


RECRUDESCENDO A PUNIÇÃO DOS MENORES: DISSIDÊNCIA ENTRE DESTINOS CONSTITUCIONAIS O ALCANCE DO DIREITO PENAL

 <https://doi.org/10.56238/arev7n5-410>

Data de submissão: 29/04/2025

Data de publicação: 29/05/2025

Rogério Piccino Braga

Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Coninbrigae – Universidade de Coimbra, Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de Bauru – ITE, Professor Colaborador de Direitos Humanos e Fundamentais da Universidade Estadual do Norte do Paraná – Uenp, Coordenador e Professor do Curso de Direito da Unopar Anhanguera Bandeirantes

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4022699994172031>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6546-1244>

Vinícius Alves Scherch

Doutor em Ciência, Tecnologia e Sociedade – CTS pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCar, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Professor do Curso de Direito da UNOPAR/Anhanguera. Procurador do Município de Bandeirantes-PR.

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1721329870636878>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3671-3822>

RESUMO

A idade penal do brasileiro é trazida à baila todas as vezes que o senso comum assim determina – em detrimento, como se verá, dos alicerces constitucionais que ainda garantem o mínimo de segurança jurídica e força normativa da Constituição Federal. O texto dispensa à fixação constitucional da maioria penal a característica própria de um conjunto isolado de direitos fundamentais tendo como destinatário o ser humano em desenvolvimento. Dessa forma a pesquisa trafega pela estrada da proibição de abolição de tais direitos, cláusulas pétreas e pelos aportes do funcionalismo e garantismo penais. O Incidente de Desconsideração de Inimputabilidade Penal – IDIP, trazido pela PEC 33/2012 é abordado no texto. Tudo, a fim de trazer reflexão sobre os mecanismos lançados como produto do trabalho do legislador para o enfrentamento da criminalidade, em um contexto de simbolismo das recentes alterações do texto constitucional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Cláusulas pétreas. Proteção integral. Redução da maioria penal. Teorias Penais.

1 INTRODUÇÃO

Quando todos os problemas sociais são submetidos indiscriminadamente ao produto do trabalho do legislador, o anseio social acaba sendo substituído pela realização de desejos imediatistas de pequena parcela da população, instada e presa ao senso comum, nesse contexto insere-se o tema da pesquisa: a discussão da redução da maioridade penal. Sendo assim presente artigo buscará, como objetivo, responder questões de fundamental importância à discussão acerca da necessidade, viabilidade e possibilidade jurídica da redução da maioridade penal, levando em consideração o cenário jurídico vigente.

É constitucional a alteração do art. 228 da Constituição Federal de 1988, prescrevendo que a idade penal do brasileiro começa aos 18 anos? O conjunto de direitos insertos na doravante chamada “cláusula” de inimputabilidade representa um conjunto específico de direitos fundamentais, atinentes ao ser humano em desenvolvimento? Por interpretação conforme, seria o art. 228 da CF/88 cláusula pétrea? A redução da idade penal para 16 anos significaria a abolição desses direitos pertencentes às pessoas com 16 e 17 anos de idade?

Essas outras perguntas serão respondidas com a pesquisa que segue. Também será objeto de abordagem do texto a PEC 33/2012¹ que sugere a criação do Incidente de Desconsideração de Inimputabilidade Penal – IDIP. Seria constitucional a alteração do texto constitucional que permite ao Ministério Público, no caso concreto, avaliar se a idade penal do art. 228 da CF pode ou não ser válida caso a caso?

O método adotado fora o indutivo, após pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema. Os objetivos aqui traçados são fiéis à necessidade de se trazer cientificidade aos argumentos, assim como encerrar um ciclo de debates com a opinião popularizada e com sofismas populistas que não interessam ao mundo do direito, como se verá a seguir.

O texto é dividido em cinco itens, imbricando temas da sociedade e do Direito Penal – com matriz constitucional – primeiramente tratando da redução maioridade penal como vertente do Direito Penal Simbólico e de Emergência; no segundo item a pesquisa se dedica a uma crítica ao incidente de desconsideração de inimputabilidade penal (PEC Nº 33/2012); no terceiro item é abordada a falácia da impunidade do menor infrator; no quarto item é tratada da inimputabilidade do menor sob a ótica do funcionalismo e do garantismo penais; por fim é trazida a questão social da maioridade penal sob a ótica de um modelo restaurativo de justiça.

¹ A PEC 33/2012 foi arquivada ao final da legislatura, nos termos do § 1º do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal. Todavia a questão da diminuição da maioridade penal permanece latente na sociedade.

2 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE COMO UM DIREITO PENAL SIMBÓLICO E DE EMERGÊNCIA

A realidade contemporânea (BAUMAN, 2001) e as identidades dos indivíduos (HALL, 2005) já não são as mesmas daquelas experimentadas pela sociedade, quando da idealização dos sistemas penais e da Constituição vigentes. Relevadas as reformas da legislação e as quase cem emendas constitucionais, a sociedade se apoia em um direito que frustra as expectativas ou que garante a própria existência disso que convencionamos em chamar de convivência?

