



O **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM**, entidade não governamental, sem fins lucrativos, com sede na cidade de São Paulo (SP), Rua Onze de Agosto, 52 – Centro, vem, por meio de seus representantes, apresentar nota técnica sobre o Projeto de Lei 7197-A/2012, de autoria do Deputado Federal Carlos Sampaio, e também, ao Projeto de Lei 2517/2015, originário do PLS 333/2015, que era de autoria do Ilustre Senador José Serra, a ele anexado.

Enquanto o projeto de lei 7197-A/2012 acrescenta novos parágrafos aos artigos 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a fim de permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal; o projeto de lei 2517/2015 tem por objetivo alterar o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e a Lei nº 12.594/2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), para estabelecer que é circunstância agravante a prática do crime com a participação de menor de 18 anos de idade, que o ECA se aplica excepcionalmente a pessoas entre 18 e 28 anos de idade e que poderá ser adotada a medida socioeducativa de internação em Regime Especial de Atendimento, após os 18 anos de idade, pelo período máximo de 10 anos.

Na presente nota técnica se tratará de questões de fundo, iminentes aos propósitos declarados dos dois projetos de lei e, depois, no encaminhamento das conclusões, serão tecidos apontamentos jurídicos específicos a cada um deles.

1 – NOTA INTRODUTÓRIA

Pois bem. A sociedade tem vivenciado e enfrentado, ao longo dos anos, a problemática da criminalidade¹, e seu combate ganha a cada dia mais espaço na política e mobiliza a opinião pública. O alarde em torno do assunto ainda é hiperdimensionado pelos meios de comunicação, os quais geram medo e insegurança na população em geral.

¹ Em princípio, é importante esclarecer que criminalidade não se confunde com violência, tida como um fenômeno eminentemente social. Maria Lúcia Karam chega a afirmar que a criminalidade possui um papel limitado na produção do fenômeno chamado violência. Cf. *Violência e Criminalidade no Brasil. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, jan./jun., Brasília, 1995, p. 36.



O argumento utilizado de forma corriqueira para justificar o complexo fenômeno da criminalidade está fundado no fracasso das respostas estatais: o controle social formal não reprime e não previne a criminalidade.

Em virtude disso, há um clamor, generalizado e arraigado, para que o Estado utilize cada vez mais o seu poder penal — apesar do seu reconhecido fracasso —, adotando, dessa maneira, uma postura mais dura e repressiva, como se vê claramente no referido projeto de lei.

De todo modo e em princípio, é preciso analisar de forma crítica a postura a ser adotada pelo Estado em situações como essa. A utilização do poder penal não pode ser, de forma alguma, irracional, principalmente ante a criminalidade, não se limitando à repressão e exigindo, também e primeiro, a adoção de medidas preventivas.

Tanto a prevenção como a repressão devem ser estrategicamente delineadas, o que exige estudo específico e conhecimento teórico da problemática que se apresenta, de modo a propor ao legislador, ou mesmo ao Poder Executivo, os melhores caminhos a seguir com o simples intuito de manter em níveis admissíveis a criminalidade.

Para que seja possível atingir os objetivos propostos, a Ciência Penal vale-se de uma disciplina específica, chamada de Política Criminal, que proporciona ao Estado as melhores estratégias a seguir no campo da criminalidade. E é, sob essa ótica, que é preciso entender a sistemática aplicada a criança e ao adolescente, de modo a que seja plenamente rechaçada a alteração legislativa que ora se apresenta.

1.1 - DOS FUNDAMENTOS DA LEGISLAÇÃO ESTATUTÁRIA

É sob o prisma político-criminal que devem ser analisados os fundamentos que levaram o legislador brasileiro a adotar a imputabilidade penal aos 18 anos, o que, *contrario sensu*, significa buscar o porquê da adoção de uma legislação especial (em tese, diferenciada nos seus escopos) a ser aplicada aos adolescentes infratores e, a partir disso, refutar os argumentos daqueles que pretendem a redução do limite etário de maioridade penal, a ampliação do tempo de duração das medidas sócio-educativas (em especial, da internação) e a extensão da sua aplicação até os 26 (vinte e seis) anos de idade.



O critério dos 18 anos é de natureza político-criminal, nada tendo a ver com o discernimento ou capacidade de entender a ilicitude do fato. Os adolescentes não são submetidos à legislação penal dos adultos por motivos outros, mas principalmente por ser inconveniente aos fins a que se destina a Ciência Penal. Fez-se, portanto, uma opção alternativa, que não deixa de punir os adolescentes infratores, mas adota, para tanto, um sistema de medidas protetivas e/ou sócio-educativas, conforme o caso.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e, mais especificamente da década de 50, a humanidade se esforçou no sentido de positivar os direitos e garantias da criança e do adolescente, embora não se possa deixar de mencionar que, anteriormente a esse período, a Liga das Nações já tinha se empenhado nesse sentido, objetivando dar condições para o desenvolvimento da criança.

