

A FLEXIBILIZAÇÃO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL FRENTE À CAPACIDADE RELATIVA DE CULPABILIDADE DO ADOLESCENTE INFRATOR

Phelipi Alexander Fernandes Lopes Barros¹

João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

A redução da maioridade penal deve ser vista de forma flexível frente à capacidade relativa de culpabilidade do adolescente infrator. Para tanto, analisa a evolução histórica nacional do Estatuto da Criança e do adolescente, bem como o seu surgimento. Do mesmo modo, analisa o Código Penal brasileiro, utilizando-se da comparação com os códigos penais de outros países no tocante à maioridade penal. Por conseguinte, destaca as mudanças sociais ocorridas do decorrer da criação do Código, no ano de 1940, até os dias atuais, mostrando a evolução do discernimento e acesso à informação do adolescente do século XXI. Para isto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que as medidas socioeducativas não são eficazes para inibir os atos praticados pelo adolescente infrator, e ao mesmo tempo investiga a capacidade relativa de culpabilidade desse adolescente, para, a partir daí, concluir que a flexibilização da maioridade penal é o meio eficaz para inibir tais atos infracionais. Nesse sentido, a pesquisa realizada confirma a hipótese da ineficácia das medidas aplicadas pelo ECA, não restando outra alternativa que não a da flexibilização em relação a aplicabilidade das sanções penais ao adolescente infrator.

Palavras-chave: Flexibilização. Redução da maioridade penal. Culpabilidade relativa do adolescente infrator. Medidas socioeducativas.

THE EASING CRIMINAL MAJORITY REDUCTION IN FACE OF THE RELATIVE GUILT OF TEENAGER OFFENDER

ABSTRACT

The reduction of criminal majority should be seen in a flexible way, in face of the relative capacity of the offender teenager. For this purpose, analyzes the national historical evolution of the Child and Adolescent Statue, along with its emergence. In the same way, analyzes the Brazilian Criminal Code, using the comparison with the criminal codes in the other countries with regard to criminal majority. Therefore, it is emphasize the social changes that have occurred during the creation of the Code, in the year 1940, until the current days, showing the evolution of the discernment and the access information of the teenager of the 21st century. For this, use the hypothetical-deductive method, leaving of the hypothesis that the educational measures are not effective for inhibiting the acts performed by the ofender

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: phelipilopes@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: jbmb@uol.com.br

teenager, and at once investigates the relative ability of guilt of this teenager, for, to therefore conclude that the easing of criminal majority is the effective means to inhibit offending acts. In this sense, the survey confirms the hypothesis of the ineffectiveness of the measures implemented by ECA, leaving no other alternative than the flexibility regarding the applicability of penal sanctions to the offender teenager.

Key-words: Easing. Reduction of criminal majority. Relative guilt of offender teenager. Educational measures.

1 INTRODUÇÃO

Flexibilizar é tornar algo flexível para buscar maior alcance e aplicabilidade do que se deseja tornar mais ou menos rígido. Nesse sentido, a flexibilização da maioridade penal visa responsabilizar o menor de 18 (dezoito) anos à medida da sua relativa culpabilidade quanto ao ato infracional praticado.

Nessa perspectiva, o tema da redução da maioridade penal vem sendo alvo de debate no cenário político brasileiro desde o ano de 1993, quando foi proposta a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº. 171/1993.

Desse modo, no presente ano, uma nova Proposta de Emenda à Constituição de nº. 21/2013 voltou a ser objeto de análise na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, propondo em seu texto a alteração do artigo 228 da Constituição Federal de 1988 que traz a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos, objetivando a redução da maioridade penal de 18 (dezoito) anos para 15 (quinze) anos.

Por conseguinte, dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) comprovam que do ano de 2015 para o ano de 2016 o número de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas dobrou, passando de 96 mil para 189 mil crianças e adolescentes.

Em vista disso, surge a necessidade de estudar o tema da redução da maioridade penal, priorizando a sua flexibilização, uma vez que o tema envolve debate político, alteração de normas jurídicas penais e constitucionais, e por fim, interesse social pela punição que até então é branda no tocante ao menor infrator.

Dessa forma, nasce a problemática de como se daria a flexibilização da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro no tocante à capacidade relativa de culpabilidade do adolescente infrator. E, para solucionar tal problemática, faz-se necessário analisar historicamente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como analisar o Código

Penal brasileiro, lançando mão do estudo comparativo com os códigos penais de outros países.

Em seguida, é impreterível investigar o conceito de flexibilização, de capacidade relativa de culpabilidade e do adolescente infrator, assim como, explorar os resultados das medidas socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aplicadas aos adolescentes que tem entre 12 (doze) anos e 18 (dezoito) anos.