Idealizar um mundo em que não existam problemas, crimes e crises é deveras utópico e, o direito precisa atuar como instrumento pacificador no sentido de possibilitar o compartilhamento de vidas pautado em uma justiça social.

Tramitando por mais de vinte e quatro anos, a proposta de emenda à Constituição nº 171 de 1993 tem por escopo a simples alteração do texto do artigo nº 228 da Constituição Federal, para reduzir a maioridade em dois anos. Ou seja, de forma geral, a pretensão do legislador é que onde se tem dezoito anos como a idade em que o indivíduo reúne condições (biológicas) para entender o ilícito penal, seja esta idade de dezesseis anos.

Denota-se que a proposta é posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que na época era um novo e revolucionário diploma que outorgou às crianças e adolescentes – com fundamento na Constituição – um reconhecimento que até então não fora dado a este tipo de minoria. Então, com estes indivíduos, agora sujeitos de direito e, mais do que isso, destinatários de uma considerável porção de garantias, surgem os embates sob dois vértices principais: **(i)** os menores não podem, por si, defender seus direitos – não têm voz; **(ii)** os menores não podem pedir a efetividade de seus direitos – não têm vez.

Arelado a isso, com o ECA foi dado um importante passo na desconstrução da cultura do menorismo². Ainda que reconhecidos como sujeitos de direitos, é patente a característica de precariedade e de vulnerabilidade dos menores quanto à questão de abertura de um espaço democrático em que se possa considerar esta minoria como um ator social que reivindica e participa da sociedade, notadamente devido à obstáculos de ordem natural e da condição peculiar de ser humano em processo de formação. Feita esta breve digressão, a PEC 171/93, contrariando o processo de combate da reificação (LUKÁCS, 1989) do menor, impõe a redução da maioridade penal a partir de

² O menorismo é uma expressão que decorre dos “Códigos de Menores” de 1927 e 1979, em que crianças e adolescentes eram tratados como meros “objetos” de intervenção do Estado e não como sujeitos de direitos.

um raciocínio formado no âmbito da inimputabilidade, e propondo, conforme sua justificativa crítica ao modelo atual.³

A partir dos trechos da referida proposta de emenda à Constituição, identifica-se a *ratio* do legislador que dá a entender que o menor passa de um sujeito de direitos a instrumento do crime, objetificado e manobrado tanto pelos adultos – para cometer crimes – como pela influência das mídias de comunicação “em massa”.

Noutro giro, contraditório é dizer que a capacidade de autodeterminação do indivíduo com dezesseis anos é equivalente à daquele que tem dezoito, pois, ao mencionar que o adolescente possui conhecimento a respeito do certo e do errado, mas mesmo assim se sujeita aos ditames dos meios de comunicação e aos adultos para a prática delitiva, como estatui a teoria do domínio do fato, não seria o menor, o autor principal.

Já sob o aspecto de estudos focados na criminologia e na política criminal, a redução da maioridade não encontra azo por ser um instrumento de coerção que se esvazia na busca de uma criação normativa repressiva e retributiva – do mal com mal – ao possibilitar o encarceramento

