

CIÊNCIAS PENAIS

Revista da Associação Brasileira
de Professores de Ciências Penais

• Ano 4 • n. 7 • jul.-dez./2007

Associação Brasileira de Professores
de Ciências Penais

© edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo

São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Visite nosso site

www.rt.com.br

editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica:

Microart Com. Ed. Eletrônica Ltda., CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento:

Copiart – Gráfica e Editora Copiart Ltda., CNPJ 79.489.043/0001-32



EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

I. DOCTRINA ESTRANGEIRA

1. El finalismo y la moderna concepción de las causas de justificación
José Cerezo Mir 9
2. El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional
Mónica Zapico Barbeito 40
3. Modificaciones jurídico-penales de la Lo 1/2004 de medidas
de protección integral contra la violencia de género
Ricardo M. Mata y Martín..... 61
4. Os crimes sexuais no direito internacional penal
Sónia Fidalgo..... 93

II. DOCTRINA NACIONAL

1. Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no pro-
cesso penal brasileiro: à luz da teoria da ação comunicativa
habermasiana
Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo 109
2. Ministério Público e o controle penal da corrupção. A Promotoria
Anticorrupção (Ferderc) na Espanha: do modelo formal ao mo-
delo construído
Bruno Amaral Machado..... 123
3. Menoridade penal
Douglas Bonaldi Maranhão e Luís Roberto Gomes 146
4. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes con-
tra o patrimônio genético humano
Gisele Mendes de Carvalho e Érika Mendes de Carvalho..... 182
5. Algumas considerações sobre a crueldade contra os animais na
Lei 9.605/98
Luciana Caetano da Silva e Gilciane Allen Baretta 212

3

Menoridade penal

DOUGLAS BONALDI MARANHÃO

Professor na UNIFIL e na Faculdade Arthur Thomas. Especialista em Filosofia Política e Jurídica e em Direito e Processo Penal pela UEL. Mestrando em Direito Penal pela UEM. Advogado.

LUÍS ROBERTO GOMES

Professor na Associação Educacional Toledo. Mestrando em Direito Penal pela UEM. Procurador da República.

RESUMO: O presente artigo busca analisar aspectos referentes à menoridade penal, desde a sua determinação dogmática até as questões no campo da realidade fática. Tem-se como princípio norteador do presente exame a interdisciplinaridade com que deve ser tratada a matéria, uma vez que as questões que se vinculam junto ao tema transcendem a seara jurídica. Ponto abordado neste artigo é que se mostra latente na sociedade brasileira é o debate que gira em torno da diminuição da menoridade penal. Certo que para se alcançar uma resposta acertada quando a possibilidade ou não de se diminuir a menoridade penal, faz-se uma análise da sua regulamentação ao longo da história brasileira e também dos sistemas que servem para fundamentar a sua determinação. Após esses delineamentos, apresentar-se-á uma série de apontamentos críticos que visam subsumir o debate teórico à realidade que se apresenta.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade – Menor – Menoridade – Imputabilidade – Pena.

RESUMEN: El presente artículo busca analizar aspectos concernientes a la minoridad penal, desde su determinación dogmática hasta las cuestiones en el campo de la realidad fáctica. Se tiene como principio orientador del presente estudio la interdisciplinaridad con que debe ser tratada la materia, una vez que las cuestiones que se vinculan junto al tema trascienden la esfera jurídica. Punto abordado en este artículo y que se muestra latente en la sociedad brasileña es el debate que gira en torno de la disminución de la minoridad penal. Certo que para se alcanzar una respuesta acertada cuanto la posibilidad o no de se disminuir la minoridad penal, se hace una análisis de su reglamentación al largo de la historia brasileña y también de los sistemas que sirven para fundamentar su determinación. Después de esos delineamientos, se expone una serie de apuntes críticos que visan subsumir el debate teórico a la realidad que se presenta.

PALABRAS-CLAVE: Culpabilidad – Menor – Minoridad – Imputabilidad – Pena.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A regulamentação da menoridade na legislação brasileira: evolução histórica – 3. A menoridade penal na doutrina brasileira – 4. Sistemas de determinação da menoridade penal: 4.1 Considerações iniciais; 4.2 Sistema biológico; 4.3 Sistema psicológico; 4.4 Sistema biopsicológico – 5. Redução da menoridade penal: 5.1 Aspectos político-criminais; 5.2 Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90; 5.3 O debate teórico perante a realidade fática – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO¹

A menoridade penal é tema de importância indiscutível no cenário nacional, tanto pelo debate legal, jurisprudencial e doutrinário, quanto pela constante repercussão que produz na sociedade. As discussões acerca da criminalidade juvenil, tendo como um dos pontos nucleares a redução da menoridade penal, são marcadas por questões que transcendem a seara jurídica, necessitando do intérprete uma construção interdisciplinar da sua reflexão.

No desenvolvimento do presente estudo, elencam-se os pontos que têm suscitado maior discussão na doutrina nacional hodierna, entre tantos que surgem, quando do seu aprofundamento, com o desiderato de pinçar os tópicos de maior relevância, que podem fazer com que o leitor encontre subsídios para um adequado direcionamento nessa matéria tão intrincada e polêmica.

Com base nessa proposta, parte-se inicialmente do exame da construção histórica do instituto da menoridade penal na legislação brasileira. Expõe-se, em seguida, o posicionamento da doutrina nacional perante as questões mais polêmicas, envolvendo a menoridade penal, inclusive sobre a viabilidade de sua redução no contexto histórico-social atual. Na sequência, são examinados os sistemas que têm sido utilizados ao longo do tempo, para aferição da capacidade de culpabilidade em face dos menores, no Brasil e em outros países, destacando-se as peculiaridades de cada um deles.

Por fim, cuida-se de discorrer sobre a menoridade penal na seara político-criminal, apresentando análise crítica acerca de diversos pontos, aventada atualmente no cenáculo nacional e internacional, quanto à redução da menoridade e suas implicações diante da realidade fática. As ponderações terão por fim apontar algumas falácias existentes nesse debate, bem como fomentar a discussão sobre qual campo deverá servir de base para o alcance de resultados realmente eficientes no combate à criminalidade juvenil.

1. Trabalho apresentado em julho de 2007, como requisito parcial para avaliação na disciplina Teoria da Norma e do Injusto Penal Ambiental, ministrada pelo professor Dr. Luiz Regis Prado, no Mestrado em Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá-PR.

2. A REGULAMENTAÇÃO DA MENORIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Analisando o tratamento do imaturo nas práticas normativas da Antiguidade, afirma a doutrina que, embora o estado de menoridade não tenha sido regulado com precisão no curso histórico, observa-se a predominância, nas culturas, pelos textos conhecidos de menor censura às infrações praticadas por eles, podendo-se mencionar, entre outros, o velho Código Liu-Hin-Pin (400 a.C.), que previa a possibilidade de serem agraciados os menores de oito anos, juntamente com os maiores de 80 anos e os alienados mentais, que cometessem infrações; e a Lei das XII Tábuas, que assinalava a diferença entre o delinqüente adulto e o delinqüente juvenil.²

Observa-se que o pensamento do direito romano teve influência decisiva em outras legislações, fazendo-se sentir nos critérios adotados para a aferição da inimputabilidade, resumidos em três fases: a) uma que não estabelece uma responsabilidade certa e absoluta; b) uma que separa a menoridade em períodos (o de absoluta inimputabilidade e o de imputabilidade duvidosa); c) uma em que se pressupõe, durante certo período, a incapacidade criminal sem necessidade de qualquer prova em contrário.³ No Direito romano, a figura da puberdade e a máxima *malitia supplet aetatem* autorizavam a punição no regime comum quando o adolescente tivesse demonstrado desonestidade, em termos de igualdade com um adulto.⁴

Na Idade Média, o comportamento do *direito penal* com os menores refletiu o obscurantismo daquele período, quando se utilizaram penas corporais severas, mutilações e outras reprimendas físicas, acreditando-se os castigos serem adequados para instruir e melhorar o aprendizado e a disciplina, destacando-se a falta de critérios menos impulsivos.⁵ Outros textos legais podem ser apontados sem que tragam, porém, qualquer alteração no rumo seguido pelos legisladores da Idade Média e séculos seguintes: certo impulso para proteção desvinculado de uma atitude mais sólida. A *Constitutio Carolina* (1532), por exemplo, embora eximisse da pena de morte os menores até 14 anos, admitia a pena corporal para o delito de roubo. As *Ordonnances de Luís IX*, ao cuidarem da blasfêmia, aplica-

vam ao menor a correção com chicotadas, a multa e a prisão, enquanto para o adulto havia pena de morte.⁶

No Brasil, as Ordenações Filipinas, de 11.01.1603, que tiveram vigência por quase dois séculos, de 1632 a 1830, quando adveio o Código Criminal do Império, traziam em seu bojo a menoridade, no capítulo relativo à responsabilidade penal.⁷ Previam a aplicação de pena integral aos maiores de 20 anos, remanescendo ao arbitrio do julgador a redução do castigo no caso de ser o agente maior de 17 e menor de 20 anos. Nesse caso, dever-se-ia levar em conta o modo com que o crime foi cometido, suas circunstâncias e a pessoa do menor, podendo-se aplicar a sanção integralmente se o menor demonstrasse suficiente malícia. Era possível, portanto, a aplicação da pena capital ao menor entre 17 e 20 anos, dependendo do delito e das circunstâncias do caso concreto. Era, porém, vedada a pena de "morte natural"⁸ aos menores de 17 anos, permitindo-se ao magistrado substituí-la por outra de espécie diversa.

O Código Criminal de 1830 estabeleceu, em seu art. 10, que: "Também não se julgarão criminosos: § 1.º os menores de 14 anos; § 2.º os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos, e neles cometerem o crime; § 3.º os que cometerem crimes violentados por força ou por medo irresistíveis; § 4.º os que cometerem crimes casualmente, no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com atenção ordinária".

6. Idem, *ibidem*, p. 24-25.

7. O Título CXXXV do Livro Quinto das Ordenações Filipinas dispunha: "Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem. Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se for de idade de dezasete annos até vinte, ficara ao arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em este caso olhara o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido e as circunstâncias delle, e a pessoa do menor; e se achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-ha, postoque seja de morte natural. E parecendo que não a merece, poder-lhe-ha diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido. E quando o delinqüente for menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum" (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 208-209).

8. Note-se que, no sistema das Ordenações Filipinas: a "morte natural" ou "morte simples" era a que permitia apenas a perda da vida, sendo o enterro logo depois da execução, enquanto a "morte atroz" significava que o sentenciado, depois de morto, era ainda açoitado, queimado ou esquartejado, além de se confiscarem seus bens, e de lhe proscieverem a memória. Por sua vez, a morte "cruel" era caracterizada por sofrimento prévio mediante tortura, ou seja, a vida era tirada lentamente, entremeada de suplícios. A morte civil, por fim, eliminava a vida civil e os direitos de cidadania (Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 57-58).

2. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: RT, 1992. p. 17-19.

3. Idem, *ibidem*, p. 22.

4. Idem, *ibidem*, p. 70.

5. Lembra-se que "a falta de critérios menos impulsivos deveu-se também ao pouco imponente acervo de realizações científicas no período feudal. Um método utilizado, na Inglaterra e na Itália de antigamente, para conhecer se a criança agira ou não com discernimento, era a prova da maçã de Lubecca, que consistia em oferecer uma maçã e uma moeda. Escolhida esta última, estava provada a malícia e anulada qualquer proposta legal com tons de proteção. Por isso, encontram-se narrativas sobre a pena capital recaindo em crianças de dez e onze anos" (MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op. cit.*, p. 24).

Embora referido diploma não tenha feito mais do que reconhecer uma velha verdade, consagrada pela história em todos os períodos culturais do direito penal, qual seja a de reconhecer a necessidade de tratamento diferente aos menores, como afirmou Tobias Barreto, incidiu num erro de método, que foi reunir em uma só categoria diversas classes de sujeitos irresponsáveis, que não se deixam reduzir a um denominador comum, tendo o Código confundido "a *imputatio iuris* ou *impossibilitas*, cuja falta caracteriza os menores e os mentecaptos, com a *imputatio facti*, que não se faz valer para com os mencionados nos §§ 3.º e 4.º do citado artigo".⁹ O mais criticado pela doutrina, porém, foi o art. 13,¹⁰ que adotou a denominada *teoria do discernimento*, de difícil apreciação pelo juiz e facilmente conduzível a abusos.¹¹ Por força de reportado dispositivo os menores de 14 anos eram tidos como inimputáveis, exceto se obrassem com discernimento. Nesse caso, seriam recolhidos em casa de correção por tempo determinado pelo juiz, não podendo superar, entretanto, a idade de 17 anos nessa condição. Ademais, como observou Magalhães Noronha, "um menor, contando quatorze anos e um dia, estava sujeito a ser condenado à prisão perpétua".¹²

Igualmente, o Código Penal da República, de 1890, continuou apegado ao *discernimento*.¹³ Com efeito, em seu art. 27, § 1.º, estabelecia não ser criminoso o menor de 9 anos, bem como o maior dessa idade e menor de 14 anos, que tivesse agido sem discernimento (art. 27, § 2.º). Além disso, dispunha que os maiores de 9 anos e os menores de 14, que tivessem obrado com discernimento, seriam recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que o juiz entendesse pertinente, contanto que não fossem excedidos os 17 anos no recolhimento.