Ademais, o método segundo o qual esta pesquisa foi desenvolvida, foi através da hipótese a qual as medidas socioeducativas são meios ineficazes para reprimir atos praticados pelo adolescente infrator, e concomitantemente investiga a capacidade relativa de culpabilidade deste, para concluir que a flexibilização da maioria penal é o meio devidamente eficaz para reprimir a reincidência da prática de tais atos.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é um conjunto de leis específicas que garantem os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes brasileiros. Este conjunto de leis surgiu com o advento da Lei nº. 8.069/90, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Entretanto, para entender o surgimento do Estatuto, necessário se faz regressar no tempo, onde crianças e os adolescentes não possuíam direitos reconhecidos, pois vigorava o poder patriarcal, no qual as mulheres e os filhos deveriam obedecer às regras impostas pela autoridade patriarcal.

Nesse sentido, o jurista João Batista Costa Saraiva³ traz que o primeiro tribunal de menores foi criado em Illinois, nos Estados Unidos no ano de 1899, o que fez com que outros países viessem a aderir à criação de tribunais de menores, instituindo seus próprios juízes de caráter especial para tal julgamento.

Por conseguinte, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi pioneira ao se manifestar estabelecendo direitos à criança e ao adolescente, fixando idade limite para o ingresso dos jovens na vida economicamente ativa. Em seguida, no ano de 1924 a Sociedade das Nações Unidas aprovou a carta da Liga Sobre as Crianças, conhecida, como Declaração de Genebra.

³ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Após 10 anos da criação da declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Organização das Nações Unidas (ONU) criou uma nova declaração, tratando não mais dos Direitos do Homem, mas especificamente do direito das crianças e dos adolescentes. Foi então, onde surgiu a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959), fazendo com que esses sujeitos adquirissem direitos e deveres.

Em subsequência, outras convenções foram importantes para assegurar a garantia desses direitos e deveres, merecendo destaque o Pacto de São José da Costa Rica (1960), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989-1990) e as Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de Riad (1990).

2.1 EVOLUÇÃO NACIONAL

No Brasil, a primeira legislação que teve como finalidade a proteção das crianças foi a Lei do Ventre Livre⁴, sendo uma lei abolicionista que considerava livre todos os filhos de mulheres escravas nascidos a partir da data da lei (28 de setembro de 1871). A lei estabelecia duas possibilidades para as crianças nascidas livres: poderiam ficar sob os cuidados dos senhores até os 21 (vinte e um) anos, ou eram entregues ao governo. Esta segunda possibilidade não era praticada, uma vez que os senhores feudais preferiam ficar com as crianças para valer-se da mão de obra dos menores livres até os 21 (vinte e um) anos.

Por conseguinte, com o início do processo de industrialização decorrente da vinda dos imigrantes europeus para o cultivo do café, a sociedade da época sofreu uma crise devido à urbanização desregulada, onde várias crianças estrangeiras foram abandonadas. E, diante dessa situação, na cidade de São Paulo (1896), surgiu a Casa dos Expostos, que era um local onde as crianças abandonadas eram abrigadas.

Igualmente, a Santa Casa do Rio de Janeiro (1738) já havia sido criada, a qual era uma instituição parecida com a Casa dos Expostos, chamada de Roda dos Expostos, que tinha a mesma finalidade de abrigar os menores que eram abandonados.

Seguindo a evolução histórica, com as diversas mudanças no aspecto político, social e econômico brasileiro surge um grande avanço na doutrina penal, os chamados Códigos Penais de 1830 e 1890 que tinham como objetivo principal a proteção dos delinquentes, que se

⁴ BRASIL. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. **Declara de Condição Livre Os Filhos de Mulher Escrava Que Nascerem Desde A Data Desta Lei, Libertos Os Escravos da Nação e Outros, e Providencia Sobre A Criação e Tratamento Daquelles Filhos Menores e Sobre A Libertação Annual de Escravos.** Palácio do Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

baseavam na pesquisa de discernimento, consistindo em imputar as penas e responsabilidades dos menores em função do entendimento de cada um sobre o fato que havia praticado. Portanto, ficava a critério do juiz determinar se o menor era ou não capaz de tal dolo.

Com o surgimento da Primeira República (1889), a doutrina da Situação Irregular se estabeleceu, trazendo que os menores passavam a ser objeto da norma quando se encontravam em estado de patologia social, ou seja, em situação irregular.

À vista disso, um caso marcante e decisivo para o surgimento da doutrina de proteção ao menor, foi o caso do garoto Bernardinho⁵ de 12 (doze) anos. No ano de 1926, Bernardinho trabalhava como engraxate, e em dado momento, ao terminar um serviço, um cliente saiu sem pagar. A reação do garoto foi jogar tinta no cliente que não havia lhe pago, e imediatamente o cliente chamou a polícia. Quando os policiais chegaram, levaram o garoto preso, que ficou em uma cela com vinte adultos, o que resultou em seu estupro e espancamento pelos detentos.

Após ser violentado dentro da cela, Bernardo foi jogado na rua. Ao ser resgatado e levado ao hospital, a história chocou os médicos e a imprensa da época, o que resultou grande destaque ao caso e levando a população a questionar os cuidados com a infância.