³ A conceituação da inimputabilidade penal, no direito brasileiro, tem como fundamento básico a presunção legal de menoridade, e seus efeitos, na fixação da capacidade para entendimento do ato delituoso. (...) Ao aferir-se esse grau de entendimento do menor, tem-se como valor maior a sua idade, pouco importando o seu desenvolvimento mental. (...) Com efeito, concentrando as atenções no Brasil e nos jovens de hoje, por exemplo, é notório, até ao menos atento observador, que o acesso destes à informação nem - sempre de boa qualidade - é infinitamente superior àqueles de 1940, fonte inspiradora natural dos legisladores para a fixação penal em dezoito anos. **A liberdade de imprensa, a ausência de censura prévia, a liberação sexual, a emancipação e independência dos filhos cada vez mais prematura, a consciência política que impregna a cabeça dos adolescentes, a televisão como o maior veículo de informação jamais visto ao alcance da quase totalidade dos brasileiros, enfim, a própria dinâmica da vida, imposta pelos tortuosos caminhos do destino, desvencilhando-se ao avanço do tempo veloz, que não para, jamais. (...) Todos os fatores ora elencados, dentre outros, obviamente, que vêm repercutindo na mudança da mentalidade de três ou quatro gerações, não estavam à mão dos nossos jovens de quarenta ou cinquenta anos atrás, destinatários da norma penal benevolente de 1940, que lhes atestou a incapacidade de entender o caráter delituoso do fato e a incapacidade de se determinarem de acordo com esse entendimento.** Se há algum tempo atrás se entendia que a capacidade de discernimento tomava vulto a partir dos 18 anos, hoje, de maneira límpida e cristalina, o mesmo ocorre quando nos deparamos com os adolescentes com mais de 16. **Assim, pela legislação penal brasileira, o menor de dezoito anos não está sujeito a qualquer sanção de ordem punitiva, mas tão somente às medidas denominadas socioeducativas, que, em síntese, são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.** (...) Nos grandes centros urbanos, os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos já possuem, indiscutivelmente, um suficiente desenvolvimento psíquico e a plena possibilidade de entendimento, por força dos meios de comunicação em massa de que fornecem aos jovens de qualquer meio social, ricos e pobres, um amplo conhecimento e condições de discernir sobre o caráter de licitude e ilicitude dos atos que praticam e de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, hoje, um menor de dezesseis ou dezessete anos sabe perfeitamente que matar, lesionar, roubar, furtar, estuprar, etc. são fatos que contrariam o ordenamento jurídico; são fatos contrários a lei, em síntese, entendem que praticando tais atos são delinquentes. **O noticiário da imprensa diariamente publica que a maioria dos crimes de assalto, de roubo, de estupro, de assassinato e de latrocínio, são praticados por menores de dezoito anos, quase sempre, aliciados por adultos.** A mocidade é utilizada para movimentar assaltos, disseminação de estupefacientes, desde o "cheirar a cola" até o viciar-se com cocaína e outros assemelhados, bem como agenciar a multiplicação dos consumidores. (...) A presente Proposta de Emenda à Constituição tem por finalidade dar ao adolescente consciência de sua participação social, da importância e da necessidade mesmo do cumprimento da lei, desde cedo, como forma de obter a cidadania, começando pelo respeito à ordem jurídica, enfim, o que se pretende com a redução da idade penalmente imputável para os menores de dezesseis anos é dar-lhes direitos e consequentemente responsabilidade, e não puni-los ou manda-los para cadeia. (grifamos)

premature sem enfrentar a contento o problema do crime – como um fato social – e a busca pela diminuição da criminalidade através de práticas efetivas e restaurativas da sociedade.

A partir disso, podemos estudar a redução da maioridade penal, no escorço da PEC 171/93 por, ao menos, três pontos de vistas: **(i)** criação de um direito penal simbólico e de emergência; **(ii)** tangenciamento das condições peculiares do menor; e **(iii)** retrocesso no papel da sociedade no dever de proteção integral ao menor.

O Direito Penal, para o corpo normativo brasileiro – destacamos assim porque em outros países podem ser encontrados outros contornos –, traduz-se em um conjunto de normas, ou regras por assim dizer, que atrelam ao delito a pena em consequência, derivando disso, a aplicação de medidas de segurança.

Quando o legislador se afasta das reais funções do Direito Penal, criando normas para atender expectativas da opinião pública e devolver à sociedade a sensação ilusória de tranquilidade, fala-se no Direito Penal Simbólico, que é a atividade de editar leis meramente representativas (CUNHA, 2017, p. 37).

Pelas palavras de Antonio Carlos Santoro Filho:

Direito penal simbólico, uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alarmeiam, da criminalidade. (SANTORO FILHO, 2002)

Ao seu turno, o Direito Penal de Emergência, nada mais é do que a criação de normas repressivas tão somente com vistas ao caráter punitivista e deixando de lado as garantias do cidadão, atividade muitas vezes influenciada pela sensação de insegurança na sociedade e para atender rapidamente às demandas de criminalização de condutas, afeiçoa-se com o Direito Penal do Inimigo ao visar a integridade do sistema.

Neste diapasão, segundo Alberto Silva Franco, o Direito Penal de Emergência ocupa-se de um cenário em que:

A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo, de insegurança. (FRANCO, 1994, p. 10)

Tanto o pelo viés simbólico, como pelo viés da emergência, o Direito Penal ao se permitir descambar em legislação simbólica⁴, atrai para o processo social de recuperação do indivíduo em conflito com a lei uma solução agradável do ponto de vista da satisfação da sociedade que além de ser falaciosa no âmbito de não produzir segurança material, fomenta excepcionar pessoas do Estado de Direito.

Ao transitar esta construção doutrinária para uma aplicação específica aos menores de dezoito anos e maiores de dezesseis, fica evidente que o objetivo de proteção do ser ainda em formação é deixado de lado para um exacerbo impositivo do cumprimento de deveres, desafiando ao imperativo categórico kantiano já que, para pessoas que não têm condições materiais de acessibilidade aos direitos, não há que se cobrar deveres.