O art. 27, § 1.º, do CP da República, foi derogado, em 05.01.1921, pela Lei 4.242, excluindo-se o menor de 14 anos de qualquer responsabilidade penal, seja por crime, seja por contravenção, findando a regra de avaliação pelo *discernimento*.

9. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Campinas: Romana, 2003. p. 45-46.

10. "Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete annos."

11. Tobias Barreto aduz ser fácil compreender que, "se o legislador pátrio houvesse haurido com mais cuidado nas fontes romanas, outros teriam sido os seus preceitos a respeito dos menores, pelo menos no que pertence ao vago *discernimento*, de que trata o art. 13, e que é possível na falta de restrição legal, ser descoberto pelo juiz até em uma criança de cinco annos!" (Op. cit., p. 56). Galdino Siqueira resalta que "bastaria, para torná-lo inaceitável, o demasiado arbítrio que confere ao juiz para conhecer do estado ou não de imputabilidade" (SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. p. 402-403. t. I).

12. MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 170.

13. Idem, *ibidem*.

Na mesma linha, o Dec. 17.943-A, de 12.10.1927, que consolidou as leis de assistência e proteção a menores e constituiu o Código de Menores, previu que o menor de 14 anos não seria "submetido a processo penal de espécie alguma", devendo a autoridade competente apenas registrar as informações sobre o fato punível e seus agentes, o estado físico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor, ou pessoa em cuja guarda vivesse (art. 68). Curiosamente, mesmo em caso de *absolvição*, o juiz ou tribunal poderia sujeitar o menor à liberdade vigiada, ou entregá-lo ao responsável mediante condições, como a aprendizagem de um ofício ou arte, a abstenção de bebidas alcoólicas, a frequência escolar, e a garantia de bom comportamento, sob pena de suspensão ou perda do pátrio poder ou destituição de tutela (art. 73).

Nesse caso, observa-se ainda que as consequências jurídicas, advindas do descumprimento das condições impostas ao *menor absolvido*, atingiriam terceira pessoa, ou seja, o pai, o tutor ou o detentor da guarda, ao arrepio dos mais comezinhos princípios penais. Ainda se estabelecia, no referido diploma, que o menor entre 18 e 21 anos seria, durante o cumprimento da pena e durante a menoridade, completamente separado dos maiores (art. 77). Mesmo no caso de ser imputado crime considerado grave pelas circunstâncias do fato e condições pessoais do agente que contasse com mais de 16 e menos de 18 anos ao tempo do crime, sendo ele perigoso, ainda assim deveria a pena ser cumprida em estabelecimento para condenados de menor idade, ou, na falta deste, em prisão comum com separação dos condenados adultos (art. 71). Aliás, não se poderia recolher nenhum menor de 18 anos, por qualquer motivo, à prisão comum (art. 86), salvo em caso de absoluta necessidade, pela impossibilidade material de encontrar quem pudesse acolher provisoriamente o menor, caso em que poderia permanecer na prisão comum, desde que separado dos presos adultos (art. 86, § 3.º). Além disso, o menor autor ou cúmplice de fato qualificado, como crime ou contravenção que contasse com mais que 14 e menos que 18 anos, seria submetido a processo especial (art. 69), sendo sempre secreto (art. 88). A idade de 18 a 21 anos constituía circunstância atenuante (art. 76).

Na seqüência, a Consolidação das Leis Penais, instituída pelo Dec. 22.213, de 14.12.1932, manteve a menoridade em 14 anos, assentando expressamente que "não são criminosos os menores de 14 anos" (art. 27, § 1.º); que o cumprimento da pena, durante a menoridade, seria em separado dos presos maiores (art. 49, parágrafo único); que haveria a atenuante da menoridade (art. 42, § 11). Estabeleceu que, quando fosse o adolescente maior de 16 anos e menor de 18, o juiz aplicaria as penas estabelecidas no Código de Menores, salvo no caso de crime considerado grave pelas circunstâncias do fato e condições pessoais do agente, considerado perigoso, caso em que se aplicaria o disposto no art. 64¹⁴ da Consolidação das Leis Penais (art. 65).

14. "Art. 64. A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuser à tentativa pena especial, será aplicada integralmente essa pena à cumplicidade."

O Código Penal de 1940, por sua vez, decretou que “os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (art. 23). Posteriormente, a Lei 6.697, de 10.10.1979 (Código de Menores), revogou a legislação anterior e manteve a *inimputabilidade absoluta* até os 18 anos de idade.

A Lei 7.209, de 11.07.1984,¹⁵ que reformou o Código Penal de 1940, alterou a redação do art. 23 desse diploma, operando correção terminológica que substituiu o termo “irresponsáveis” pelo termo “inimputáveis”, este tecnicamente mais adequado que aquele.

A Constituição Federal de 1988, incorporando os postulados da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, estabeleceu, em seu art. 227, que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Previu que o direito à proteção especial abrangerá, entre outros, os aspectos da “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica” (art. 227, § 3.º, IV), e da “obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade” (art. 227, § 3.º, V). Estabeleceu ainda que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (art. 228), afirmando-se, com isso, que “a matéria deixou de ser da lei ordinária para passar ao plano constitucional”.¹⁶

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, encampando os postulados da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, resultou em uma mudança paradigmática no direito brasileiro no trato da questão da

infância e da juventude, reconhecendo na criança e no adolescente a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e conferindo-lhes o *status* de sujeitos de direitos, de forma que a atribuição de responsabilidade se dá consoante sua condição, sem confundir-se inimputabilidade penal com impunidade.¹⁷

Para se ter idéia em qual contexto se desenvolveu a construção legislativa brasileira no que tange às influências latino-americanas, é de bom alvitre trazer a lume a identificação feita por Emilio García Méndez quanto a três grandes etapas pelas quais afirma o trânsito do tema da responsabilidade penal dos menores.¹⁸

Uma primeira etapa, a do *tratamento penal indiferenciado*, que se estende desde o nascimento dos “Códigos Penais de Corte” nitidamente retribucionistas do século XIX, até 1919, é caracterizada por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos.¹⁹ Destarte, com exceção dos menores de sete anos, que se consideravam absolutamente incapazes como na velha tradição do direito romano, a única diferenciação dos menores de 7 a 18 anos consistia geralmente na diminuição da pena em um terço em relação aos adultos, mas cumprida na mais absoluta promiscuidade, regras tais que prevaleciam sem exceções.²⁰ No Brasil, identifica-se essa fase com as Ordenações Filipinas, o Código Penal do Império (1830), e o primeiro Código Penal Republicano (1890).²¹

17. Cf. SARAIVA, João Batista Costa. O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo nem direito penal máximo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 48/123-145, São Paulo, RT, 2004.
18. Cf. GARCÍA MENDEZ, Emilio. Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 48/230-233, São Paulo, RT, 2004.
19. *Idem*, p. 230.
20. *Idem*, p. 230-231.
21. Nos Códigos Penais espanhóis de 1822 e de 1848 se estabeleceram respectivamente os limites de idade de 7 e de 9 anos, abaixo dos quais os menores eram isentos de responsabilidade criminal, havendo uma margem de idade (dos 7 aos 12 anos no Código Penal de 1822 e de 9 a 15 anos no de 1848), em que se aplicava o critério do discernimento. No Código Penal de 1848 ao maior de 9 e menor de 15 anos que tivesse obrado com discernimento se aplicava uma atenuante privilegiada, enquanto ao menor de 15 a 18 anos se aplicava uma atenuante ordinária. Combinava-se, portanto, o sistema dos limites objetivos de idade com o critério do discernimento. Os Códigos Penais dos restantes países europeus, no século XIX, seguiam um sistema similar ao Código Penal espanhol de 1848. No Código Penal francês de 1810, o Código de Napoleão, se estabelecia a maioridade penal plena aos 16 anos; até essa idade o menor incorria em responsabilidade penal conforme obrasse ou não com discernimento. No Código Penal alemão de 1870 se declaravam isentos de responsabilidade penal os menores de 12 anos; os maiores de 12 e menores de 18 incorriam em responsabilidade penal se tivessem agido com discernimento e, neste caso, se apreciava uma atenuação obrigatória da pena. Discutia-se na ciência do Direito Penal espanhol e de outros países se o discernimento consistia na capacidade

15. Da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, publicada em 29.03.1984, extrai-se o seguinte excerto sobre imputabilidade penal: “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”.

16. REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 212.

Uma segunda etapa, que se denomina de *caráter tutelar*, teve origem nos Estados Unidos, no fim do século XIX, liderada pelo chamado Movimento dos Reformadores, e influenciou rapidamente todos os países da Europa ocidental. Vigorou na América Latina a partir de 1919, com a legislação argentina, e espalhou-se, em 20 anos, por todos os países da América Latina, com a principal característica de promover a separação de menores e adultos, acabando com a promiscuidade do sistema anterior.²² Inicia-se, no Brasil, com a edição da Lei 4.242, de 05.01.1921, que acabou com a regra de avaliação pelo *discernimento*, mencionando-se, outrossim, o Dec. 17.943-A, de 12.10.1927, que instituiu o Código de Menores.

A terceira etapa é inaugurada pela aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança,²³ consubstanciada na *separação*, na *participação* e na *responsabilidade*, inaugurando-se na América Latina com o Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil (ECA), que constitui “a primeira inovação substancial latino-americana a respeito do modelo tutelar de 1919”, até porque, de 1919 a 1990, as reformas às leis de menores “constituíram apenas variações da mesma melodia”²⁴

Atualmente, no cenário latino-americano, tem-se quase que prioritariamente a determinação da imputabilidade penal a partir dos 18 anos de idade.²⁵ Dessa forma, tem-se uma proximidade grande quando da análise dos países latino-americanos, no que tange à fixação da imputabilidade penal, uma vez que questões

de conhecer a imoralidade, a ilicitude ou a punibilidade da conduta. Tal regulação foi objeto de severas críticas e as razões coincidiam substancialmente em todos os países, tendo em vista que os menores, enquanto aguardavam em prisão preventiva a determinação de ter agido ou não com discernimento, sofriam com o efeito corruptor do cárcere (Cf. CEREZO MIR, José. *Derecho penal*. Parte general. São Paulo: RT; Lima: Ara, 2007. p. 936-937 (*Obras completas I*)).

22. Não obstante, observa Emilio García Méndez que “uma análise crítica permite pôr em evidência que o projeto dos Reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, consistiu em um compromisso profundo com aquele. As novas leis e a nova administração da justiça de menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de sequestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual a cada ‘patologia’ social deveria corresponder uma arquitetura especializada de clausura, só foi alterada em um único aspecto: a promiscuidade” (GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Adolescentes...* cit., p. 231).
23. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984, foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23.05.1989, e promulgada pelo Dec. 40, de 15.02.1991 (Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 670).
24. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Adolescentes...* cit., p. 232.
25. Como exemplo, entre os países latino-americanos que fixam a imputabilidade penal nos 18 anos de idade tem-se: Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Fixa a imputabilidade penal nos 16 anos de idade a Bolívia.

metajurídicas influem de maneira generalizada esses países, sendo que os problemas aventados quanto à criança e ao adolescente, no Brasil, diante da realidade que os circunda, acabam por ser semelhantes aos países latino-americanos.

Como se percebe, existe quase que um consenso no que tange à definição da imputabilidade penal no modelo latino-americano.²⁶ Esta similitude se dá não somente pelo fato de a imputabilidade penal estar fixada, ainda que com poucas exceções, na idade de 18 anos, mas também pelo fato de diversos países, além do Brasil,²⁷ possuírem, no seu ordenamento jurídico, estatutos próprios para regulamentar as questões atinentes à criança e ao adolescente, como a Argentina, o Equador, o Paraguai, o Uruguai e a Venezuela.²⁸

3. A MENORIDADE PENAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

A doutrina pátria, de um modo geral, acolhe acertadamente o *critério biológico* como sendo o mais adequado à fixação da menoridade penal, criticando o sistema do denominado *discernimento*, que teve vigência no direito pretérito. Não obstante, registram-se posições pela volta ao sistema biopsicológico.