Desse modo, pressionado pela opinião pública, um ano depois do ocorrido, o Presidente Washington Luiz, assinou o Código de Menores (1927), que foi um sistema de proteção à criança que fixava em 18 (dezoito) anos a idade mínima para crianças e adolescentes serem punidos como adultos, onde foi estabelecido critérios de culpabilidade, responsabilidade e discernimento da criança e do adolescente.

O Código em comento dividiu as crianças em dois grandes setores: o primeiro, das crianças de elite que eram as ricas e brancas, e o segundo, que era a maioria das crianças brasileiras, as crianças pobres, negras, abandonadas e delinquentes, que receberam o nome pejorativo de “menor”. Nesse sentido, havia também uma divisão social que independia da idade, pois eram considerados “menores” as crianças abandonadas que estavam sob a tutela do Código, ou seja, aquelas denominadas de “delinquentes”.

Além disso, a Constituição de 1934 tratou especificamente sobre a proteção de trabalho de crianças e adolescentes, com a rejeição do trabalho noturno para os menores de 16 (dezesesseis) anos e a proibição de trabalho em indústrias insalubres, além de amparo à maternidade e à infância.

⁵ **Diário de Pernambuco**, Pernambuco, 09 jul. 2015. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/07/09/interna_politica,585537/abuso-brutal-de-menino-na-prisao-em-1926-estabeleceu-a-maioridade-penal-em-18-anos.shtml>. Acesso em: 16 out. 2017.

Em seguida, no ano de 1937 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, onde estava contida a proteção social à infância e a juventude, e também aos setores mais carentes da população.

Nessa perspectiva, o entendimento do jurista Maurício Neves Jesus (2006, p. 50) ao falar da Constituição de 1937:

“A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, e intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”.

Com promulgação do Código Penal de 1940, que rege atualmente o Direito Penal, alterou-se o Código de Menores determinando a responsabilidade penal a partir dos 18 (dezoito) anos completos. Em virtude disso, no ano de 1941, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), com o objetivo de ser um “sistema penitenciário” para a população menor de idade, com atendimento diferenciado para o adolescente que cometia ato infracional e o menor carente e abandonado.

O método utilizado pelo SAM era de caráter repressivo e desumano, o que levou à sua extinção, dando origem a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). Logo, as diretrizes estabelecidas pela FUNABEM eram diferentes das aplicadas pelo SAM, mas ambos visavam programas direcionados à integração da criança e do adolescente na sociedade.

No ano de 1979 surge o novo Código de Menores, que tinha como base o Código de Menores de 1927, ou seja, tinha o mesmo cunho assistencialista e repressivo. O novo Código de Menores estabeleceu que crianças ou adolescentes até 18 (dezoito) anos que praticassem atos infracionais, que estivessem sobre a condição de maus-tratos familiares ou em estado de abandono pela sociedade teriam tratamentos igualitários.

Desse modo, com a falta de aplicabilidade do novo Código de Menores, a doutrina se mostrou ineficaz em agir de forma preventiva, nesse momento percebeu-se que os problemas relacionados aos menores não somente pertenciam ao Estado, mas também a sociedade, por estarem inseridos nela.

Por conseguinte, com a promulgação da Constituição da República de 1988, tornou-se concreta a doutrina da Proteção Integral, a qual buscava maior ênfase à proteção e a garantia dos direitos e deveres das crianças e adolescentes, tirando a responsabilidade, que até então era colocada apenas como sendo do Estado, e agora distribuindo-a para a família e a sociedade, conforme o artigo 227 da Carta Magna:

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

Nessa perspectiva, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a população infanto-juvenil teve positivado pela norma maior do ordenamento jurídico brasileiro, os seus direitos e deveres.

2.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) surgiu pela forte pressão nacional e internacional, frente à necessidade de mudanças na política de tratamento do até então chamados “menores”, para que fossem considerados sujeitos de direitos.

Dessa forma, com a criação do ECA, concomitantemente com a doutrina da Proteção Integral instituída pela Lei nº. 8.069/90, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente, aboliu-se o termo “menor”, e foram determinadas novas expressões a serem utilizadas, tais quais: “criança” que abrange até os 12 (doze) anos incompletos, e o termo “adolescente” que abrange a idade de 12 (doze) anos completos até 18 (dezoito) anos incompletos. Assim como, foi criado o Conselho Tutelar que tem por definição:

Órgão permanente e autônomo, eleito pela sociedade para zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes. Os conselheiros acompanham os menores em situação de risco e decidem em conjunto sobre qual medida de proteção para cada caso. O exercício efetivo da função de conselheiro constitui serviço público relevante e quem o pratica deve ser pessoa idônea,

de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)⁶

Nesse sentido, o ECA surgiu com o objetivo de suprir a lacuna existente no que tange a legislação nacional sobre as crianças e adolescentes, já que o Código de Menores era aplicado somente em casos onde o “menor” se encontrava em situação irregular, o que significa que além da menor idade, se considerava também a situação em que se encontrava a criança ou o adolescente.