As crianças e adolescentes ao receberem um reconhecimento especial por parte do constituinte e do legislador não podem se tornar destinatárias de uma norma penal regressiva. Por tal razão, não cabe ao Estado valer-se de um Direito Penal Promocional que encontra lugar na situação do Estado criador leis penais com o objetivo de promover certos objetivos políticos e interesses ligados à transformação social, afastando-se da ideia de intervenção mínima do Direito Penal (CUNHA, 2017, p. 36). Ou seja, o Estado deve valer-se de outros ramos do direito, que não o penal, para atingir às finalidades políticas e sociais, que no caso tem que estabelecer um consenso entre garantir o desenvolvimento infanto-juvenil e buscar a erradicação do crime e não do criminoso – no caso, menor em conflito com a lei.

A partir da premissa de que o Direito Penal é pautado pela intervenção mínima, há que se considerar que a flexibilização ou tangenciamento dos direitos dos adolescentes, implica em uma medida incompatível para atingir a finalidade restaurativa e com o processo inclusivo que rodeia a figura do menor se tornando em um processo de rotular e eliminar os indesejados (WACQUANT, 2003).

Para a família, para a sociedade e para o Estado, a “tarefa constitucional” (HESSE, 1991) que foi imposta, é a de assegurar aos menores o seu pleno desenvolvimento, de forma íntegra e prioritária, livre da violência e dos efeitos deletérios da negligência, da exploração e da opressão (art. 227 da CF).

Neste caso, a redução da maioria implica em uma medida de colocar, sobre pessoas naturalmente hipossuficientes, o jugo de uma responsabilidade social que dificilmente traria resultados satisfatórios. Por outras palavras, o menor não ostenta forças para se ver livre dos problemas

⁴ Legislação que Marcelo Neves define como “uma produção de textos cuja referência à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 22).

da criminalidade com um amparo – ainda que formal – quanto mais sozinho, à medida que a emancipação penal prematura não considera os critérios materiais do indivíduo que está na faixa etária dos dezesseis aos dezoito anos. Sob este aspecto material, bem se vê que o indivíduo que não completou dezoito anos, sequer terminou o ensino médio – ou está ingressando em uma faculdade – e por isso ainda não tem um norte profissional ou sequer condições de competir no mercado de trabalho com paridade de armas.

Por outro lado, o crime, ao não exigir qualificação profissional, escancara oportunidades aos menores, que abandonados pelo sistema jurídico, são incentivados a delinquir. O retrocesso no papel da sociedade é justamente este contrafeito da redução da maioridade que acarreta mais problemas do que soluções.

3 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE PENAL (PEC Nº 33/2012)

De acordo com a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012, insere-se mais uma função ao Ministério Público, que terá a legitimidade para propor o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal.

A PEC nº 33/2012 propõe o acréscimo ao artigo nº 228 da Constituição, tratando do novel incidente, que teria campo de aplicabilidade nos procedimentos de apuração de ato infracional cometidos por menores de dezoito anos e maiores de dezesseis.

Com o objetivo de desconsiderar a menoridade e possibilitar o julgamento originário do menor pelo juízo da infância e da juventude, a medida extraordinária seria possível em casos pontuais (crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecente e drogas, terrorismo e definidos como hediondos) e crimes de lesão corporal grave e roubo qualificado se cometidos com múltipla reincidência.

No IDIP, de acordo com a redação da PEC nº 33/2012, deverá ser observada a capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, bem como serão avaliados o histórico familiar, social, cultural e econômico, além dos antecedentes infracionais que serão lavrados em laudo técnico, assegurando-se sempre a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório.

Outras características do IDIP são a possibilidade de suspensão da prescrição até o seu trânsito em julgado e o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

Embora se tenha dado uma prévia do IDIP no escopo do texto constitucional – se aprovada a PEC – o detalhe fica na questão de que será disciplinado em Lei Complementar. Assim, é difícil de se aferir o impacto da medida sem ter contato com o texto legal, de modo que faremos apenas uma visão teórica e com base nas disposições constitucionais.

Todavia, para efeitos de estudar, previamente, o instituto, elencam-se dois pontos de partida:

(i) o IDIP é constitucional?; (ii) o menor infrator é impune sem o IDIP.

Partindo dos aspectos mais básicos do texto da PEC, percebe-se uma preocupação do legislador em enquadrar a medida como extraordinária e aplicável a casos de crimes mais relevantes do aspecto moral e social do atingimento à bens jurídicos. Deste modo, nos casos extremos, o Ministério Público teria a prerrogativa de, no curso da apuração do ato infracional, propor o incidente de desconsideração da inimputabilidade e remeter os autos à vara da infância e da juventude para julgamento do incidente, somente. Tem-se que foi respeitada, na PEC, a garantia de ampla defesa e contraditório e o devido processo legal.