Para Edson Arruda Camara, a idade mental e a idade cronológica podem não corresponder necessariamente, pois, segundo ele, há pessoas com mais de 18 anos sem capacidade de entender o caráter delituoso do que praticou ou de querê-lo, e, ao revés, há quem tenha menos de 18 anos e saiba, perfeitamente, o que fez e o que quis. Diante disso, sustenta “o alargamento do ponto etário legal (o que deve ser promovido de forma homogênea, tanto para cima como para baixo do ponto etário fixado pela lei vigente), seja dito ponto (18 anos) transformado em uma faixa que abranja as idades dos 16 aos 21 anos”. Abaixo dessa faixa, segundo o autor, o indivíduo seria inimputável; acima dela, presumidamente imputável. Dentro da faixa apontada (16 aos 21 anos), “o indivíduo seria necessariamente perquirido (com disposição legal nesse sentido), por peritos que dirão se o agente possuir – ou não – a idade mental correspondente

26. Pautando-se em aspectos que extrapolam o debate jurídico João Benedito de Azevedo Marques entende que “se na legislação comparada e latino-americana a idade limite para a responsabilidade penal é fixada aos 18 anos, não há nenhuma razão que justifique a redução no Brasil” (MARQUES, João Benedito de Azevedo. *Marginalização: menor e criminalidade*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1976. p. 10).
27. Pode-se afirmar que “o modelo da responsabilidade penal dos adolescentes do Brasil transcendeu rapidamente as fronteiras nacionais e influenciou notavelmente posteriores processos de reforma legislativa na região” (GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Adolescentes...* cit., p. 234).
28. Quanto à fixação da imputabilidade penal, Luiz Eduardo Pasquim aduz que existe “predomínio indiscutível da idade de 18 anos para a imputabilidade penal. Dizia-se, há algum tempo, entre aqueles contrários à redução da idade penal para 16 anos, que em pelo menos 60 das civilizações mais civilizadas do mundo, 18 anos é a idade adotada” (PASQUIM, Luiz Eduardo. *Memoridade penal*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 155).

à legal, cronológica, sendo, portanto, imputável ou não”.²⁹ No mesmo sentido, manifestando preferência por um critério misto e não puramente cronológico, Guilherme de Souza Nucci argumenta que, “do mesmo modo que se verifica a sanidade de alguém por intermédio de perícia, poder-se-ia fazer o mesmo quanto aos maiores de 14 ou 16 anos. Se fossem considerados aptos a compreender o ilícito, deveriam ser declarados imputáveis, ainda que tenham tratamento especial em jurisdição específica, ser for preciso”.³⁰

O debate mais acalorado, entretanto, dá-se na discussão da viabilidade ou não de se reduzir para menos de 18 anos o limite hoje vigorante no Código Penal. Paulo José da Costa Júnior, por exemplo, afirma ser notório que as condições sociais de 1940, quando se fixou o limite mínimo da imputabilidade penal aos 18 anos, já não são as de hoje, pois tudo mudou, segundo o autor, “de forma radical e sensível: as condições sociais, que possibilitam condutas permissivas; os meios de comunicação de massa, com a influência poderosa da televisão, ensinam ao jovem conhecer amplamente o mundo; e assim por diante”.³¹ Por via de consequência, conclui que o pressuposto biológico não será mais o mesmo, e que o jovem de hoje, aos 16 anos, costuma ter plena capacidade para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, reconhecendo, porquanto, pelo retrocesso no limite da imputabilidade penal. Porém ressalva que isso deve se dar em condições peculiaríssimas, mencionando a necessidade de uma justiça penal aplicada e executada por um tribunal especializado, em que a pena, que não perderá seu caráter aflagrante, deverá ter natureza eminentemente pedagógica.³²

Também nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, embora reconheça que não é a redução da maioridade penal que poderá solucionar o problema do aumento do crime no País, afirma que é recomendável, uma imposição natural, para adaptar a lei penal à realidade, já que “o menor de 18 anos já não é o mesmo do início do século, não merecendo continuar sendo tratado como pessoa que não tem noção do caráter ilícito do que faz ou deixa de fazer, sem poder conduzir-se de acordo com esse entendimento”.³³

Álvaro Mayrink da Costa, embora não se posicione efetivamente, num exercício de futurismo, observa que “a tendência da legislação é no sentido de fixar a capacidade de culpabilidade dos menores em 16 anos de idade”.³⁴ Doutro lado, Julio Fabbrini Mirabete afirma que a presunção de inimputabilidade aos 18 anos

se justifica, “pois o menor de 18 anos não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter”.³⁵ Igualmente, Francisco de Assis Toledo, embora tenha em mente que nada indique que a idade de 18 anos seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autode-terminação, julga ser, entretanto, “um limite razoável de tolerância”, inclusive recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, tanto que a maioria dos países, com pequenas variações, para mais ou para menos, fica em torno dele.³⁶

Para René Ariel Dotti, “não colhe o argumento no sentido de que, podendo exercer a faculdade de voto o maior de 16 e menor de 18 anos também poderia ser responsabilizado perante o CP”.³⁷ Nesse sentido, Maria Auxiliadora Minahim deduz que o fato de se ter uma juventude mais participativa, com mais oportunidades de expressão, inclusive de praticar crimes, não implica na negação, nessa mesma juventude, das limitações naturais de ser em crescimento.³⁸

35. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 214.

36. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 320-321. Afirma o autor: “E isso tem razão de ser. Ninguém, ao nascer, traz insculpidas no espírito as regras precisas do comportamento lícito. É necessário, pois, aprendê-las. Por isso mesmo, o crime é um fenômeno cultural. Aquilo que seria absolutamente normal em uma ilha deserta para um indivíduo isolado (apanhar frutas de qualquer árvore, apossar-se de tudo que lhe aprouvesse, destruir o que se lhe apresentasse como hostil ou desagradável etc.) pode ser um grave crime na vida em sociedade. Ora, a criança é um ser inicialmente ilhado. Precisa ver e aprender para que possa ‘bem comportar-se’ no interior da comunidade que brevemente irá impor-lhe desde a forma correta de mastigar, de vestir-se, até o modo de comportar-se perante as coisas e as pessoas. É, na verdade, um duro aprendizado esse de ter que conter apetites e impulsos naturais diante de certas regras ou normas de conduta impostas de fora. Isso justifica, a nosso ver, os limites de idade inicialmente referidos, visto como salta aos olhos que o menor deve realmente ter um tratamento especial, mediante legislação especial. Se essa legislação estiver desatualizada ou apresentar deficiências, a questão é aprimorá-la e não, como por vezes se proclama, reduzir-se os limites para uma simplista extensão do reconhecidamente falho sistema penitenciário que aí está aos que ainda se encontram na puberdade, a respeito dos quais, por princípios, recusamos admitir um juízo de prognose cético, definitivo”.

37. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 414.

38. Op. cit., p. 116. Observa a autora que a imputabilidade considera a vontade sob um aspecto normativo, não se tratando mais daquela vontade natural presente na conduta humana, que deve ter relevância jurídica. “Esta há ser plena, formada, e não débil e influenciável; há de ser capaz de expressar um ser humano na realização de si mesmo, e, por isso, capaz de conformar-se com o imperativo da ordem de direito” (idem, p. 115-116).

29. CAMARA, Edson de Arruda. *Inimputabilidade*. Brasília: Consulex, 2002. p. 88.

30. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 283-284.

31. COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 122.

32. COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 122.

33. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 283.

34. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. Parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2, p. 1.126.

Em relação às propostas no sentido de que a menoridade penal seja modificada, para que somente sejam considerados inimputáveis os menores de 14 ou de 16 anos, Ney Moura Teles assevera que "propostas como essas, longe de resolver qualquer problema da espécie existente no país, constituem verdadeiro engodo, e só podem ser compreendidas dentro da ideologia da corrente da lei e da ordem".³⁹

Eros Grau e Goffredo da Silva Telles Júnior aduzem que a proposição da redução da maioridade penal não trará nenhum benefício à sociedade, além de ser flagrantemente inconstitucional, sendo um ardil, uma afronta ao Estado Democrático de Direito, que submeterá jovens a tratamento cruel e degradante, porque os colocará em contato com criminosos adultos, "sem nenhum critério e desconsiderando características individuais e peculiaridades decorrentes de seu desenvolvimento físico e mental incompleto".⁴⁰

César Barros Leal argumenta que os que propõem reduzir a idade da responsabilidade penal para 16 anos propalam que isso repercutiria na diminuição da criminalidade, argumento sob todos os títulos equivocado e falacioso, até porque ao decréscimo da delinquência juvenil corresponderia por consequência o acréscimo da delinquência adulta.⁴¹

Afere-se, também, que boa parte da doutrina julga que o preceito penal delimitador da menoridade "resulta menos de um postulado de psicologia científica do que um critério de política criminal",⁴² tratando-se de mera ficção, "pois nenhum critério científico pode demarcar o exato momento em que se dá o pleno desenvolvimento de sua personalidade moral".⁴³ Há, entretanto, quem considere a idade, por ser extremamente variável em face do ramo do Direito em que se insere, "um dado sem embasamento científico, fruto do arbítrio do legislador".⁴⁴

Outra discussão presente na doutrina pátria é se a Constituição Federal, ao fixar a menoridade penal aos 18 anos (art. 228), o fez por meio de cláusula pétrea ou não. Para uns, a tese de redução da maioridade seria inconstitucional,

39. TELES, Ney Moura. *Direito penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 287.

40. GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JR., Heitor. *Idade da responsabilidade penal: a falácia das propostas reducionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 32.

41. A redução da idade da responsabilidade penal como instrumento de vitimização de adolescentes infratores. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JR., Heitor. (Org.). *Idade da responsabilidade penal...* cit., p. 13.

42. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1, p. 514. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 361; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 320.

43. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 363.

44. CAMARA, Edson de Arruda. Op. cit., p. 52.

haja vista que o direito insculpido no art. 228 da Constituição constitui cláusula pétrea, pelo inegável conteúdo de direito e garantia individual, referido no art. 60, IV, como insuscetível de emenda. Tal pretensão violaria ainda o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, no qual está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da convenção, cujo texto se faz lei interna de caráter constitucional à luz do § 2.º do art. 5.º da CF brasileira.⁴⁵

Em sentido contrário, Rogério Greco aduz que: "Em que pese a inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incs. I a IV do § 4.º do art. 60 da Carta Magna. A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal do texto da Constituição Federal é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda a menoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária".⁴⁶

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci acrescenta que: "A maioridade penal, além de não ser direito fundamental em sentido material (não há notícia de reconhecimento global nesse prisma), também não o é no sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição".⁴⁷

Há também quem, embora não considere o art. 228 da Constituição como cláusula pétrea, mas dispositivo baseado em critério político criminal, seja contrário à redução da maioridade.⁴⁸

Perfilha-se aqui o entendimento de que a redução da menoridade envolve inevitavelmente matéria de política criminal. No entanto, há que se respeitar a base interdisciplinar do assunto, que não se esgota na seara penal, não havendo

45. SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit., p. 129. No mesmo sentido: VITAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 18/91, São Paulo, RT, 1997; DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 413; GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. Op. cit., p. 29-30; GOMES NETO, Gercino Gerson. A inimputabilidade penal como cláusula pétrea. A redução da idade da responsabilidade penal como instrumento de vitimização de adolescentes infratores. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JR., Heitor. (Org.). Op. cit., p. 39-50; LOCHE, Adriana Alves; LEITE, Antônio José Maffezoli. Redução da imputabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, n. 37, ano 10, p. 258, São Paulo, jan.-mar. 2002; MASSA, Patrícia Helena. A menoridade penal no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, ano 1, n. 4, p. 130, São Paulo, out.-dez., 1993.

46. GRECO, Rogério. *Direito penal: lições*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 392.

47. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 283.

48. Nesse sentido: REALE JR., Miguel. Op. cit., p. 212; PASCUIM, Luiz Eduardo. Op. cit., p. 144.

fundamento científico plausível que justifique o rebaixamento da idade da imputabilidade, conforme se exporá mais detalhadamente adiante.