Contudo, com o advento do ECA, a criança passa a ser tutelada pela doutrina da Proteção Integral, a qual fornece à criança e ao adolescente toda a assistência necessária para seu pleno desenvolvimento.

Assim, este conjunto de regras visa proteger as crianças que estão desprovidas de família, podendo dar vez a uma família substituta na forma de guarda, tutela e adoção. Outro aspecto importante é o fato de a criança não ser submetida às leis do Código Penal, e sim à lei especial, que no caso em comento é o próprio ECA.

Desse modo, quem julga os atos infracionais praticados é um juiz especializado, aplicando como sanção uma medida socioeducativa (artigo 112, ECA), assim como há também medidas de proteção às crianças com distúrbios de ordem física ou psíquica (artigo 101, ECA).

2.3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas são punições aplicadas ao adolescente que comete ato infracional tipificado no Código Penal brasileiro. Entretanto, faz-se necessário observar a aplicação dessas medidas à luz do princípio da Proteção Integral, pois mesmo havendo proteção aos infantes, ao adolescente que comete ato infracional, deve ser aplicada punição como forma de disciplinar o seu comportamento, bem como sua adequação no meio social.

Dá-se o nome de medida socioeducativa a providência tomada pelo Estado, revestido pelo magistrado, que é o Juiz da Vara da Infância e Juventude, que advêm de um devido processo legal de natureza sancionatória como resposta de um ato denominado infracional, praticado pelo adolescente.

⁶ Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Serviço:** O que faz um conselho tutelar?. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83767-cnj-servico-o-que-faz-um-conselho-tutelar>>. Acesso em: 06 out. 2017.

Igualmente, vale salientar que a medida socioeducativa tem natureza administrativa, resultante de homologação judicial de remissão cumulada com alguma medida permitida em lei.

Mister se faz destacar o papel do Ministério Público como órgão que tem principal papel na atuação direta por meio de representação quando realizado qualquer tipo de ato infracional e para que possa ser instaurada uma ação que resulte em medidas socioeducativas.

Ademais, levando em consideração o artigo 103 do ECA, embora a prática seja considerada um crime ou uma contravenção penal, conclui-se que se o fato for praticado pelo adolescente infrator não é revestido de culpa, em razão da sua inimputabilidade penal, uma vez que a imputabilidade só se inicia aos 18 anos completos.

Assim, não sendo aplicadas as penas previstas no Código Penal para crianças, tampouco para os adolescentes, condutas altamente reprováveis pela sociedade serão definidas apenas como ato infracional.

Desse modo, os adolescentes, que estão entre a idade dos 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos incompletos, caso pratiquem um ato infracional, estarão sujeitos a um processo de contraditório e ampla defesa. Podendo, depois disso, após o devido processo legal, receber alguma sanção, que no caso denomina-se de medidas socioeducativas, estabelecidas no artigo 112 do Estatuto, quais sejam:

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

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Por sua vez, uma criança, que compreende a idade de até 12 (doze) anos incompletos, que praticar algum ato infracional será encaminhada ao Conselho Tutelar, ficando sujeita às medidas de proteção, as quais estão previstas no artigo 101, inciso I ao IX do ECA:

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

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

Além do caráter pedagógico, que visa à reintegração do jovem em conflito com a lei na vida social, as medidas socioeducativas possuem caráter sancionatório, em resposta à lesão que a sociedade sofre pela conduta típica praticada.

Por conseguinte, no que se refere às medidas de advertência, deve-se analisar o artigo 115 da supracitada norma legal, o qual estabelece que a advertência será reduzida a termo e assinalada. Logo, essa medida é a mais leve dentre as medidas existentes no ordenamento jurídico, sendo realizada também pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude.

Em contrapartida, no que tange a obrigação de reparar o dano, o artigo 116, caput, traz que: “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”. Desse modo, objetivando que o adolescente crie o senso de responsabilidade patrimonial do patrimônio que ele lesou, seja por meio de reparação ou por meio de compensação.

Em seguida, no que se refere à medida de prestação de serviços à comunidade, estabelecida no artigo 117, o período e a quantidade de horas semanais devem ser levados em conta, e também a condição do infrator e a gravidade da infração, estabelecendo assim uma proporcionalidade entre o fato e a sanção. O período máximo é de 06 (seis) meses, em regime de 08 (oito) horas semanais, e o cumprimento da medida não pode causar prejuízo a outros direitos do infrator, como por exemplo, o da educação.

Logo, esta medida apresenta aplicação mais como uma forma de preencher o tempo ocioso do infrator, impedindo que ele volte a entrar em conflito com a lei, tendo em vista que

a medida socioeducativa de prestação de serviço é uma resposta à sociedade, sendo um serviço prestado à sociedade, diante da conduta infracional praticada pelo adolescente.