Neste passo, a Organização das Nações Unidas, no ano de 1959, adotou a Declaração dos Direitos da Criança, cujo objetivo era dar proteção legal e apropriada as crianças e estimular a humanidade a dar o melhor de seus esforços para assegurar todos os direitos à elas inerentes.

Esse espírito de mudança encontrou terreno fértil na legislação norte-americana, o que desencadeou, a partir da década de 60, uma série de mudanças, as quais serviram de substrato para o surgimento e o desenvolvimento da Doutrina da Proteção Integral. Ao mesmo tempo, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos determinava que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Os norte-americanos firmaram posicionamento crítico à legislação vigente na época e, aos poucos foram ganhando novos adeptos, o que levou a uma constante aprovação de leis destinadas a garantir os direitos das crianças e dos adolescentes. No contexto dessas reformas, destaca-se a manifestação da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, no ano de 1967, acerca dos Tribunais de Menores, cujo precedente desencadeou uma série de mudanças estruturais no sistema penal juvenil².

² Ver precedente *Gault*, cuja decisão emblemática passou a assegurar aos “menores” o direito ao devido processo legal e, em consequência, as garantias processuais aplicáveis aos adultos. Nesse sentido: Eliana



Na América Latina, esse novo espírito começou a influenciar as legislações apenas na década de 80, sobretudo a partir da normatização de regras internacionais, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing — 1985), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (Regras de Riad — 1990) e as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad — 1990)³.

Aliás, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inovou ao deixar para trás os textos das normativas internacionais anteriores, de cunho meramente declaratório, assim como rompeu com a noção assistencialista antes praticada, eis que a “criança abandona o simples papel passivo para assumir um papel ativo transformando-se num sujeito de direito”⁴.

O Brasil, em especial, somente absorveria os ventos de mudanças tão propagados no exterior a partir da promulgação da nova Constituição Federal, em 1988⁵, que sob seu prisma democrático ensejou a reflexão sobre a necessidade de revisar a legislação em vigor. Mas não foi só isso. A Carta Magna textualmente adotou o novo fundamento propagado pela Convenção de 1989⁶, qual seja, o princípio da absoluta prioridade⁷, o que

Gersão. Ainda a Revisão da Organização Tutelar de Menores: memória de um processo de reforma. *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp.447/448. No mesmo sentido, Carlos Tiffer Sotomayor. De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista: nueva ley de justicia penal juvenil. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n.º 13, ago., San José, 1997, p. 99.

³ Mais recentemente e também no sentido de assegurar todos esses direitos pode-se evocar a Declaração do Panamá, de 18 de dezembro de 2000, e a Declaração de Quebec, de 22 de abril de 2001.

⁴ Kathia Regina Martin-Chenut. Adolescentes em Conflito com a Lei: o modelo de intervenção preconizado pelo direito internacional dos direitos humanos. *Revista do ILANUD*, n.º 24, São Paulo, 2003, pp. 82/83.

⁵ Nos tempos da Assembléia Constituinte que precederam a Carta Magna hoje vigente, houve uma campanha ferrenha denominada “Criança e Constituinte”, cujo projeto popular foi aprovado e passou a integrar o corpo legislativo máximo do ordenamento jurídico. Cf. Luiz Lobo. *O que é esse tal de Estatuto?: o novo direito da criança e do jovem*. Rio de Janeiro: Lidador, 1997, p. 45.

⁶ O artigo 3º da aludida Convenção textualizou a absoluta prioridade a ser dispensada às crianças e aos adolescentes, ao determinar que “todas as decisões relativas a criança, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior do menor”.

⁷ A absoluta prioridade implica: “receber, com primazia, em qualquer circunstância, proteção e socorro”; “precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública”; “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”; e “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude”. Cf. Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira. *Estatuto da Criança e do Adolescente 2ª ed.* São Paulo: Atlas, 2006, p. 8. “A determinação de prioridade no atendimento aos direitos infanto-juvenis, inserida no texto da Convenção é uma garantia e um vínculo



nitidamente não permitia a recepção da velha legislação⁸, reafirmando, em seu artigo 228, a idade penal aos 18 anos.

Os diplomas estrangeiros, em conjunto com a Constituição Federal, foram os verdadeiros embriões da nova concepção jurídica a ser aplicada à criança e ao adolescente, que viria a consolidar-se na legislação infraconstitucional. Munir Cury, nesse aspecto, assevera que: “é nesse sentido que a Constituição de 1988, pela primeira vez na história brasileira, aborda a questão da criança como prioridade absoluta, e sua proteção é dever da família, da sociedade e do Estado”⁹. Com isso, atingia-se o objetivo de dar proteção especial à infância e à adolescência.

Inaugura-se, desse modo, a chamada Etapa Garantista, cujos princípios materializados constitucionalmente não permitiram a recepção do Código de Menores. Era necessário, portanto, criar uma nova legislação que se adequasse a todos esses novos parâmetros.