Ademais, a política criminal hodierna foi traçada pelo legislador constituinte na forma de garantia individual escorada em cláusula pétreia (CF, art. 228), insusceptível de alteração por emenda constitucional. A localização topográfica no texto constitucional pouco importa. O relevante é que a previsão constitucional da menoridade abaixo dos 18 anos tem conteúdo de direito individual, substancial, por afetar diretamente o *status libertatis* do menor. Somente essa postura explica o fato de se ter incluído na Carta Magna esse dispositivo. Se assim não fosse, teria a Lei Maior sido simplesmente omissa a respeito, deixando a regulação dessa matéria a cargo da legislação infraconstitucional. Mas não o fez expressamente, não deixando dúvida de que se trata de previsão de direito individual do menor nessa condição perante o Estado, condizente com o respeito à liberdade e à dignidade, conectadas e inerentes à pessoa humana nessa condição.

Sobressai, ainda, debate sobre a adoção do chamado *direito penal juvenil*. A doutrina tradicional considera que os menores estão fora do direito penal, e que não sofrem punição, mas apenas medidas educativas derivadas de pedagogia corretiva.⁴⁹ Noutra ótica, sustenta-se atualmente que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no Brasil um sistema de direito penal juvenil, estabelecendo um “mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores

do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do direito penal mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social”.⁵⁰

Do ponto de vista das sanções, assinala-se que: “Há medidas sócio-educativas que têm a mesma correspondência das penas alternativas, haja vista a prestação de serviços à comunidade (incorporada à legislação adulta do Brasil desde 1984), prevista em um e outro sistema, com praticamente o mesmo perfil, não podendo haver nada mais afilativo a um jovem de 16 anos do que a privação de liberdade, mesmo que em uma instituição que lhe assegure educação e uma série de atividades de caráter educacional e pedagógico, mas que dela não pode sair”.⁵¹

Aduz-se que a adoção de um sistema de responsabilidade penal juvenil seria consonante com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.⁵² Não há que se falar, entretanto, em responsabilidade penal do menor imputável no direito brasileiro.⁵³ Ao contrário da imputabilidade referida no art. 26, *caput*, e parágrafo único, que permite a aplicação de sanção penal (medida de segurança), o Código Penal dispõe que os menores de 18 anos ficarão “sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (art. 27), mantendo-os fora do sistema penal, na linha do que preconiza a doutrina tradicional.

A Constituição de 1988, ao dispor que “são penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (art. 228), não deixa dúvidas de que excluiu do direito penal a responsabilização dos menores. Não há falar-se em responsabilidade penal juvenil, mas em responsabilidade socioeducativa, cuja natureza jurídica, de caráter híbrido administrativo-ci-

49. Basileu Garcia afirma que o problema dos menores está situado à margem do direito penal, e que a justiça de menores deve ter, sempre, um cunho paternal, sendo sua missão proteger – e não perseguir e ferir (*Instituições de direito penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, s.d. v. 1, p. 338-341). Costa e Silva, asseverando que o nosso direito colocou os menores de 18 anos fora da esfera das leis repressivas, consigna que não há criminalidade infantil e juvenil, não tendo sentido a frase “menores delinquentes”, já que, segundo o autor, “os indivíduos de menos de 18 anos que praticam atos qualificados como crimes (*sensu lato*) pelas leis penais, não sofrem punição: ficam sujeitos a medidas de caráter protetor e educativo” (GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 148). Outrossim, Heleno Cláudio Fragoso afirma que “os menores estão fora do direito penal e não podem ser autores de fatos puníveis” (FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 197). José Frederico Marques observa que “apesar de estar o menor fora da legislação penal, por ser absolutamente imputável, as medidas educativo-preventivas que a nova lei disciplina e regula têm um suporte e base de caráter objetivo, pois que a elas se sujeitarão os menores de 18 anos, pela prática de fatos considerados infrações penais” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 225). Magalhães Noronha observa que predomina hoje, entre os países, como regra, que o menor deve ficar fora do Direito Penal e que as leis, que o tiverem por objeto, sejam de caráter tutelar, não se tratando de punição, e sim de pedagogia corretiva, não havendo pena, mas providência educacional (MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Op. cit., p. 173).

50. SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit., 133-134. Nesse sentido: GARCIA MÉNDEZ, Emilio. *Adolescentes...* cit., p. 229-245; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socio-educativa*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70-88; SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006. p. 63-70.

51. SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit., p. 136.

52. BELOFF, Mary. *Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave*. In: GARCIA MÉNDEZ, Emilio (Org.). *Infancia e democracia en la Argentina: la cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*. Buenos Aires: Del Signo, 2004. p. 30-33; CILLERO, Miguel. *La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?* In: GARCIA MÉNDEZ, Emilio (Org.). *Infancia e democracia...* cit., p. 35-41; PIGNATA, Noris. *El panorama legislativo de la responsabilidad penal juvenil en la Argentina*. In: GARCIA MÉNDEZ, Emilio (Org.). *Infancia e democracia...* cit., p. 82-91.

53. Diante da redação do art. 19 do atual CP espanhol, estabelecendo que “os menores de dezoito anos não serão responsáveis criminalmente conforme este Código” e que “quando um menor dessa idade cometer um fato delitivo poderá ser responsável conforme o disposto na lei que regule a responsabilidade penal do menor”, Joaquín Cuello Contreras conclui que “a semântica deste texto legal é clara. Há uma responsabilidade penal do menor.” (CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El nuevo derecho penal de menores*. Madrid: Civitas, 2000. p. 17).

vil é evidentemente diversa da penal. Isso não obsta, ademais, que se estabeleça, como decerto há no Estatuto da Criança e do Adolescente, garantias similares à da órbita penal, até porque as medidas socioeducativas só serão aplicadas ante a prática de fato definido como infração penal.

O sistema do ECA não ignora a condição de cidadão responsável do adolescente infrator, não sendo necessário que se adote a denominada responsabilidade penal juvenil para que seja reconhecido como sujeito de direitos e deveres. Os menores de 18 anos, portanto, estão realmente à margem do direito penal, ficando sujeitos à responsabilização especial, de natureza pedagógica, prevista na legislação específica, extrapenal, conquanto haja inevitável conexão entre o Código Penal e o ECA, haja vista que este se utiliza dos tipos legais constantes daquele para definir *ato infracional*. Tal situação, entretanto, revela-se absolutamente normal, ante as próprias características de organicidade, unitariedade, complexidade e coerência do ordenamento jurídico, lembrando-se que o direito penal também se vale de outras áreas do direito, não implicando com isso, de modo algum, que a responsabilidade dos menores de 18 anos tenha natureza penal.

4. SISTEMAS DE DETERMINAÇÃO DA MENORIDADE PENAL

4.1 Considerações iniciais

A culpabilidade é um juízo de reprovação incidente sobre a ação típica e antijurídica, lastreado na imputabilidade, na consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa. A *imputabilidade*, denominada doutrinariamente como *capacidade de culpabilidade*, é o primeiro elemento sobre o qual descansa o juízo de culpabilidade.

Afirma-se que “a imputabilidade, como pressuposto existencial da reprovabilidade, existe ou não de modo geral na situação concreta, independentemente da conduta lícita ou não do agente, e a reprovabilidade diz respeito à conduta ilícita real, de modo que seus elementos constitutivos são todos aqueles necessários para que o autor, imputável, tivesse podido adotar, em relação ao fato concreto, uma resolução de vontade conforme ao direito em lugar de uma vontade antijurídica”.⁵⁴

Aos menores, embora aptos a praticar ações finalistas, falta a capacidade de culpabilidade, que se revela intimamente conectada à idade ou à capacidade de discernimento, ou a ambos, dependendo do sistema adotado (biológico, psicológico ou biopsicológico). Unicamente quem já alcançou uma idade determinada, ou quem revela certo grau de desenvolvimento intelectual, ainda que em idade inferior àquela, possui o mínimo de maturidade exigido pela norma para que possa ser responsabilizado jurídico-penalmente.⁵⁵

Como afirma Welzel, “a capacidade de reconhecer o injusto e de agir em conseqüência pressupõe a integridade das forças mentais superiores de uma pessoa, que são as únicas que possibilitam a existência de uma personalidade responsável”.⁵⁶ Quando presente o estado da menoridade, o ordenamento jurídico presume a inaptidão para a consciência do direcionamento da atitude interna no sentido de respeitar a proibição ou o mandato inerentes à norma penal. Ou seja, a tomada de posição, no sentido de cumprir ou descumprir a norma, não se dá com a plena liberdade de resolução de vontade exigida pelo ordenamento jurídico, como a presente nos maiores e nos mentalmente sãos. A menoridade, como incapacidade de culpabilidade, obsta ao juízo de reprovação da resolução de vontade.

No Brasil e em outros países, seja em eras passadas ou na atualidade, destacam-se três sistemas que têm sido utilizados ao longo do tempo para aferição da capacidade de culpabilidade em face dos menores: o biológico, o psicológico e o biopsicológico. Em seguida, far-se-á breve exposição sobre cada um deles.

4.2 Sistema biológico

O sistema biológico de determinação da menoridade é aquele em que se presume automaticamente a inimputabilidade pelo atingimento de determinada idade. Por outras palavras, a imaturidade psíquica do agente é definida objetivamente, sem que se leve em consideração sua real capacidade intelectual e volitiva. Não importa que o agente concreto eventualmente reúna a capacidade de discernimento, de correta valoração do lícito ou do ilícito, e que tenha capacidade de autocontrole, de autodeterminação. O dado biológico (menoridade) é o bastante para criar a inimputabilidade. Antes de se completar a idade fixada pelo legislador, a negativa de imputabilidade é de caráter geral, independentemente da situação concreta de desenvolvimento psíquico individual. A presunção é *iuris et de iure*, não se admitindo prova em contrário, bastando apenas que se comprove documentalmente a idade-parâmetro, que indefectivelmente será considerado inimputável o menor nessa condição.

Se num sentido positivo se destaca pela segurança com que oferece a solução de exclusão da responsabilidade, de modo negativo desconsidera o efeito psíquico da idade no indivíduo, podendo levar a certas incongruências em determinados casos concretos, em que o menor, embora considerado *ex vi legis*

não pode ser no geral formulado um juízo de reprovabilidade de culpabilidade (menoridade de idade penal), ou este requer a comprovação de que o autor alcançou o grau de desenvolvimento intelectual, de maturidade moral e de força de vontade, que justifique a valoração de sua atitude frente ao Direito atualizada na prática do fato de acordo com parâmetros adequados à sua juventude, mas, em todo caso, de caráter *jurídico-penal* (menoridade de idade condicionada)” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenere. Granada: Colmares, 2002. p. 465).

56. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 184.

54. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral, arts. 1.º a 120. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 428.

55. Afirma-se, sobre o tema que, “em primeiro lugar, o conceito de capacidade de culpabilidade é conectado com a idade. Com anterioridade à conclusão do processo biológico de maturidade manifestado pelo transcurso da idade, ou bem

inimputável, possa deter, efetivamente, plena capacidade de entendimento acerca do proibido ou ordenado pela norma penal, bem como ampla possibilidade de autodeterminação. Todavia, ainda assim, o biológico parece o melhor critério, justamente pela objetividade. Com efeito, embora possa igualar situações desiguais, é preferível evitar que se desigualem situações iguais, por conta das dificuldades inerentes à prova, de cunho extremamente subjetivo e variável no tempo e no espaço, o que pode conduzir a injustiças intoleráveis, inclusive pela submissão às convicções pessoais de cada julgador. Ademais, revela consonância com o princípio *in dubio pro reo*, na medida em que não deixa qualquer margem ao juiz para avaliação se há ou não capacidade de culpabilidade, ainda que haja dúvida, resolvendo-se sempre em favor do menor, *iuris et de iure* e em absoluta consonância com a segurança jurídica.

É o sistema adotado pelo Código Penal (art. 27), que consagra o *princípio da inimputabilidade absoluta por presunção*,⁵⁷ no que a doutrina pátria é uníssona.⁵⁸ Foi inserido na legislação pátria pela Lei 4.242, de 05.01.1921, que revogou o art. 27, § 1.º, do CP da República, afastando a regra do *discernimento*, conquanto tivesse fixado a tenra idade de 14 anos como parâmetro da presunção absoluta da inimputabilidade.