Já no caso da medida da liberdade assistida, exposta nos artigos 118 e 119, ela é mais apropriada para os casos residuais, onde se fazem necessários o acompanhamento e a orientação do adolescente. Esta medida deve ser aplicada com prazo mínimo de 06 (seis) meses, podendo ser prorrogada sempre que houver necessidade do adolescente receber acompanhamento, auxílio ou até mesmo orientação.

No que se refere à medida de semiliberdade, que está disposta no artigo 120, sendo aplicada a menores infratores no que couber a disposição relativa de internação, o ECA não estabelece o local nem forma do cumprimento da semiliberdade, prevendo que poderá ser determinada pelo Juiz logo de início ou como forma de transação para o meio aberto.

Por fim, a medida socioeducativa de internação é aquela que vai enumerar mais disposições, sendo estas elencadas nos artigos 121 ao 125. Esta medida tem como principal objetivo privar a liberdade do adolescente que está em conflito com a lei, ficando este internado em estabelecimento próprio para esse fim. Assim, é importante destacar que não é possível permanecer internado em sede policial ou estabelecimento prisional, e a internação não poderá exceder o prazo máximo de 03 (três) anos.

Entretanto, no tocante à internação, existe a internação provisória, que está prevista nos artigos 108, 174, 183 e 184 do ECA, que fixa o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, sendo definida de acordo com algumas hipóteses, que são: existência de indícios suficientes de autoria e materialidade, devendo ser demonstrada a imprescindibilidade da medida ou garantia da segurança pessoal do adolescente ou para manutenção da ordem pública, quando o exigirem, em função da gravidade do ato infracional e de sua repercussão social, após o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, o Juiz deverá de ofício ou atendendo algum requerimento determinar a liberação do adolescente.

3 MAIORIDADE PENAL E O DIREITO COMPARADO

O sistema jurídico brasileiro dispõe que a maioridade penal se dá aos 18 (dezoito) anos completos. Tal entendimento está expresso em três artigos de diferentes normas legais, são eles: o artigo 27 do Código Penal, o artigo 104, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 228 da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, o legislador adotou o critério biopsicológico para definir a idade da imputabilidade penal. Esse critério estabelece, de acordo com o entendimento o jurista Cleber Masson (MASSON, Cleber, p. 511), que:

Esse sistema conjuga as atuações do magistrado e do perito. Este perito trata da questão biológica, o juiz trata da questão psicológica. A presunção de imputabilidade é relativa (*iuris tantum*): após os 18 anos, todos são imputáveis, salvo prova pericial em sentido contrário relevando a presença de causa mental deficiente, bem como o reconhecimento de que, por tal motivo, o agente não tinha ao tempo da conduta capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, as normas legais se mantêm fiel ao entendimento de que a pessoa menor de 18 (dezoito) anos não possui desenvolvimento mental completo para compreender o caráter ilícito de seus atos, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em vista disso, no tocante aos menores de 18 (dezoito) anos, foi adotado o critério biológico, que considera apenas a idade do agente, e não leva em consideração a sua capacidade mental/psíquica para o entendimento de tais atos que este venha a praticar.

Assim, para refutar a utilização deste critério biológico adotado para o menor de 18 (dezoito) anos, faz necessário utilizar-se do direito comparado através de códigos penais de outros países, os quais adotam idades inferiores aos 18 (dezoito) anos para início da responsabilidade penal, e, na maioria, admite-se a imputabilidade de menores quando do cometimento de crimes específicos.

3.1 MAIORIDADE PENAL EM OUTROS PAÍSES

Um estudo feito pelo Consultor Legislativo, Ribamar Soares e publicado na Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados com o título “A Maioridade Penal no Brasil e em outros países”⁷, versa sobre a redução da maioridade, e mostrou alguns países que adotam a maioridade penal, para punir o adolescente que comete alguns crimes, antes dos 18 (dezoito) anos completos.

⁷ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **A maioridade penal no Brasil e em outros países**. Câmara dos Deputados. 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1482>>. Acesso em: 04 out. 2017.

Igualmente, o Boletim do Legislativo nº. 13⁸ publicado no site do Senado Federal e elaborado pelo Consultor Legislativo, Tiago Ivo Odon, faz breves considerações no que diz respeito ao tema da maioridade penal.

Assim, mister se faz destacar que a maioridade penal na Inglaterra começa aos 10 (dez) anos, mas a privação de liberdade é estabelecida somente após completar 15 (quinze) anos, pois a idade entre 10 (dez) e 14 (quatorze) anos são regidas por um regime especial, sendo a categoria *Child* e a *Young Person*.

Ademais, no tocante a maioridade aos 12 (doze) anos o Equador, o Canadá e a Holanda adotam este parâmetro, bem como aos 13 (treze) anos na Espanha e na França, o adolescente pode ser responsabilizado.

