a idade penal não é a solução!** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 111-117.

COUCEIRO, Julio Cezar. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 24 maio 2015.

CURY, Munir et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A razão para manter a maioria penal aos 18 anos.** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 24-29.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit.** Henchatel: Delachauxet Niestlé, 1948.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **O minidicionário da língua portuguesa**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FERREIRA, Ivette Senise. **Imputabilidade e maioridade penal**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 101-103.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhetete - do original em francês: *Surveiller et punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, Lucyellen Roberta Dias. **A medida sócio-educativa de internação e suas nuances frente ao sistema protecionista preconizado pelo estatuto da criança e do adolescente e a realidade social**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6764>. Acesso em 30 jan. 2015.

GOIÁS, Jussara de. **Inimputabilidade não é impunidade**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 118-127.

GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena no Direito Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8334>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. **Menoridade penal: cláusula pétrea?** Disponível em: <http://www.ifg.blog.br/article.php?story=20070213065503211>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. **Classificação das infrações penais**. Disponível em: <http://ifg.jusbrasil.com.br/noticias/1000051/classificacao-das-infracoes-penais>. Acesso em: 26 maio 2015.

GOMES NETO, Gercino Gerson. **A inimputabilidade penal como cláusula pétrea**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 78-92.

GRACIANI, Maria Stela Santos. **Os desafios da implantação das medidas socioeducativas no Brasil**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 159-169.

IBGE. **Vamos conhecer o Brasil**. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>. Acesso em: 02 nov. 2014.

IGREJA CATÓLICA. Papa Francisco. **Exortação Apostólica do Papa Francisco: *Evangelii Gaudium* – A Alegria do Evangelho**. Brasília: Edições CNBB, 2013.

IPEA. **Reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 25 nov. 15.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral**. Volume 1. 21ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

Juvenile Injustice. **The New York Times**, Nova Iorque, 11 de maio de 2007. Editorial. Disponível em: http://www.nytimes.com/2007/05/11/opinion/11fri2.html?_r=0. Acesso em: 02 nov. 2014.

KAHN, Túlio. **Delinqüência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo idade penal**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 198-205.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência socioeducativa – reflexões sobre a natureza jurídica das medidas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEÃO, Sônia Carneiro. **Infância, latência e adolescência: temas de psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

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

LEITE, Francisco. **Da redução da maioria penal**. Disponível em: http://www.upis.br/conteudo/revistadireito/rev_dir_vol5.pdf. Acesso em: 25 maio 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

LORENA (Município). Plano decenal de atendimento socioeducativo. **Conselho Municipal de Assistência Social e Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Lorena**. 2014.

MACIEL, Kátia. Et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAIOR NETTO, Olímpio de Sá Sotto. **Sim à garantia para a infância e juventude do exercício dos direitos elementares da pessoa humana. Não à diminuição da imputabilidade penal**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 177-194.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Nota técnica nº. 01/2015**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-divulga-parecer-sobre-maioridade-penal/nota-tecnica-no-01-2015.pdf>. Acesso em: 25 nov. 15.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 31ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito constitucional**. 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de filosofia do direito**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. **Princípio da não-culpabilidade: aspectos teóricos e práticos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3751, 8 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25467>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **A inconstitucionalidade da redução da maioria penal**. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 73-77.

Ranking IDH Global 2013. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-2013.aspx>. Acesso em: 02 nov. 2014.

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

_____. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SENADO FEDERAL. Parecer n.º. 71, de 2014. **Diário Oficial do Senado Federal**. Brasília, 26 fev. 2014. Edição n.º. 17. P. 204.

SINASE. Secretaria nacional de promoção dos direitos da criança e do adolescente. **Levantamento anual dos/as adolescentes em cumprimento de Medida Socioeducativa – 2012**. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012>. Acesso em: 02 nov. 2014.

SILVA, Damtom G. P. **Momento da aplicação do direito infracional e o respeito aos princípios da doutrina da proteção integral**. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_16_2_1_4.php>. Acesso em: 28 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A maioria penal como cláusula pétrea**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,a-maioridade-penal-como-clausula-petrea,1661563>. Acesso em: 19 maio 2015.

SOARES, Janine Borges. **A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica.** Disponível em <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **A construção social e teórica da criança no imaginário jurídico.** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 104-110.

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Idade penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o Código de 1969.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5958>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. GRAU, Eros Roberto. **A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal.** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 93-100.

TERRA, Eugênio Couto. **A idade penal mínima como cláusula pétrea.** In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade: mitos e verdades.** Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. PP. 30-69.

UNODC. **Manual for the Measurement of Juvenile Justice Indicators.** New York: UNODC, 2010.

UNICEF. **Porque dizer não à redução da maioridade penal.** Brasília: UNICEF, 2011. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/idade_penal/unicef_id_penal_nov2007_completo.pdf. Acesso em: 01 nov. 2014.

VIEIRA, Flávia do Amaral. **A importância do princípio da excepcionalidade na aplicação da Medida Socioeducativa de Internação.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10005>. Acesso em: 30 jan. 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em: 31 out. 2014.