4.3 Sistema psicológico

O sistema psicológico tem por característica marcante a verificação da influência da idade na esfera psíquica do autor, importando saber se, quando da prática do fato, o menor se encontrava ou não capacitado para entender que praticava um injusto penal, e para decidir segundo esse entendimento. A idade, embora possa logicamente influir na comprovação da capacidade intelectual e volitiva, não é determinante, por si só, da capacidade de culpabilidade. Com efeito, adotada a fórmula psicológica, “é necessário provar a presença de tal capacidade em cada caso concreto, também na criança. Próximo a esta fórmula foi o Código Penal francês de 1810, em sua redação inicial, que fixava em dezesseis anos a maioridade penal mas subordinando a irresponsabilidade penal em todo caso à determinação do discernimento”.⁵⁹

Ao contrário do sistema biológico, busca-se não um referencial objetivo, de ordem geral, mas mergulha-se na condição individual do menor. Assim, “esta

57. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 436.

58. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., p. 363; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* cit., p. 361; COSTA, Álvaro Mayrink da. Op. cit., p. 1.126; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 50; DOTI, René Ariel. Op. cit., p. 414; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 71; GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 341; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 506; MARQUES, José Frederico. Op. cit.; MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit.; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit.

59. SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, María Isabel. *Minoria de edad penal y derecho penal juvenil*. Granada: Comares, 1998. p. 33.

solução se fundamenta em um princípio de justiça, pois atende às circunstâncias do caso concreto para resolver conforme as mesmas, afastada de presunções gerais”.⁶⁰ Todavia, “de modo crítico se destaca frente a ela as dificuldades de aplicação prática que comporta”.⁶¹ Com efeito, na prática esse sistema se revelaria absolutamente inviável, haja vista a complexidade de exigir-se, em todos os casos, a avaliação da psiquiatria e da psicologia infantil a respeito da imputabilidade do menor infrator, principalmente pela subjetividade e insegurança que isso geraria. Na realidade, uma rápida olhada no direito pátrio e no direito comparado revela que prevalecem as fórmulas biológicas ou mistas, principalmente as biológicas.

4.4 Sistema biopsicológico

O sistema biopsicológico é composto de ambos os critérios. Normalmente, fixa-se determinada idade, abaixo da qual se presume biologicamente a inimputabilidade, e uma faixa etária superior, na qual se examina, caso a caso, lançando mão do critério psicológico, a capacidade de culpabilidade individual do menor *sub judice*.

Constata-se que, nos primeiros Códigos Penais do século XIX, houve a tendência geral da previsão de três períodos de idade no que concerne à responsabilidade criminal: um inicial de plena irresponsabilidade (até os 7, 9 ou 10 anos); outro de responsabilidade condicionada ao exame do discernimento (com limite nos 14, 15, 16 ou 17 anos); e, finalmente, um terceiro período (até os 18, 20 ou 21 anos) no qual surge uma responsabilidade penal atenuada.⁶²

No Brasil, o Código Criminal de 1830, ao tempo em que estabelecia a inimputabilidade abaixo dos 14 anos, adotava a *teoria do discernimento*, pela qual os menores de 14 anos eram tidos como inimputáveis, exceto se obrassem com discernimento. Por sua vez, o Código Penal da República, de 1890, também lançou mão desse expediente, estabelecendo não ser criminoso o menor de 9 anos, bem como o maior dessa idade e menor de 14 anos, que tivesse agido sem discernimento.⁶³

60. SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, María Isabel. Op. cit., p. 33.

61. Idem, ibidem, p. 33-34.

62. Idem, ibidem, p. 41.

63. Discorrendo sobre o Código de 1890, Basileu Garcia nota que: “A sua aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir ele relativa lucidez para orientar-se em face das alternativas do justo e do injusto, da moralidade e da imoralidade, do lícito e do ilícito, conduziria o magistrado a responsabilizá-lo penalmente, considerando-o criminoso. Das mais difíceis, contudo, era a verificação, e quase invariavelmente se resolvia a dúvida em favor do menor, proclamando-se-lhe a ausência de discernimento” (GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 335). Maria Auxiliadora Minahim, analisando acórdãos proferidos por Tribunais brasileiros sob a égide dos Códigos Penais de 1830 e 1890 que tratavam da pesquisa de discernimento em menores de 14 anos, assevera que ilustram a falta de objetividade e precisão nas decisões. Entre eles, *in verbis*: “O maior de nove e o menor de quatorze annos que procurou occultar o crime e

O critério de discernimento para a determinação da responsabilidade penal do menor, que tem sua origem no direito romano, e a idéia de que a malícia supre a idade, nos casos em que o menor atua com discernimento, persistiu no direito canônico e comum, assim como no *common law* anglo-saxão, para informar, já no século XIX, as primeiras obras do movimento codificador na Europa e América Latina. Todavia, desde meados do século passado, observa-se uma clara tendência de abandoná-lo, em favor de limites de idade fixos e não condicionados. E, quando estes aparecem condicionados, examina-se não só a capacidade intelectual valorativa, a que remete o "discernimento", mas igualmente a capacidade volitiva ou de autodeterminação.⁶⁴

Referido sistema é adotado hoje na Alemanha, seguindo-se o método biológico para os menores de 14 anos, idade abaixo da qual se presume a inimputabilidade *iuris et de iure*, e o método psicológico para aferição da capacidade entre 14 e 18 anos, faixa etária na qual a imputabilidade é condicionada à suficiente maturidade para compreender o caráter ilícito do fato e atuar de acordo com essa compreensão. Note-se, entretanto, que o condicionamento não se resume à capacidade intelectual valorativa do caráter do injusto penal (discernimento), mas abrange também a capacidade volitiva ou de determinação segundo o entendimento anterior.

5. REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

Tema que por muitas vezes realça debates dos mais diversos setores da sociedade, a menoridade penal pode ser citada como um dos pontos de grande dissenso no mundo jurídico. Permeado por indispensável interdisciplinaridade⁶⁵ a

destruir-lhes os vestígios, prova que obrou com discernimento, sendo portanto, responsável (Acc. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 12.05.1893. Gaz. Jur. de São Paulo, v. 3, p. 301). Age sem discernimento a criança de dez annos de idade que, em jardim público, e em companhia de outros menores, atira uma pedra em um individuo, produzindo n'este um ferimento grave (Acc. da Câm. Crim. Trib. Just. São Paulo em 13.06.1904); São Paulo, Judiciário, V. p. 181). Age com discernimento o menor que para cometer o crime de roubo, se premune de instrumentos apropriados, e procura horas adiantadas da noite para arrombar um cofre. (Acc. da Rel. de Outro Preto, de 20.03.1895, *O Direito*, v. 38, p. 53)" (Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 71).

64. SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Maria Isabel. Op. cit., p. 37.

65. Nesse sentido, Silvio José Lemos Vasconcelos e Gabriel José Chittó Gauer afirmam que: "Na condição de seres sociais que somos, nossa racionalidade não opera por intermédio de uma funcionalidade imiscível. Somos, cognitivamente, permeáveis aos valores sustentados no meio cultural em que estamos inseridos. Nesse sentido, as práticas jurídicas também não se mostram imunes a esses mesmos processos de atravessamento. Elas tendem a consolidar estereótipos, tanto quanto tendem a servir-se dos estereótipos que ajudam a sustentar. Tal questão faz com que seja necessário pensar o Direito de uma forma realmente interdisciplinar" (VASCONCELOS, Silvio José Lemos; GAUER, Gabriel José Chittó. Contribuições da psicologia cognitiva para a compreensão dos diferen-

sua consecução, a detrminação da menoridade penal alcança infundáveis discussões que emergem de todos os campos sociais. Determinar qual é o momento em que um jovem poderá ser responsabilizado pelo cometimento de um ato infracional, com o desiderato de encontrar a justa medida entre a sua capacidade de autodeterminação e a conseqüente resposta estatal como forma de controle,⁶⁶ mostra-se tarefa difícil para qualquer área intelectual que vise alcançar tal resultado.

É certo que a criminalidade como um todo recebe a atenção da sociedade e de setores especializados, em específico a criminalidade *juvenil*, que vem encaixando a lista dos problemas atuais, corroboradores da crescente delinqüência *lato sensu*. Por diversas vezes essa realidade que salta aos olhos se ampara sobremaneira em alguns pilares, sendo que de forma intermitente, com um lapso temporal cada vez menor, a delinqüência do menor, ao que parece, figura como uma dessas bases, que potencializa cada vez mais o aumento da criminalidade.

Ocorre que incluir a criminalidade juvenil como base dessa criminalidade, em sentido amplo, é deixar de lado aspectos que figuram como direcionadores da atividade criminosa, ou seja, aspectos que acabam por influenciar o jovem a entrar no mundo do crime. Deve-se partir de novas premissas para tanto.⁶⁷ Não se pode retirar de cada cidadão, antes de qualquer coisa, o direito de se envolver com a realidade que o cerca, de maneira a torná-lo um instrumento meramente técnico para a implantação de qualquer que seja a política adotada. Deve-se, sim, respeitá-lo, saber que é a própria sociedade que padece dos males da criminalidade. No entanto, cabe a determinados grupos de estudiosos (sociólogos, psicólogos, antropólogos, economistas, filósofos, juristas, políticos etc.) filtrar esses reclamos sociais, para que a resposta dada seja aquela que realmente surta os melhores efeitos para essa mesma sociedade. Nunca é demais lembrar que a sensação de terror que inunda a vida de qualquer cidadão, por algumas vezes é deturpada, implementando falácias que tendem a surgir como solução para todos os problemas, como no presente caso a redução da meno-

tes olhares direcionados ao comportamento delinqüente. *Revista de Estudos Criminais*, ano 4, n. 14, p. 135, 2004).

66. Segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina: "O controle social penal é um subsistema dentro do sistema global do controle social, diferente deste último por seus fins (prevenção ou repressão do delito), pelos meios dos quais se serve (penas ou medidas de segurança) e pelo grau de formalização que exige" (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 135).

67. Afirma Mário Luiz Ramidoff que: "A partir de uma perspectiva interdisciplinar se busca na dimensão crítica da nova Criminologia outros aspectos e relações que não são apenas jurídicos, para desmistificar o que se tem dito sobre a criminalidade juvenil, como também, procura alicerçar alguns parâmetros nos emergentes interesses difusos e coletivos, como se caracterizam os direitos da criança e do adolescente" (RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 159).

ridade penal,⁶⁸ podendo acarretar direcionamentos emergenciais de políticas públicas que caminham na contramão do que corretamente deve-se fazer.

Nesta senda, é que, ancorando-se na dogmática penal atinente ao presente caso, faz-se necessário encontrar pontos que fomentem o debate e, como corolário da junção de diversos esforços, possam interligar aspectos que, agrupados, possam surtir efeitos, fugindo assim do discurso retórico e casuístico que há muito perdura quando o tema versa sobre a redução da menoridade penal. Não se pode prescindir de uma análise interdisciplinar, sabendo que a atuação de cada grupo intelectual (saber científico, técnico e de senso comum) deve existir de maneira conjunta, respeitando as delimitações de cada área.

5.1 Aspectos político-criminais

Em meio ao debate acerca da redução da menoridade penal, encontra-se uma série de medidas que acabam por figurar à margem da discussão. As questões político-criminais que circundam a criminalidade do menor e do adolescente são pontos de partida para se alcançar as respostas a serem dadas, quais sejam as medidas que realmente possam surtir efeitos positivos. Atitudes paliativas, discursos casuísticos, já por muito tempo, não cumprem o desiderato almejado – a diminuição da criminalidade.

A forma como a problemática atinge grande parte da sociedade acaba por influenciá-la negativamente, pois não se pode exigir a racionalidade necessária, donde a emoção direciona o discurso. Os meios de comunicação que cumprem função primordial em um Estado Democrático de Direito, acabam por fomentar a sensação de insegurança, instituindo um Estado de terror na sociedade, que se vê direcionada a cobrar mudanças, a exigir ações que estanquem os males existentes.

Afirmando ser fato notório que, quando a mídia noticia algum crime bárbaro, irrompe o anseio, por parte da população, de um direito repressivo, Roberto Barato Jr. lembra que, “movida pelo calor da hora e pelo sentimento de inconformismo tão característico de que se vê às voltas com atrocidades, é ela que reivindica, amparando-se numa suposta legitimidade, sanções mais severas aos infratores”.⁶⁹

Nesse ponto é que oportunistas de plantão entoam a voz para trazer as soluções propaladas como as mais eficazes existentes. Este discurso não parte do problema enfrentado e sim da resposta que a sociedade almeja, eivada de ime-

diatismo, que por muitas vezes afronta a estrutura legal existente, sem estarem pautadas nas experiências passadas e sem se preocuparem com os reflexos no futuro. É nesse contexto que figura o debate acerca da menoridade penal, em que a emoção se sobrepõe à razão, e o direito penal figura como panacéia para todos os males, assumindo deficiências de outras searas, como pode ser percebido na construção legislativa das últimas décadas.