Igualmente, na Alemanha, aos 14 (quatorze) anos o adolescente pode ser responsabilizado, mesmo sendo oficialmente a idade de 18 (dezoito) anos para a imputabilidade, se um adolescente de 14 (quatorze) anos cometer algum crime grave e for considerado com “discernimento”, poderá ser julgado pelo sistema tradicional.

Por conseguinte, na Dinamarca, na Noruega, na Suécia e na Finlândia a maioridade penal se dá aos 15 (quinze) anos, e nesses países os adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito), são sujeitos a um sistema diferenciado, uma vez que o encarceramento é aplicado apenas em último caso.

Em contrapartida, na Argentina, a maioridade se dá aos 16 (dezesseis) anos, onde a partir desta idade o adolescente pode ser privado da sua liberdade ficando em penitenciárias. Em consonância, o Chile e Cuba também estabelecem a mesma idade.

No mesmo sentido, Portugal adota o Sistema de Jovens Adultos, estabelecendo que a maioridade penal começa aos 16 (dezesseis) anos, sendo o adolescente submetido a um regime especial.

Por fim, nos Estados Unidos, por não ter ratificado a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a maioridade penal é fixada com a idade mínima de 12 (doze) anos, podendo estes adolescentes serem submetidos tanto à pena de morte como a prisão perpétua.

⁸ ODON, Tiago Ivo. **Maioridade penal – breves considerações**. Boletim do Legislativo nº 13. Brasília. 2013. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/documentos/anexos/boletim-do-legislativo-no-13-maioridade-penal-2013-breves-consideracoes-por-tiago-ivo-odon>>. Acesso em: 04 out. 2017.

4 MUDANÇAS SOCIAIS FRENTE AO CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal vigente no Brasil foi elaborado no ano de 1940, levando em consideração os fatores sociais presentes à época. Hoje, no ano de 2017, passados 77 anos desde a sua elaboração, o Código resta desatualizado, uma vez que suas normas não foram remodeladas com o decorrer do tempo.

Nesse sentido, diante do crescimento tecnológico, avanço da internet e acesso à informação, o adolescente de, pelo ou menos, 16 (dezesseis) anos, consegue ter maior discernimento frente ao adolescente tanto da década de 40 quando foi promulgado o Código, quanto da década de 90 quando foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em consonância com este pensamento, a psiquiatra, vice-coordenadora do Departamento de Ética e Psiquiatria Legal da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), Kátia Mecler, defende que um jovem de 16 (dezesseis) anos “já é capaz de entender o caráter ilícito de um ato e escolher entre praticá-lo ou não”.

Do mesmo modo, em uma matéria publicada no site da Empresa Brasil de Comunicação (EBC)⁹, a psiquiatra afirma:

Quando esse limite foi definido há 70 anos, vivíamos uma época muito diferente. Hoje, o mundo é absolutamente permeado pela comunicação, por tecnologias avançadas, por estímulos intensos desde cedo e a gente percebe claramente que o desenvolvimento acelera também, ainda que a maturidade seja um processo longo, que pode durar uma vida inteira.

Nessa perspectiva, tendo por base os anos que se passaram e a evolução da sociedade, o Código Penal, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente devem passar por reformulações no tocante ao critério usado para definir a inimputabilidade penal do menor de 18 (dezoito) anos. Pois, com o critério atual, sendo o psicológico (MASSON, Cleber, p. 511), a lei não leva em consideração a capacidade de o agente, menor de 18 anos, entender o caráter ilícito.

Desse modo, fazendo-se necessário aplicar o critério biopsicológico, que já é aplicado pelo Código Penal para os maiores de 18 (dezoito) anos, aos menores de 18

⁹ ANDRADE, Juliana; BERALDO, LÍlian. **Para psiquiatra forense, jovem de 16 anos tem maturidade para escolher entre cometer ou não um crime**. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/04/para-psi-quiatra-forense-jovem-de-16-anos-tem-maturidade-para-escolher-entre>>. Acesso em: 22 out. 2017.

(dezoito) anos, pois estes, valendo-se de estudo psicológico através de laudo pericial, pode-se atestar a sua capacidade e discernimento para compreender os atos praticados.

5 FLEXIBILIZAÇÃO

Ao se tratar diretamente do adolescente, o qual tem idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, seus direitos são protegidos em especial pelo ECA, tendo por base o critério biológico, como explicitado anteriormente no Capítulo 03 (fl. 11). Desse modo, as sanções impostas ao adolescente, serão sempre as medidas socioeducativas, havendo o pressuposto da proteção, mesmo que ele venha a agir em dissonância com o ordenamento jurídico penal brasileiro.

Uma maioria penal foi imposta, sem levar em consideração casos concretos, situações particulares e questões que dizem respeito ao discernimento do indivíduo, apenas levou-se em consideração o fator da idade. O que, por sua vez, não condiz com a realidade de fato da capacidade de discernimento de um jovem da sociedade atual brasileira. Pois, por uma pequena diferença de dias e meses, duas pessoas podem receber penas completamente diferentes, mesmo tendo cometido o mesmo crime.