Uma vez instaurado, dá-se a entender que o menor poderá ter suas condutas consideradas como aquelas praticadas por um adulto, conferindo-lhe o quesito analisado na culpabilidade – enquanto elemento do crime – como na teoria finalista, verificando o potencial conhecimento da ilicitude. Já, bem verdade, começa-se um julgamento do infrator e não propriamente a decisão a respeito de um incidente processual. Ora, é avaliada a capacidade do menor de entender sua conduta como ilícita e começa-se, praticamente a tomar forma de uma ação penal contra o até então inimputável.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Uma vez que se tem o menor como destinatário da norma, é necessário trazer para a discussão a Doutrina da Proteção Integral, que é espelhada na Constituição pelo artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1998)

A premissa que se estabelece com a proteção integral é justamente reconhecer que os protegidos – os menores – são pessoas em desenvolvimento, ou seja, estão situados em um contexto social e fático que é tido como condição peculiar e que torna as crianças e os adolescentes em sujeitos de direitos fundamentais.

O real objetivo da proteção integral que a Constituição inaugura, não é de remediar problemas que envolvem menores, mas principalmente impor uma atuação preventiva e coletiva da família, da sociedade e do Estado para prevenir a marginalidade e a negligência com relação às crianças e adolescentes. Dentre outras as principais características da proteção integral são: (i) a universalização

do atendimento; (ii) a prevenção como estratégia do atendimento; e (iii) a tutela jurídica através da outorga de direitos fundamentais especiais.

O menor, em razão de sua condição peculiar, faz jus a aplicação do princípio da prioridade absoluta, que impõe o dever da família e do Poder Público em priorizar o atendimento dos direitos de crianças e adolescentes. E, tendo em vista que esta prioridade absoluta tem fonte na própria Constituição, não há que se falar em qualquer interesse contraposto que possa sobrepor-se aos direitos ou interesses da criança ou adolescente. A prioridade absoluta se reflete em todos os âmbitos em que o menor se insere.

Do princípio da prioridade absoluta, decorre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é aplicável sempre que exista uma questão envolvendo a aplicação e a interpretação das normas relativas à infância. Ainda que tal positivado se encontre no art. 6º do ECA, é patente sua fonte constitucional, pois é por meio deste princípio que veicula-se a aplicação das regras no caso concreto tendo por norte que alternativa a ser escolhida deverá sempre ser aquela que preserve ao máximo a integridade da criança e do adolescente.

Na prática, o princípio do melhor interesse do menor se reflete no art. 100 do ECA: “na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários” (BRASIL, 1990).

Sem prejuízo, enquanto seres humanos em desenvolvimento, os menores têm garantidos o direito à vida (art. 7º ECA), à saúde (art. 11 ECA), à liberdade (art. 16 ECA), ao respeito (art. 17 ECA), à dignidade (art. 18 ECA), à educação (arts. 53 a 59 ECA), ao não trabalho (art. 7º, XIII CF; art. 227, §3º, I CF; art. 60 ECA e art. 402 CLT) e à convivência familiar e comunitária (art. 19 ECA), dentre outros que podem ser arguidos em determinado caso concreto, sendo o mais importante entender que a *ratio* da norma é proteger a criança e ao adolescente de forma prioritária e integral sempre.

Dos princípios constitucionais que se aplicam às crianças e adolescente e que se repercutem pela legislação que dispõe de diversos assuntos e que têm no menor o destinatário final, percebe-se a outorga de grande proteção e de busca pelas melhores condições possíveis, levando-se em conta a condição peculiar de ser humano em desenvolvimento. Isto é parte indissociável e, portanto, não só o legislador, mas a sociedade e o Estado têm o dever de observar, no mínimo uma harmonização das novas legislações com todo o corolário protetivo já estabelecido e consolidado, sob pena de implicar em retrocesso.

O objetivo de não aplicar a norma penal ao menor é justamente afastar o Estatuto Repressivo do indivíduo, levando em consideração suas condições especiais, constituindo-se aqui, o desafio preestabelecido ao IDIP.

4 A FALÁCIA DA IMPUNIDADE DO MENOR INFRATOR

Uma vez que ao menor é garantido não se sujeitar ao Direito Penal, por força de sua condição peculiar de ser humano em desenvolvimento e por se tratar, o Direito Penal, de um direito residual que só é utilizado diante da ineficiência de outros ramos, estaria o menor impune e não sujeito a qualquer repressão por uma conduta antissocial?

Não, pois ao observar as disposições da Lei nº 8.069/90, no artigos 103 e seguintes, a conduta descrita como crime ou contravenção penal é considerada como ato infracional. Sendo assim, o menor sujeita-se ao microsistema do ECA, de onde é necessário observar o art. 111:

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:
I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
III - defesa técnica por advogado;
IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. (BRASIL, 1990)

Uma vez constatada a prática de um ato infracional, tem-se as seguintes sanções:

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. (BRASIL, 1990)

Assim, há que se ter em consciência, que o ECA já não prevê qualquer medida penal em detrimento do menor infrator. Desta forma, mais do que um incidente meramente processual, o IDIP figura, em princípio, em negar ao menor o amparo do ECA.