Pontos de suma importância acabam por serem esquecidos, pois o direito penal, segundo o sentimento nutrido atualmente, pode alcançar a resposta esperada. Assim, recorre-se à seara penal como *prima ratio*, confrontando a própria estrutura do direito penal moderno que deve figurar como *ultima ratio* dentro do ordenamento jurídico. Figura no campo jurídico como a resposta mais gravosa ao cidadão que tenha cometido algum ato ilícito, motivo pelo qual deve ser utilizado de maneira subsidiária. Que o debate acerca da menoridade penal está posto no campo jurídico resta claro, o que se deve aventar é sobre quais bases deverão pairar nesse debate. Pois, longe do debate jurídico, as políticas públicas, voltadas ao trato do menor, devem ter papel de relevo nessa discussão, para que, somente depois, possam ser despendidas as forças para o debate político-criminal.

A (des)assistência do Estado e a indiferença da sociedade potencializam focos de criminalidade juvenil. O trato familiar no amparo à criança e ao adolescente não condiz com os ditames constitucionais, tampouco com as diretrizes implementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A educação, que beira o caos, não alcança resultados mínimos, pois o que impera é o descaso e o esquecimento. As desigualdades sociais e culturais, próprias da sociedade brasileira que permeia dimensões continentais, não são levadas em consideração. Estes problemas existentes fazem com que valores ético-sociais não sejam incorporados por aqueles que podem redirecionar a sociedade, e, pior do que isso, esses valores, ainda que incorporados, tendem a se dissipar. Parte-se de falsas premissas para se discutir a possibilidade ou não de diminuir a idade da imputabilidade penal.

Tentando responder à problemática que representa a criminalidade juvenil, que em determinadas situações parece um problema insolúvel, afirma-se coerentemente que “é evidente que um sistema educacional eficiente e eficaz é condição indispensável para se obter uma mão-de-obra adequada às possibilidades atuais do mercado de trabalho, assim como constituir famílias mais preparadas para lidar com rebeldias adolescentes. E desigualdade social certamente é sempre um estopim pronto para incendiar a sociedade. Logo, políticas adequadas de educação profissionalizantes, assim como melhor distribuição de renda certamente são básicas”.⁷⁰ Além disso, revela-se a importância do exercício da cidadania como maneira de diminuir desigualdades, ou seja, somente com o desenvolvimento dos valores que assistem a todos os cidadãos é que se

68. Pode-se constatar que a “mídia exerce papel relevante na difusão de tais falácias por meio de seus programas de caráter predominantemente sensacionalista, explorando a violência, a criminalidade e a miséria humana em seu último degrau, com o único intuito de obter pontos de audiência, em tudo contribuindo para a instauração de um sentimento coletivo de insegurança” (GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. Op. cit., p. 28).

69. BARBATO JR., Roberto. Redução da maioridade penal: entre o direito e a opinião pública. *RT*, ano 93, v. 822, p. 431. São Paulo: RT, abr. 2004.

70. MELHEM, Célia Soibelmann. Tribunal de Justiça: um olhar sobre a delinquência juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 15, p. 324, São Paulo: RT, jul.-set. 1996.

poderá aventar uma estrutura equânime, em que a ação criminosa receberá o seu desvalor exato no seio social.⁷¹

Há um distanciamento da estrutura jurídica do contexto social, e a aproximação, quando feita, o é de maneira maculada, pois recebe cargas ideológicas, utilitaristas, demagógicas etc., acabando por se desconectar das reais soluções às necessidades, que o manto jurídico deve ser direcionado. Dessa forma, o ordenamento jurídico, o sistema penal e o substrato da sociedade (pautado em uma desigualdade que extrapola os limites do tolerável), não conseguem desenvolver-se de maneira conjunta.⁷² Acabam assim por corroborar as incongruências existentes.⁷³

Não há, portanto, base político-criminal subjacente válida que justifique a redução da menoridade penal para limite inferior aos 18 anos.

5.2 Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90

A legislação em vigor, que regulamenta as questões vinculadas à criança e ao adolescente, sofre atualmente um descrédito perante a sociedade como poucas legislações já sofreram. É na maioria esmagadora da população que vigora esse sentimento, extrapolando a idéia de algo que não funciona, para a busca dos culpados pela inércia e ineficiência existente. É à Lei 8.069/90 que estão direcionadas as maiores críticas e conseqüentemente ao Poder Judiciário, pois cabe a este a subsunção das normas em abstrato aos fatos ocorridos, para que se alcancem os resultados pretendidos. Assim, tem-se a imagem falsa, para a sociedade, de que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente é um dos culpados pelo aumento da criminalidade.

Ocorre que essas críticas destoam do debate sério que o tema necessita, pois estão encharcadas de uma "irracionalidade" que não auxilia em nada a busca por soluções. Como já citado, ideologias e casuísmos preenchem as análises, ditas como se fossem as "verdades" cientificamente corretas, no entanto, pade-

cem diante da seriedade com que se deve tratar o tema. Não se deve culpar os discursos compadecidos provenientes da população, já achacada pela história brasileira, mas se deve sim expurgar os aproveitadores de plantão quando o tema tratado é o Estatuto da Criança e do Adolescente e as questões correlacionadas com a violência do menor.

Buscou o Estatuto, partindo de um direcionamento constitucional⁷⁴ como já explicitado, dar tratamento especial à criança e ao adolescente,⁷⁵ tendo em vista as condições peculiares ao seu ser, que necessariamente devem ser amparados pelo ordenamento jurídico, sob pena de se estar tratando igualmente cidadãos substancialmente desiguais.⁷⁶ A sua construção, tendo em vista esta substancialidade, buscou dar especial atenção à pessoa do infrator, e não à gravidade do fato.⁷⁷ Sendo necessária esta diferenciação do trato da criminalidade adulta, "o

74. Para o estudo da proteção da criança e do adolescente no texto constitucional, ver: MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

75. Quanto ao surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, assevera Roberto da Silva que "o ECA inaugurou uma nova ordem jurídica e institucional para o trato das questões da criança e do adolescente, estabelecendo limites à ação do Estado, do juiz, da Polícia, das empresas, dos adultos e mesmo dos pais, mas não foi capaz ainda de alterar significativamente a realidade da criança e do adolescente", observando ainda que "parcela significativa da sociedade brasileira cultiva o sentimento de que o ECA, ao estabelecer limites ao exercício da autoridade familiar, jurídica, institucional e policial sobre as crianças e o adolescente, reforçou também a impunidade aos delitos cometidos por eles" (SILVA, Roberto da. 300 anos de construção das políticas públicas para a criança e adolescentes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 30, p. 124, São Paulo: RT, abr.-jun. 2000).

76. Podem ser citadas como medidas socioeducativas, estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que tem por finalidade, não somente a punição, mas também a construção de uma personalidade que esteja apta ao convívio social. As medidas punitivas são: a) advertência (art. 115); b) obrigação de reparar o dano (art. 16); c) prestação de serviços à comunidade (art. 117); d) liberdade assistida (arts. 118-119); e) inserção em regime de semiliberdade (art. 120); e f) internação em estabelecimento educacional (arts. 121-125).

77. Mencionando a conseqüência desta construção normativa, pode-se citar Flávio Américo Frasseto, no sentido de que "há um certo prejuízo da segurança (não se sabe antecipadamente qual a medida será ministrada em caso de transgressão) e da equidade (convive-se com soluções radicalmente distintas para casos objetivamente semelhantes), porém há um ganho inequívoco na justiça das decisões; aqui entendida como viabilidade de correta adequação da prestação jurisdicional ao caso concreto, à possibilidade de individualizar a reprimenda, calibrando-a de acordo com as particularidades reais da pessoa e de caso submetidos a julgamento" (FRASSETO, Flávio Américo. *Esboço de um roteiro para a aplicação das medidas sócio-educativas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 26, p. 169, São Paulo, RT, abr.-jun. 1999).

71. Idem, ibidem.

72. Francisco Clávio Saraiva Nunes aduz que: "O crime como qualquer fenômeno social, encerra uma relação causa-efeito, isto é, o crime, em si, representa apenas o efeito de uma série de causas" (NUNES, Francisco Clávio Saraiva. *Redução da maioridade penal: uma pseudo-solução*. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, César (Org.). *Idade da responsabilidade penal...* cit., p. 34).

73. Demonstrando este distanciamento dos resultados almejados Vera Regina Pereira de Andrade aduz que "não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente, e o desigual tratamento das situações e de sujeitos iguais, no processo social de definição da 'criminalidade', responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos da sociedade (estrutura vertical), mas o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade" (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 55.)

Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se às obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento da qual desfrutam".⁷⁸ Essa postura na construção do Estatuto da Criança e do Adolescente acaba por dar azo a uma série de críticas (como já citado fundadas em ideologias, casuísmos etc.), que atualmente o põe em descrédito perante a sociedade.⁷⁹

Quanto ao surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se afirmar que se trata "de um instrumento legal de controle social avançado, o que se pode constatar pelo exame de seus principais dispositivos no tocante à filosofia que o subjaz – educação e reinserção social em lugar apenas da repressão, pela divisão de competências que estabelece entre Poder Público e agentes e/ou entidades da sociedade civil, pelas garantias individuais e processuais que oferece aos adolescentes, pelas medidas socioeducativas aplicáveis que se inclinam preferencialmente ao tratamento em regime aberto".⁸⁰ Assim, o que se espera, é que o debate parta de uma construção séria, permeada dos pontos nucleares para o desenvolvimento da discussão, de maneira a não retroceder nesse processo evolutivo.

5.3 O debate teórico perante a realidade fática

É de bom alvitre ressaltar alguns pontos que figuram nesse debate e que acabam por se distanciar da realidade fática que se apresenta. Característica dos discursos casuísticos, a falta de correlação daquilo que se clama com o meio existente faz com que forças sejam despendidas de maneira infrutífera.

Que o aumento da criminalidade é latente na sociedade, todos sabem. Que não é só nos setores pobres à margem dessa sociedade, que se desenvolvem as atividades criminosas, todos sabem. Este fenômeno, que atinge as classes baixas até as classes mais abastadas, atualmente faz com que exista certo desânimo quanto às possibilidades de se alcançar solução, uma vez que não se vislumbra, a curto e médio prazo, uma saída para estancar o seu aumento. Entre todos os componentes que empurram a criminalidade para uma abrangência cada vez maior, tem-se a criminalidade juvenil. O primeiro ponto que se deve translucidar é que, diferentemente do que é transmitida para a sociedade, a criminalidade

juvenil não é o carro chefe do fenômeno criminal, pelo contrário, atualmente os atos infracionais cometidos por menores correspondem a 10%, sendo que os outros 90% corresponde às ações criminosas cometidas por adultos.⁸¹ Este é o primeiro ponto que deve ser desmistificado, quebrando, assim, aquilo que é transpassado à sociedade principalmente pelos meios de comunicação em massa, que acabam por situar as ações cometidas por menores como as ações mais atrozes, que restam impunes e que capitaneiam o aumento da criminalidade.

Veicula-se a ideia simplista de que a inimputabilidade penal é sinônimo de impunidade, haja vista a incoerência da responsabilização penal. Enganam-se aqueles que ladeiam esse posicionamento, mostrando desconhecimento das próprias conseqüências provenientes do cometimento de um ato infracional, uma vez que a legislação relativa ao adolescente, em algumas situações, mostra-se mais gravosa que aquela aplicada aos adultos.⁸² Não se pode confundir falta de aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente com ausência de dispositivos sancionadores,⁸³ uma vez que a falta de aplicação e operacionalização dos dispositivos existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente é que acabam por fomentar que o fato de que o adolescente ser considerado inimputável corroborará a impunidade.⁸⁴ Este posicionamento fomenta a justiça

78. SARAIVA, João Batista Costa. O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 47/131, São Paulo: RT, mar.-abr. 2004.

79. Nesse sentido, constata-se que "lamentavelmente, nosso país, que erigiu uma legislação avançada, consentânea com os princípios basilares de proteção dos direitos humanos, com a exata noção do que vem a ser cidadania, corre o risco agora, na contramão da história, de rechaçar tais conquistas em nome do raciocínio demagógico, além de perverso, nascido do movimento de lei e de ordem" (LEAL, César Barros. A redução da idade... cit., p. 14).