Assim, um indivíduo de 18 (dezoito) anos completos que pratica, por exemplo, o tipo penal descrito no artigo 157 do Código Penal, roubo, pode ter aplicada a pena mais grave do que um indivíduo de 17 (dezessete) anos e 11 (onze) meses, que pratica delito idêntico, pois este apenas pelo critério da sua idade, é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com penas significativamente mais brandas.

Nesse sentido, em matéria publicada no site do G1¹⁰, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou dados relativos aos anos de 2015 e 2016 no tocante aos tipos de infrações mais cometidas pelos até então 189 mil adolescentes cumprindo medidas socioeducativas no Brasil. Os cinco maiores atos infracionais praticados são: tráfico de drogas (49.717), roubo qualificado (46.850), roubo simples (22.195), furto (12.455) e furto qualificado (9.815).

Por conseguinte, o CNJ também divulgou dados sobre os tipos de medidas socioeducativas mais aplicadas aos adolescentes, sendo a liberdade assistida (82.366) e a prestação de serviços à comunidade (80.549) as medidas mais frequentemente aplicadas.

¹⁰ REIS, Thiago. **Em 1 ano, dobra nº de menores cumprindo medidas no país, diz CNJ**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/em-1-ano-dobra-n-de-menores-cumprindo-medidas-no-pais-diz-cnj.html>>. Acesso em: 29 out. 2017.

Esse tipo de sanção significativamente menos gravosa em relação às penas aplicadas aos maiores de 18 (dezoito) anos, inclusive à atos infracionais altamente reprováveis pela sociedade, faz com que o número de adolescentes infratores aumente. E, em consonância com este entendimento, o CNJ divulgou dados onde o número de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas no ano de 2016 dobrou em relação ao ano de 2015, passando de 96 mil para 189 mil.

Desse modo, é com base nos dados coletados que aumenta a sensação de impunidade frente aos adolescentes que enxergam as medidas socioeducativas como sendo algo passageiro e simples, o que não os inibe de praticar atos infracionais, mesmo que seja a mando de um adulto que o influencia por saber que o adolescente influenciado, caso seja responsabilizado, tem uma pena, a qual é ineficaz para inibir a reincidência ou mesmo a prática de fato criminoso.

É nesta perspectiva que surge a ideia da flexibilização da maioridade penal, onde se busca a flexibilização do critério utilizado para definir a imputabilidade penal de um indivíduo menor de 18 anos até os 12 (doze) anos incompletos.

Assim, a flexibilização aqui defendida, tem como objetivo principal ampliar a abrangência do critério biopsicológico, que é aplicado aos penalmente imputáveis, levando em consideração não apenas o fator da idade, mas sim caso a caso e suas peculiaridades, para se estabelecer um nível de discernimento ante ao agente que praticou determinado delito.

Neste aspecto, para contextualizar como se daria essa flexibilização, é necessário entender o conceito de capacidade, sendo importante diferenciar capacidade absoluta de capacidade relativa. A capacidade absoluta versa sobre o indivíduo ter plena consciência e discernimento de praticar determinado ato, mesmo sendo reprovável pela sociedade e pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, a capacidade relativa não leva em consideração apenas o que está expresso na lei, mas sim exceções observando caso a caso.

Quando tratamos de culpabilidade do adolescente, deve-se levar em conta a situação que ele cometeu tal delito, seu discernimento frente à situação a qual o levou a cometer tal infração, se houve motivo torpe ou não, etc. Assim, levar-se-ia em conta toda a situação particular do fato ocorrido, sendo possível, com os avanços tecnológicos, fazer exames psicológicos ou estudos psíquicos para saber se o adolescente tem ou não discernimento frente ao ocorrido.

Nesse sentido, a capacidade relativa seria justamente uma análise individual de caso a caso na justiça, e dependendo dos resultados, a capacidade seria relativa à culpabilidade do adolescente infrator frente às sanções estabelecidas no Código Penal.

6 CONCLUSÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi um grande salto no ordenamento jurídico brasileiro ao garantir direitos aos jovens que até data anterior à publicação da Lei nº. 8.069/90, não tinham direitos dignos.

Desse modo, a flexibilização não busca retirar os direitos constitucionalmente garantidos às crianças e adolescentes, mas no que tange a redução da maioridade penal frente à capacidade relativa de culpabilidade do adolescente, a depender da sua capacidade de responder pelos atos cometidos, que eles sejam equiparados aos maiores de 18 (dezoito) anos.

Generalizar a redução da maioridade é realmente um meio ineficaz e defasado de tentar reduzir os altos índices de criminalidade brasileiros, pois cada indivíduo possui suas especificidades, não podendo generalizar todos os casos que envolvem adolescentes, bem como adultos.