Sem prejuízo das disposições do ECA, adveio a Lei nº 12.594/2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), para regulamentar a execução das medidas socioeducativas, lei da qual trazemos o art. 1º, §2º:

§2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei. (BRASIL, 2012)

Assim, o caráter repressivo da conduta do menor em conflito com a lei leva em consideração que a medida de privação de liberdade é exceção e que deve ser oportunizada ao máximo a recuperação do menor para que não volte a delinquir. Mais do que impor uma medida coercitiva, o objetivo é a reeducação e a conscientização, para viabilizar o desenvolvimento do ser humano e seu convívio em sociedade.

Falar de impunidade do menor, portanto é um argumento falacioso – mais adequado seria assumir que o ECA e o SINASE não se concretizam por falta de políticas públicas – e nesse espeque, mais uma vez se utiliza do arquétipo de uma medida de exceção – desconsiderar o direito – para tentar restabelecer a paz social através do encarceramento do adolescente.

5 A INIMPUTABILIDADE DO MENOR SOB A ÓTICA DO FUNCIONALISMO E DO GARANTISMO PENAI

Sob o viés do constructo do tópico anterior, há de se ter, primeiro, que o menor é ser humano em condição peculiar e merece atenção e proteção especial de todos. Segundo, o critério adotado pelo Código Penal para dizer da inimputabilidade do menor é puramente biológico, ao entender que aqueles que não têm dezoito anos completos não se submetem aos seus termos.

Por outro lado, há de se ter que ao submeter o menor a um regime especial de cumprimento de pena, leia-se um regime de exceção, há uma tendenciosa possibilidade de se esvaziar o conteúdo da norma penal. Isso porque, o direito penal tem por escopo a proteção aos bens jurídicos considerados relevantes.

Pelo estudo de um movimento denominado funcionalismo, o qual busca analisar a verdadeira função do Direito Penal, são encontrados dois exponenciais mais importantes do funcionalismo: (i) o funcionalismo teleológico ou moderado cujo mais reconhecido estudioso é Claus Roxin, onde defende o entendimento de que o Direito Penal tem por função “assegurar bens jurídicos, assim considerados valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal”(ROXIN, 2002), e (ii) o funcionalismo sistêmico ou radical sustentado por Günter Jakobs (2005), onde a função do Direito Penal aparece como asseguradora do império da norma, ou seja,

garantir o sistema, demonstrando que existe um ordenamento e que não pode ser violado. Nesse sentido, o Direito Penal atua tão somente quando o bem jurídico já foi violado, ou seja, o Direito Penal não serviu à sua garantia e, portanto, deve servir para resguardar o sistema de modo a reprimir aquele que atua de forma contrária ao direito posto.

A legalidade aparece como ponto basilar do garantismo na visão de Ferrajoli (2010), sobre tal disposição junto aos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º XXXIX da CF/88. Sem prejuízo, figura como garantia penal fundamental, o princípio da igualdade, especialmente diante de ações afirmativas como a Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha).

Aparece também como garantia fundamental o princípio da presunção da inocência ou princípio da não culpa (art. 5º, LVII da CF) pelo qual “ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, que pode se relacionar com o princípio do devido processo legal e também com o princípio da ampla defesa.

Quando tratadas as garantias penais fundamentais sob o aspecto das penas, a Constituição assevera a dignidade da pessoa humana, reprimindo penas cruéis, indignas, desumanas ou degradantes. Também há que se ressaltar o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF/88) e o princípio da pessoalidade (art. 5º, XLV) pelos quais a pena tem de ser certa e determinada e não pode passar da pessoa do condenado (comportadas exceções da reparação do dano e decretação de perdimento de bens que, na forma da lei podem alcançar sucessores), sendo em todos os caso observado o princípio da proporcionalidade.

Ainda que não se revele no texto constitucional, a vedação ao *bis in idem* é verdadeira garantia fundamental de âmbito internacional, compreendendo três escopos: (i) processual ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime, (ii) material ninguém pode ser condenado pela segunda vez pelo mesmo fato, e (iii) execucional ninguém pode ser executado duas vezes por condenações relacionadas ao mesmo fato. Sobre o tema há vários julgados.

Pelas teorias do funcionalismo teleológico e do garantismo, fica evidente que a aplicação das normas penais precisa ter a proteção do ser humano como objeto central. Isso implica em reconhecer que o ser humano é vítima e também agente, ou seja, o infrator, por mais que tenha sua conduta reprovada ou reprovável, não é despido de sua humanidade.

5.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

No Brasil, prevalece a doutrina de que o Direito Penal tem como função assegurar bens jurídicos e indiretamente realizar o controle social e a limitação do poder punitivo do Estado. Por mais

que se tenha estabelecido no Brasil o direito penal do fato, concomitante em nosso ordenamento é o direito penal do inimigo.