80. ADORNO, Sergio. Adolescente e a criminalidade urbana em São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 23/198, São Paulo: RT, jun.-set. 1998.

81. Conforme levantamento realizado em vários Estados da federação e apontado pelo Fórum Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Cf. CURY, Munir. Reduzir a idade penal não é a solução. In: LEAL, César Barros; PIEDEDE JÚNIOR, César (Org.). *Idade da responsabilidade penal...* cit., p. 82).

82. Pode-se citar o exemplo exarado por Munir Cury: "(...) se um adulto pratica um roubo à mão armada, a pena que vai receber deverá situar-se em torno de 5 anos e 4 meses de reclusão, observados os critérios do Código Penal. Dada a sistemática da Lei de Execução Penal, o infrator cumprirá preso apenas um terço dessa pena, ou seja, mas ou menos 2 anos. O adolescente que praticar o mesmo ato se sujeita à medida de internação de até três anos, e sucessivamente, como vimos acima, de mais três anos de semiliberdade e três anos de liberdade assistida. Com este singelo mas significativo exemplo, desmistifica-se o clamor popular de impunidade dos adolescentes infratores (CURY, Munir. Op. cit., p. 84).

83. Nesse sentido, afirma João Batista Costa Saraiva que: "A crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para o qual se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos. Esta crise, a do sistema dos adolescentes, se agudiza quando os arautos do catastrofismo, sob argumentos os mais variados, até mesmo de defesa dos direitos humanos, deixam de demonstrar uma série de experiências notáveis que se desenvolvem nesta área no País, passando pela falsa ideia de inviabilidade do sistema de privação de liberdade de adolescentes" (SARAIVA, João Batista Costa. O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 48/135, São Paulo: RT, mar.-abr. 2004).

84. Infelizmente é mais fácil nutrir uma crítica a estrutura dos aparatos que sancionam o adolescente do que buscar pontos que ajudem adequá-lo. "Parcela significativa da sociedade brasileira cultiva o sentimento de que o ECA, ao es-

com as próprias mãos como comumente é veiculado nos meios de comunicação, pois, se a sociedade não vê resultado na intromissão deste terceiro interveniente que é o Estado em uma relação de conflito, buscará fazer justiça da maneira que entender melhor, retrocedendo aos tempos arcaicos da civilização.⁸⁵

Utiliza-se o argumento de que já que o jovem tem o poder de votar e eleger os seus representantes, tem também o discernimento para se autodeterminar na sociedade em que vive, podendo assim responder por seus atos também na seara criminal. Alguns aspectos formais devem ser levantados para que se perceba a incongruência deste argumento. A imputabilidade penal é compulsória, ou seja, completando a idade de 18 anos automaticamente esta pessoa poderá ser responsabilizada, sendo que a possibilidade do voto é facultativa, enquanto menor, podendo, caso entenda estar apto para tanto, o adolescente exercer este seu direito. Deixando de lado os aspectos formais, este argumento poderia ser de alguma relevância se existisse a certeza de que a capacidade de voto representa o mínimo de discernimento necessário para a responsabilização na esfera penal. Na realidade, observando como são desenvolvidas as eleições, quais os parâmetros que são tomados por cada eleitor para escolher o seu candidato, a atuação dos eleitos, a fiscalização dos eleitores, enfim, analisando a história da cultura eleitoral brasileira, esse questionamento traria séria dúvida, ou seja, se poder votar implica necessariamente em deter capacidade de culpabilidade.

Outra incongruência existente nos discursos em prol da redução da menoridade penal é quanto à possibilidade de se dar um tratamento diferenciado dentro do atual sistema penitenciário brasileiro, justificando que os males públicos e notórios já existentes não afetariam sobremaneira o adolescente infrator. Realmente está previsto na Lei de Execuções Penais 7.210/84, com fulcro no instituto da individualização da pena que deve ser feita na fase executória. Ocorre que atualmente esse princípio que encontra amparo no texto constitucional em

tabelecer limites ao exercício da autoridade familiar, jurídica, institucional e policial sobre a criança e o adolescente, reforçou também a impunidade aos delitos cometidos por eles" (SILVA, Roberto da. 300 anos de construção... cit., p. 124) Nesse sentido vale citar Mônica Rodrigues Cuneo: "É preciso derrubar este mito. Inimputabilidade não é impunidade. O adolescente entre doze e dezesseis anos é imputável perante a legislação própria, tendo responsabilidade estatutária juvenil, inobstante sua responsabilização difira da dos adultos, porquanto de cunho eminentemente pedagógico" (CUNEO, Mônica Rodrigues. Inimputabilidade não é impunidade: derrube este mito, diga não à redução da idade penal. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, César (Org.). *Idade da responsabilidade penal...* cit., p. 72).

85. Lúcidas são as palavras de Emilio García Méndez: "Contribuir a la creación de cualquier tipo de imagen que asocie adolescencia con impunidad (de hecho o de derecho) es un flanco favor que se le hace a los adolescentes, así como, objetivamente, una contribución irresponsable a las múltiples formas de justicia por mano propia, sobre las que o Brasil desgraciadamente posee una amplia experiencia" (GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Adolescentes...* cit.).

seu art. 5.º, XLVI, é por completo desrespeitado.⁸⁶ Acreditar que esse ponto de debate está superado, pois será garantida uma pena individualizada ao adolescente infrator, é desconsiderar uma história de ineficiências quanto à aplicação das penas privativas de liberdade.⁸⁷

A imposição da lei do mais forte, a promiscuidade, os mandos e desmandos das estruturas administrativas do cárcere e o esquecimento por parte da sociedade são característicos do problema que atualmente allige as autoridades públicas, mas que se mostra muito mais intenso quando analisado pelo viés de quem os padece. Ou seja, deixar adolescentes ao alvedrio desse calvário que é o sistema penitenciário brasileiro, acreditando que o atual sistema poderá receptionar essa "nova modalidade de infrator", é corroborar o velho chavão de que as penitenciárias são as universidades dos criminosos.⁸⁸ Acreditar que o sistema penitenciário brasileiro possa absorver a criminalidade juvenil é legitimar mais uma imposição de dor⁸⁹ em um caminhar sem volta.⁹⁰

86. Quanto à problemática atual do sistema penitenciário conferir: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.
87. Nesse sentido, acredita-se que "a proposição de redução da maioridade penal não trará nenhum benefício à sociedade, além de ser flagrantemente inconstitucional. É um ardil, uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Submeterá nossos jovens, caso se chegue ao despautério de ser aprovada, a tratamento cruel e degradante, porque os colocará em contato com criminosos adultos, sem nenhum critério e desconsiderando características individuais e peculiaridades decorrentes de seu desenvolvimento físico e mental incompleto" (GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. Op. cit., p. 32).
88. Claramente incorreto seria colocar adolescentes para o cumprimento de sua pena privativa de liberdade junto com adultos, mas, sabe-se que este não é o sentimento que emerge da sociedade. Nesse sentido, Francisco Cláudio Saraiva Nunes aponta que "é muito mais trivial o prazer da sociedade em assistir ao calvário de um jovem, trancafiado, submetido a um 'castigo' severo e cruel, do que refletir sobre as causas daquele fenômeno e reivindicar mudanças na seara social pelo Estado" (NUNES, Francisco Cláudio Saraiva. Op. cit., p. 36). Descrevendo a ineficiência do sistema penitenciário e, ante essa falência, mencionando o descaso da sociedade que aloca outras reivindicações em um primeiro plano, deixando a função das unidades penais à margem do debate, Paula Inez Cunha Gomide conclui que "enfim com tantas variáveis camuflando a eficiência das penitenciárias brasileiras é de se esperar que esta discussão ainda se encontre na periferia" (GOMIDE, Paula Inez Cunha. *Menor infrator: a caminho de um novo tempo*, 2. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 34).
89. Quanto à violência já existente cometida contra a criança e o adolescente, com riqueza de detalhes: MIRANDA, Ana Paula Mendes de; MELLO, Kátia Sento Sé; DIRK, Renato. *Dossiê criança e adolescente*. Rio de Janeiro: ISP, 2007. Disponível em: <www.isp.rj.gov.br>. Acesso em: set. 2007..
90. A dor daquele que é alvejado será potencializada e convertida posteriormente: "Os jovens que tiveram experiências dolorosas, violentas e injustas com as ins-

Grande parte do debate que existe a respeito do menor infrator acaba por não levar em conta alguns problemas que figuram antes mesmo do cometimento de qualquer infração, ou seja, causas que levam o adolescente à criminalidade.⁹¹ É a absorção de valores,⁹² por parte da criança e do adolescente, diferentes daqueles que a sociedade espera que sejam internalizados.⁹³ Tentar discutir os efeitos da criminalidade juvenil e não as suas causas faz com que as respostas que aparentemente podem ser encontradas sejam rasas diante da amplitude do problema. Para se ter uma idéia qual é o campo de análise que deve ser considerado para o debate do presente tema, mostrando assim a total complexidade do que se discute, vale a pena trazer as causas elencadas por João Benedito de Azevedo Marques: "a) falta de disciplina familiar; b) instabilidade emotiva geral;

tituições encarregadas de representar a lei são também aqueles que optam mais facilmente pelas atividades ilegais ou pela carreira criminosas" (ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 201). Nesse sentido, quanto à realidade do cárcere e de como atualmente se tem uma visão utilitarista do degredo que sofre aquele que adentra as grades, vale citar Dario Melossi e Massimo Pavarini: "O cárcere torna-se assim, o horto botânico, o jardim zoológico bem organizado de todas as 'espécies criminosas'. A 'peregrinação' neste santuário da realidade burguesa – isto é, neste lugar em que é possível uma observação privilegiada da monstruosidade social – torna-se, por sua vez, uma necessidade científica da nova política de controle social" (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Renavan, ICC, 2006. p. 213).

91. Eros Roberto Grau e Goffredo da Silva Telles Júnior exprimem qual o sentido de se analisar violência e criminalidade, justificando a impossibilidade de diminuição da imputabilidade penal, asseverando que, "nesse sentido, violência é vista como sinônimo de criminalidade. Aqueles pretendentes à alteração da ordem vigente, assim como boa parte dos atuais legisladores, esquecem que a violência não quer dizer apenas prática de delitos: violência é, principalmente, desigualdade social acentuada, péssima distribuição de renda, salário mínimo que sequer garante o sustento de uma família por mais de duas semanas e, para arrematar, um sistema judiciário excludente" (GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. Op. cit., p. 28).
92. A percepção do meio em que se vive e os valores absorvidos são pontos nodais do direcionamento da vida criminosa. Sergio Adorno assim explica que, "no mundo do crime, as clivagens de classe orientam a inserção dos indivíduos na rede de relações sociais – uma rede, diga-se de passagem, tão hierarquizada quanto às da sociedade –, determinando-lhes possibilidades de contatos com pessoas e de posse de coisas, sejam elas mercadorias ou qualquer bem que disponha de valor de troca no mercado informal ou ilícito" (ADORNO, Sergio. *Adolescente e a criminalidade urbana em São Paulo*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 23, p. 198-199, São Paulo, RT, jun.-set. 1998).
93. Nesta senda constata Jorge Trindade que: "A violência tem sempre uma dimensão relacional, pois o conhecimento não é o que se tem, mas o que se faz junto com outras pessoas" (TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 183).

c) condição emotiva mórbida; d) menor procedente de família onde impera o vício ou a delinquência; e) retardamento mental ou anormalidade; f) interesse nocivo por certas coisas; g) procedente de famílias com doenças mentais; h) menores portadores de enfermidade mental, como, por exemplo, epilepsia; i) relações familiares defeituosas; j) precedente familiar; k) crise do estado conjugal dos genitores; l) dissociação familiar; m) famílias numerosas com problemas econômicos; n) mobilidade familiar; o) situação sócio-econômica; p) ausência de escolaridade ou escolaridade insuficiente; q) influência dos meios de informação sobre o menor".⁹⁴

O problema, como acima citado, transcende tão-somente os efeitos da criminalidade juvenil, pois figura em outras demarcações que acabam por direcionar o adolescente ao âmbito criminal.⁹⁵ Em lúcida síntese aponta-se que "se as causas que levam à delinquência juvenil estão na nossa sociedade, como então, pensar e defender a punição, como meio de defesa social, se nós mesmos, com nossos vícios e mazelas criamos as condições para o surgimento de menor delinquente, abandonado e infrator".⁹⁶ Não se pode transformar o menor infrator no pior dos monstros⁹⁷ por conta de os resultados das suas ações emergirem de