É por este motivo que é necessário que ao julgar um adolescente, haja um estudo aprofundado sobre sua capacidade de discernir e de assimilar as consequências jurídicas de atos que são contrários aos ditames sociais. Para, a partir daí, aplicar uma sanção que de acordo com a teoria Mista da finalidade da pena, adotada pelo Brasil, a sanção tenha efetivada a função de punir e ressocializar.

Assim, ao equiparar um adolescente com discernimento suficiente com um maior de 18 (dezoito) anos, que tenha praticado crimes idênticos, ambos iriam sofrer sanções previstas no Código Penal, ou seja, sanções mais graves do que as previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, esse adolescente ainda teria seus direitos garantidos, o que fundamenta a necessidade de se ter, em caso de cumprimento de pena em regime fechado, um tratamento diferenciado. Por exemplo, com progressão de regime menos gravosa, com o aumento da remição por estudo estabelecida no artigo 126, inciso I da Lei nº. 7.210/84, com a separação de celas e demais especificidades que proporcionasse maior chance à ressocialização desse adolescente.

Dessa forma, é importante destacar que as medidas socioeducativas têm a capacidade de ressocializar a criança e o adolescente que comete um ato infracional, mas a partir do momento que se trata de um adolescente com discernimento de um adulto, a punição tem que ser mais severa à medida que ele consegue discernir a gravidade do que fez, tendo uma pena equivalente ao ato que foi praticado.

Em suma, conclui-se que a flexibilização da redução da maioridade penal é o meio eficaz de diminuir a impunidade do adolescente que tem consciência de seus atos ilegais, mas continua praticando-os por também ter a consciência que lhe serão impostas medidas mais brandas do que se ele tivesse idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos.

Assim, analisar caso a caso, através de estudos psicológicos, levando em conta fatores sociais onde o menor está inserido e a gravidade do ato cometido, por exemplo, pode-se chegar a uma sanção que seja eficaz no tocante a reprimir previamente ou se posteriormente, a reincidência de atos ilegais cometidos pelo adolescente infrator.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana; BERALDO, LÍlian. **Para psiquiatra forense, jovem de 16 anos tem maturidade para escolher entre cometer ou não um crime**. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/04/para-psiquiatra-forense-jovem-de-16-anos-tem-maturidade-para-escolher-entre>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. **Consolida As Leis de Assistência e Proteção A Menores**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**: Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica). Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**: Promulga O Código Penal. Sala das sessões do Governo Provisorio, CAPITAL FEDERAL, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830, 1830**: Manda Executar O Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871:** declara de Condição Livre Os Filhos de Mulher Escrava Que Nascerem Desde A Data Desta Lei, Libertos Os Escravos da Nação e Outros, e Providencia Sobre A Criação e Tratamento Daquelles Filhos Menores e Sobre A Libertação Annua de Escravos. Palácio do Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979:** Institui O Código de Menores. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984:** institui A Lei de Execução Penal. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** dispõe Sobre O Estatuto da Criança e do Adolescente e Dá Outras Providências. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do Art. 5º, Inciso XlIII, da Constituição Federal, e Determina Outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de 2013.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112420>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **CNJ Serviço:** O que faz um conselho tutelar?. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83767-cnj-servico-o-que-faz-um-conselho-tutelar>>. Acesso em: 06 out. 2017.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Pernambuco, 09 jul. 2015. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/07/09/interna_politica,585537/abuso-brutal-de-menino-na-prisao-em-1926-estabeleceu-a-maioridade-penal-em-18-anos.shtml>. Acesso em: 16 out. 2017.

JESUS, Maurício Neves. **Adolescente em conflito com a lei:** prevenção e proteção integral. Campinas: Savanda, 2006.

LEÃO, Amanda Vieira. **A redução da maioridade penal e sua relação com a criminalidade no Brasil.** 2015. 50 f. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Faculdade de Anhangüera de Anápolis, Anápolis, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, v. 1:** parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ODON, Tiago Ivo. **Maioridade penal:** breves considerações. **Boletim do Legislativo nº 13.** Brasília. 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidania/documentos/anexos/boletim-do-legislativo-no-13-maioridade-penal-2013-breves-consideracoes-por-tiago-ivo-odon>>. Acesso em: 4 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-(ONU). **Princípios orientadores de RIAD:** Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil. 1990. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincipiosdeRiade.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

PIOVESAN, Francieli. **A redução da imputabilidade penal no contexto jurídico social brasileiro.** 2004. 79 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2004. Cap. 5.

REIS, Thiago. **Em 1 ano, dobra nº de menores cumprindo medidas no país, diz CNJ.** 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/em-1-ano-dobra-n-de-menores-cumprindo-medidas-no-pais-diz-cnj.html>>. Acesso em: 29 out. 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Ato Infracional:** Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei – da indiferença à proteção integral:** Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **A maioria penal no Brasil e em outros países.** Câmara dos Deputados. Brasília. 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1482>>. Acesso em: 04 out. 2017.

UNICEF Brasil. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.