A partir dos estudos de Jakobs (2005), com seu raciocínio de que aquele que se comporta de forma contrária à norma já não pode mais ser considerado como cidadão, surge a concepção Direito Penal do inimigo.

Jakobs não inventou o direito penal do inimigo, mas apenas o constatou, ou seja, o direito penal do inimigo é criação antiga da humanidade, podendo ser vista desde os seus primórdios até a atualidade v.g. perseguição de Jesus Cristo, dos judeus, dos negros, dos terroristas, etc. Jakobs é um dos maiores penalistas do mundo.

O Direito Penal do inimigo, “cuidando de maneira imprópria o infiel ao sistema, aplicando-se-lhe não o Direito, (...) mas sim a coação, repressão necessária àqueles que perderam o seu status de cidadão”.

A ideia da teoria radical é proteger o sistema (ordenamento jurídico), atribuindo-lhe maior eficácia possível na repressão a conduta antijurídica. Assim, o direito penal do inimigo pode ser entendido a partir da separação em duas categorias de pessoas: (i) o cidadão que respeita a ordem democrática, ou seja, reconhece e aceita a importância do ordenamento jurídico e do Estado, se submete à regra do Estado de direito é processado com todas os direitos e garantias (devido processo legal, ampla defesa e contraditório, tratamento digno, abstenção de crueldade/violência), submete-se ao direito penal do fato a punição ocorre diante da conduta praticada e é sujeito de direito; (ii) o inimigo (do Estado), que não respeita o Estado, ou seja, sua conduta não é contra um bem jurídico ou contra uma vítima em específico, mas seu ato infracional se dirige contra o Estado, em regra, não terá direito a defesa, fica incomunicável é torturado, ainda que minimamente, e cumpre medida de segurança por tempo indeterminado, submete-se ao direito penal do autor, a punição ocorre em razão da pessoa, do que ela é para o Estado, é objeto de direito.

Pode-se falar que há resquícios do Direito Penal do autor/inimigo, por exemplo no RDD, Lei do Abate, tratamento dado a casos que envolvem pedofilia (doença CID 10 Fg 54) art. 241 do ECA.

6 A QUESTÃO SOCIAL DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÓTICA DE UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA

Para conceber o enfrentamento da problemática que envolve o crime como um fato social e a inserção das crianças e adolescentes – leia-se contato com a criminalidade - em um ambiente permeado pela violência e pela pobreza, é inevitável o cotejo de um modelo de direito penal e de uma sociedade marcada por extremos de desigualdade que levam ao colapso da justiça.

Desvincular o *lôcus* social das crianças e adolescentes que cometem atos infracionais da situação carcerária contemporânea, figura em postergar o problema social e de Estado e deliberadamente não dar importância aos efeitos negativos da justiça retributiva.

Acabam que os modelos tradicionais de intervenção punitiva estatal, na prática, se distanciam das bases constitucionais de intervenção mínima, subsidiariedade e de uma espécie de pedagogia da pena, desprotegendo, neste sentido, a dignidade da pessoa humana e toda a valoração humanitária do Estado democrático de Direito (GIACOIA, 2013, p. 97).

Significa entender que o direito penal, ainda que seja *ultima ratio*, não se encontra numa posição desvinculada do valor da pessoa humana, em um desenho constitucional que bebe das fontes da prevalência dos direitos e garantias fundamentais. O papel da justiça é hercúleo, evidentemente, reduzir as consequências do crime e preservar a ideia-força de que “o homem não é um meio, mas um fim em si mesmo” (KANT, 2004).

É neste esforço que habita a noção de justiça restaurativa, numa busca pelo restabelecimento do *status quo ante* que o ilícito não tivesse ocorrido. Por óbvio que a vida não admite que a borracha do perdão apague sem rasura as marcas deixadas na vítima e na sociedade, pelo endosso do crescente discurso de impunidade.

Ao revés, a justiça restaurativa busca um giro paradigmático nas convivências humanas, prezando pela conscientização dos fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores da violência e da transgressão, no sentido de envolver todos os atores sociais como protagonistas de uma virada rumo a uma sociedade mais justa e humana (SALMASO, 2016, p. 22).

O objetivo da justiça restaurativa mantém sinergia com a doutrina da proteção integral, já que visa a recuperação do menor infrator e atende aos anseios da vítima, sem um processo pautado na arbitrariedade com tons de vingança, eliminando a impunidade pela reconstrução das convivências sociais:

A aposta que se faz, neste contexto, pois, é a de que reconhecer o outro, a alteridade, na medida em que se descobre sujeito. Dito de outra forma, aceitar o outro sob a forma de uma relação conflituosa, para somente assim ocorre laço social. Do contrário, há intolerância. Sempre. (ROSA, 2006, p. 15-28)

É preciso repensar as formas de poder disciplinar dos aparelhos estatais, especialmente em países de modernidade tardia como o Brasil, pois a crise de efetividade que se engendra no tecido social não logra solução com a criação de mecanismos de ampliação do poder punitivo do Estado, já bastante inflado de leis penais (GIACOIA, 2013, p. 104). Não é pela via da redução da maioria que se alcança um resultado substancial de diminuição da criminalidade, por outro lado, uma *práxis*

restaurativa dá indícios de uma justiça mais próxima da concretização da concepção jurídico-constitucional da situação peculiar dos adolescentes sem deixar de lado as questões da sociedade complexa na qual coexistem vítimas e menores infratores.