94. MARQUES, João Benedito de Azevedo. Op. cit., p. 13. Aponta Paula Inez Cunha Gomide quais podem ser as determinantes do comportamento infrator, citando: a família e as técnicas educativas; maus-tratos ou negligência; distúrbio de aprendizagem; baixa auto-estima; e determinantes culturais (GOMIDE, Paula Inez Cunha. Op. cit., p. 35-49). Outra não é a constatação quando se analisa quais são as condições em que vivem parte das crianças e dos adolescentes: "Recentes investigações em centros docentes descobrem que numerosos meninos e meninas são vítimas da delinquência. Crescem em um ambiente adverso de violência e insegurança que invade os guetos. Do interior das cidades e em outras zonas marginais que podem se resultar tão perigosas como as zonas de guerra" (BERISTAINM, Antonio. *Menores infractores-vítimas ante las naciones unidas y el consejo de Europa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, ano 9, p. 152, São Paulo: RT, abr.-jun. 2001).
95. Partindo da Psicanálise para explicar o fenômeno criminal, Sirlei Fátima Tavares Alves entende que "o homem é ser de relação com o seu mundo interno e externo, sendo seu aparelho mental regulado por dois princípios: prazer e realidade. Do interjogo, eu e o mundo externo, resulta a construção da realidade concreta. Entendemos que a causa da delinquência pode ser multifocal, com elementos componentes de diversos fatores: socioeconômico, político, familiar e individual. Esses fatores relacionam-se dialeticamente e de forma diferenciada em cada indivíduo" (ALVES, Sirlei Fátima Tavares. *Efeitos da internação sobre a psicodinâmica de adolescentes autores de ato infracional*. São Paulo: IBCCrim, 2005. p. 47).
96. MARQUES, João Benedito de Azevedo. Op. cit., p. 14.
97. Quanto a idéia de que a redução da menoridade penal traria grande diminuição da criminalidade Jorge Trindade aduz que: "O estudo do problema da redução da imputabilidade penal traz implícita a sensação de que não é possível prescindir do questionamento acerca do direito de punir, pois da histórica imputabilidade penal do adolescente surgiram os antigos Códigos de Menores e o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, com os quais sempre coexistiram

deficiências que a própria sociedade construiu.⁹⁸ Esta construção se dá por problemas sociais, políticos, econômicos, familiares, educacionais etc.⁹⁹

O recrudescimento do sistema que regula as questões atinentes ao menor infrator, como a redução da menoridade penal,¹⁰⁰ o aumento das penas aplicadas¹⁰¹

- as idéias de redução da maioridade penal como fórmula de combate à criminalidade, tema de permanente recorrência na sociedade moderna, marcada por uma certa demonização da violência" (TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 115).
98. Com riqueza de detalhes quanto ao direcionamento de crianças e adolescentes ao mundo do crime: SILVA, Roberto da. *Filhos do governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas*. 2. ed. São Paulo: Atica, 1998.
99. Dando um panorama desta atual situação, Maria Cleonice Resende e Helena Rodrigues Duarte constata que "a falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é um dos fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade em todas as faixas etárias. Por outro lado, não se pode esperar outra consequência senão o aumento da violência urbana em um país com uma péssima distribuição de riquezas, onde há uma concentração absurda da renda nas mãos de poucos, sendo que grande parte da população fica marginalizada, ou seja, sem efetivamente usufruir as riquezas produzidas pelo país. Não se pode esperar um resultado diverso em uma nação que vive atolada em miséria, fome, desemprego, onde a grande maioria dos jovens não tem acesso a atividades de lazer, cultura e esporte, permanecendo todo o tempo na ociosidade e, como consequência, acabam desviando-se para a criminalidade" (RESENDE, Cleonice Maria; DUARTE, Helena Rodrigues. *Redução da idade penal*. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, César (Org.). *Idade da responsabilidade penal...* cit., p. 25).
100. Claras e indefectíveis são as palavras de Eros Roberto Grau e Goffredo da Silva Telles Júnior, que assim argumentam: "A proposição de redução da maioridade penal não trará nenhum benefício à sociedade, além de ser flagrantemente inconstitucional. É um ardil, uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Submeterá nossos jovens, caso se chegue ao despautério de ser aprovada, a tratamento cruel e degradante, porque os colocará em contato com criminosos adultos, sem nenhum critério e desconsiderando características individuais e peculiaridades decorrentes de seu desenvolvimento físico e mental incompleto" (GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. Op. cit., p. 32). No mesmo sentido Cleonice Maria Resende e Helena Rodrigues Duarte: "Tais propostas não podem ser aprovadas não só porque a maioridade penal está incluída entre as cláusulas pétreas, mas também porque o País estará vivendo um retrocesso em matéria de direito da criança e do adolescente e será um atestado da incompetência na implementação de uma lei moderna, em consonância com tratados e convenções internacionais sobre a matéria, os quais se fundamentam no princípio da proteção integral da criança e do adolescente" (RESENDE, Cleonice Maria; Duarte, Helena Rodrigues. Op. cit., p. 19).
101. Este mito de que quanto maiores forem as penas maior será a diminuição da criminalidade deve ser expurgado da mente das pessoas, pois esta falsa sensação de segurança que se tem no momento que um criminoso entra no cárcere, continuará sendo falsa no momento em que ele retorna a sociedade, de maneira

acabam por prestar um desfavor a um processo evolutivo que beira há mais de dois séculos, em que se busca humanizar o sistema punitivo. O sangue que corre no discurso da "intolerância zero"¹⁰² não condiz com essa evolução e que, neste ponto do debate, tem na modificação da legislação menorista a panacéia para os males da criminalidade, quando este problema, em verdade, remete o debatedor a outras searas (social, econômica, psicológica, psiquiátrica etc.),¹⁰³ anteriores às jurídicas, para que se combatam as causas e não somente os efeitos.

O debate acerca da redução da menoridade penal, como já demonstrado, passa por uma necessária interdisciplinaridade, ponto este que remete o intérprete a questões que transcendem a seara jurídica, ficando seus olhos em aspectos sociais, econômicos, culturais, políticos, psicológicos e pedagógicos, uma vez que não há resposta jurídica, no caso a determinação de qual tempo poderá o infrator ser considerado responsável diante da tutela penal.¹⁰⁴ Convém repisar que "a interdisciplinaridade é o ponto de partida para uma necessária reconsideração sobre alguns pressupostos que sempre nortearam a aplicação do direito criminal".¹⁰⁵

Nesse sentido, de acordo com o que foi acima exposto, não se pode conceber a possibilidade de redução da menoridade penal, uma vez que todos os argumentos que são despendidos ou partem de um senso comum, alheio à própria racionalidade que deve ser observada, ou estão pautados em falácias que

- que se pode dizer que há um "pacto da mediocridade" existente entre a sociedade e o legislador oportunista de plantão.
102. Faz-se aqui uma inversão da nomenclatura do movimento chamado de tolerância zero que teve a sua origem da chamada teoria das janelas quebradas (*broken windows*), criadora de um manifesto à intolerância, lançado nos Estados Unidos. Esta inversão mostra que as políticas de tolerância zero no combate à criminalidade, pelo próprio nome podem ser consideradas atentatórias, uma vez que elevam a intolerância quanto ao cometimento de crimes a uma escala máxima.
103. Não se pode desvincular da realidade, pois "o problema é muito complexo e mostra nossas mazelas sociais, como as falhas na educação, saúde, habitação, distribuição de renda e assistência à família, além da dissolução dos valores éticos e sociais, que atingem dramaticamente a criança e o jovem infrator" (MARQUES, João Benedito de Azevedo. Op. cit., p. 66).
104. Analisando o movimento nascido no final do século XIX de criação de tribunais tutelares de menores para extrair o menor do âmbito do Direito Penal, José Cerezo Mir aponta que essa tendência não pode ser entendida sem envolvê-la em um procedimento cultural mais amplo em torno do mundo infantil e juvenil, mencionando os avanços na Biologia, na Psicologia, Psiquiatria e Sociologia, que levaram à conclusão de que a criança não é um pequeno adulto, senão algo distinto, com um nível social distinto próprio e privilegiado, com uma personalidade definida e diferente a se ter em conta pela política social (CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 938).
105. VASCONCELOS, Silvío José Lemos; GAUER, Gabriel José Chittó. Op. cit., p. 135.

acabam por se prostrar no tempo, pontos estes que veiculam ao debate apenas os efeitos dessa criminalidade e não as causas, motivo pelo qual as argumentações que apóiam a redução de menoridade penal mostram-se perfunctórias diante do real problema que não é de ordem jurídica e sim, de ordem cultural, social, econômica etc.

6. CONCLUSÃO

Desenvolve-se na doutrina pátria um debate acalorado acerca da menoridade penal, principalmente em torno da redução do limite de idade. Perfilha-se aqui do entendimento de que a redução da menoridade envolve inevitavelmente matéria de política criminal. No entanto, há que se respeitar a base interdisciplinar do assunto, que não se esgota na seara penal, não havendo fundamento científico plausível que justifique o rebaixamento da idade da imputabilidade.

Além disso, a política criminal hodierna foi traçada pelo legislador constituinte na forma de garantia individual escorada em cláusula pétreia (CF, art. 228), insuscetível de alteração por emenda constitucional. A localização topográfica no texto constitucional pouco importa. O relevante é que a previsão constitucional da menoridade abaixo dos 18 anos tem conteúdo de direito individual, substancial, por afetar diretamente o *status libertatis* do menor. Somente essa postura explica o fato de se ter incluído na Carta Magna esse dispositivo. Se assim não fosse, teria a Lei Maior sido simplesmente omissa a respeito, deixando a regulação dessa matéria a cargo da legislação infraconstitucional. Mas não o fez expressamente, não deixando dúvida de que se trata de previsão de direito individual do menor nessa condição perante o Estado, condizente com o respeito à liberdade e à dignidade, conectadas e inerentes à pessoa humana nessa condição.

O sistema mais adequado para a fixação da menoridade penal é o biológico, que evita o subjetivismo judiciário inerente à avaliação em concreto do denominado discernimento, em prol da segurança jurídica. Aqui o dado biológico (menoridade) é o bastante para criar a inimputabilidade, cuja presunção é *iuris et de iure*, não se devendo levar em consideração a real capacidade volitiva e intelectual.

À luz da Constituição (art. 228) e do Código Penal (art. 27), os menores de 18 anos estão fora do direito penal, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Não há, portanto, que se falar em responsabilidade penal juvenil, mas em responsabilidade *socioeducativa*, de caráter pedagógico, cuja natureza jurídica, de caráter híbrido *administrativo-civil* é evidentemente diversa da penal.

Pode-se apontar que o atual debate sobre a diminuição da menoridade penal resta infrutífero, pois parte de premissas que estão longe de representar os pontos nodais da discussão, uma vez que se prima por mudanças a partir da análise dos efeitos e não das causas da criminalidade, em especial a juvenil. Também, corroborando este direcionamento errôneo estão as construções que não condizem com a realidade que se apresenta, como acima explicitadas. Finca-se o posicionamento de que, para se alcançarem os resultados necessários, deve-se

partir de uma análise interdisciplinar, tendo em vista que a gênese do problema remete o intérprete à busca de subsídios que não estarão tão-somente na seara jurídica, mas também em saberes que a circundam, representando diversos pontos da sociedade.

Acreditar que o desrespeito a uma construção histórica acerca da legislação referente ao menor, bem como que a implementação de políticas criminais que se sobreponham aos direitos e garantias do cidadão possam ser a solução para barrar o aumento da criminalidade, representa ledó engano, tendo em vista o debate e o ataque perfunctório envolvendo o problema.

Não há que se criticar a legislação existente, como a Lei 8.069/90, aventando que não está de acordo com as reais necessidades para o combate à criminalidade juvenil; deve-se, sim, tentar buscar uma operacionalização dos dispositivos constantes nessa Lei, de maneira, aí sim, poder levantar que alguns dispositivos se mostram inertes diante do problema, e não basear a crítica em meras conjecturas como atualmente é feito.

Não se pode concordar com a possibilidade de redução da menoridade penal, uma vez que todos os argumentos que são despendidos nesse sentido partem de um senso comum, alheio à própria racionalidade que deve ser observada, ou não se pautam em falácias que acabam por se prostrar no tempo, pontos estes que veiculam ao debate apenas os efeitos da criminalidade e não as causas, motivo pelo qual as argumentações que apóiam a redução de menoridade penal mostram-se perfunctórias diante do real problema que antes de ser de ordem jurídico-penal, é cultural, social, econômico etc.