7 CONCLUSÃO

A simples redução da maioridade penal é a expressão da sociedade que sucumbiu ante ao dever de proporcionar o desenvolvimento dos indivíduos sem que tenham o mínimo de contato com a criminalidade. Ao invés de zelar pelas garantias, a opção pela redução traz a falsa sensação de dever cumprido.

Como o menor é um sujeito em situação peculiar de desenvolvimento e também não consegue por si só alcançar os direitos que lhes são conferidos, é incompatível falar em cumprimento de deveres até que ele atinja um mínimo de capacidade e que tenha condições de afirmar de forma autônoma sem a ajuda do Estado, da família e da sociedade. Dada a essa inviabilidade é que se construiu a doutrina da proteção integral, bem como por esse mesmo motivo é que se aplicam ao menor regras diferidas. Se ao contrário fosse, a isonomia de tratamento seria quebrada em favor de uma igualdade forma – tratando todos como iguais, independentemente das suas diferenças. A discriminação positiva do menor é uma necessidade, para que, enquanto minoria, seja viabilizada a construção de sua identidade enquanto pessoa e não como objeto.

O Incidente de Desconsideração de Inimputabilidade Penal, aparece como uma medida processual que aparentemente atenta contra os direitos fundamentais, visto não se harmonizar com a grade principiológica constitucional e tendenciar ao direito penal do inimigo. É preciso ter em conta, que a sua implantação, ainda que dependa em um momento pós Emenda Constitucional, necessitará de uma Lei Complementar que aborde os aspectos dos direitos e garantias do menor infrator e que seja capaz de obter a aplicação prática e efetiva. Para isso, trabalhando com hipóteses, parte-se da necessidade de criação de presídios especiais ou de espaços reservados ao menor para que sua pena seja cumprida em regime apartado dos maiores em situação de encarceramento, levando a um salto para o desconhecido.

Outro desafio, que se apresenta é no plano de aplicabilidade do Código Penal ao menor, em todas as suas nuances, que ao passar pela individualização da pena terá que submeter-se a uma invariável flexibilização, ponto em que poderá enfraquecer-se no sentido de coercibilidade e criará precedentes que, reflexivamente, poderão ser aplicados aos já sujeitos ao Estatuto Repressor.

De qualquer forma, não há no ECA a hipótese de cumprimento de pena, instaurando-se um conflito aparente de normas e que terá de ser dirimido a partir da aplicação principiológica, que, como

ora apresentado, retira a aplicabilidade da redução maioridade – pela ineficácia das medidas já existentes – e do Incidente de Desconsideração da Inimputabilidade Penal – que atrai a norma penal para uma situação excepcional e cria a exceção da exceção - tornando-os em mera legislação simbólica.

Por fim, ao depositar na redução da maioridade e no IDIP, para dar uma resposta aos reclamos da sociedade por segurança, aproximamo-nos da instauração do Direito Penal do Inimigo e do Estado Penal, já que a medida ao invés de buscar proteger o menor das mazelas da própria sociedade, se torna em um efetivo meio de extermínio de uma classe indesejada, o menor em conflito com a lei.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradutor Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 171 de 27 de outubro de 1993**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D/CD27OUT1993.pdf#page=10>> Acesso em: 06 nov. 2017. (redação original)

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848/40. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. **Lei nº 8.069/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. **Lei nº 12.594/12. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12594.htm> Acesso em: 19 nov. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3ª. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GIACIOIA, Gilberto. O PODER DISCIPLINAR E A LEI: UM EXEMPLO E UMA INTERPRETAÇÃO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 96-105, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/60/60>>. Acesso em: 30 maio 2018.

HALL Stuart. **A identidade cultural da pós-modernidade**. Editora DP&A, 10ª ed.2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Günther & MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

LUKÁCS, George. **História e consciência de classe: estudos de dialética marxista**. Trad. Telma Costa; Revisão Manuel A. Resende e Carlos Cruz – 2º Edição, Rio de Janeiro: Elfos Ed.; Porto, Portugal, Publicações Escorpião, 1989.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSA, A. M. Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 58, v. 14, 2006, RBCCRIM, p. 15-28.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: LED, 2002.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa: Horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. 1. Ed., Brasília: CNJ, 2016.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Ravan, 2003