Foi nesse contexto que se aprovou, no ano de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. A legislação foi “fruto de um amplo debate público na fase de reconstitucionalização do país, e em uma memorável campanha por um Estatuto para a população infanto-juvenil”.¹⁰ Trata-se da legislação que disciplina e regulamenta, em seus 267 artigos, o arcabouço jurídico a ser aplicado às situações que envolvam a criança e a adolescência, inovando no sentido de que obriga a atuação da sociedade, da família e do Estado, especialmente de forma preventiva.

normativo idôneo, para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos; é um princípio jurídico-garantista na formação pragmática, por situar-se como um limite à discriminação das autoridades.

O texto da Convenção, constituindo um poderoso instrumento de incentivo à criação de condições políticas, jurídicas e culturais, propõe melhorar a condição de vida das crianças e adolescentes. Converter o tema da infância em prioridade absoluta constitui o pré-requisito político e cultural dessas transformações.” Cf. Wilson Donizeti Liberati. *Adolescente e Ato Infracional: medida sócio-educativa é pena?*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 45.

⁸ Havia uma clara constatação do fracasso da legislação até então adotada. Seria necessário, portanto, modificar o paradigma que se sustentava ao longo de anos e que estava arraigado na legislação brasileira.

⁹ *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.

¹⁰ Edson Seda, *Evolución del Derecho Brasileño del Nino y del Adolescente. De Revés al Derecho. La Condición Jurídica de la Infancia en America Latina. Bases para la Reforma Legislativa*. Buenos Aires: Ed. Galerna, 1992, p. 125.



Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente acabou por consagrar a Doutrina da Proteção Integral¹¹, em substituição à Doutrina da Situação Irregular¹². Essa nova doutrina visou estabelecer as diretrizes básicas no atendimento de crianças e adolescentes, buscando a proteção de seus direitos e pautando-se pelo seu interesse superior, tudo em consonância com o texto constitucional de 1988 e com os documentos internacionais assinados pelo Brasil e aqui já mencionados.

Em seu artigo 1º¹³, a aludida legislação faz uma síntese do pensamento do legislador constituinte brasileiro, assegurando os direitos universalmente reconhecidos às crianças e aos adolescentes, compatíveis com a condição peculiar de desenvolvimento em que se encontram. “Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, à saúde, à educação, à convivência, ao lazer, à profissionalização, à liberdade e outros”¹⁴. Essa proteção é denominada integral, eis que deve assegurar os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes sem discriminação de qualquer tipo, elencados expressamente no artigo 227 da Constituição Federal e reproduzidos no artigo 4º do Estatuto.

Dessa maneira, a nova doutrina, fundamento do tratamento a ser dispensado para todas as crianças e adolescentes, não está mais circunscrita àqueles que se encontram em situação irregular (como dispunha a legislação anterior revogada), mas, ao contrário,

¹¹ “A noção central da doutrina é a proteção do ‘interesse superior da criança’, o qual se traduz na busca da máxima satisfação de seus direitos específicos, reconhecendo-o como um sujeito de direito íntegro.” Cf. Guillermo Enrique Friele. El Régimen Penal de Menores en la Argentina: disposición tutelar versus protección integral de los derechos del niño. *Revista de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología*, n.º 5/6, Mendoza, 2004, p. 224.

¹² “Ao revogar o velho paradigma, representado pelas Leis 4.513/64 (Política Nacional do Bem Estar do Menor) e 6.697/79 (Código de Menores), o Estatuto cria condições legais para que se desencadeie uma verdadeira revolução, tanto na formulação das políticas públicas para a infância e a juventude, como na estrutura e funcionamento dos organismos que atuam na área, inaugurando uma nova etapa no Direito brasileiro, ao adotar doutrina da *proteção integral* da criança e do adolescente.” Cf. Maria de Fátima Carrada Firmo. *A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 32.

¹³ Artigo 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹⁴ João Gilberto Lucas Coelho. *Criança e Adolescente: a convenção da ONU e a constituição brasileira*. UNICEF, p. 03. Munir Cury, Jurandir Norberto Marçura e Paulo Afonso Garrido de Paula preconizam que a proteção integral “rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”. Cf. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.



estabelece os parâmetros que devem nortear a família, a sociedade em geral e o Estado perante a infância e juventude brasileira.

Essa nova visão permitiu o reconhecimento de que a criança e o adolescente são “sujeitos de direitos”¹⁵ e, portanto, titulares de prerrogativas garantidas a todos os cidadãos brasileiros, além daquelas especialmente destinadas à sua condição especial de desenvolvimento. Passou-se, assim, a definir a criança e o adolescente positivamente, e não mais como seres humanos sempre tidos como incapacitados¹⁶. Deve-se assegurar, portanto, por todos os meios, o “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”, conforme preceitua o artigo 3º do Estatuto.

Para finalizar toda a rede de direitos regulados, estabeleceram-se, inclusive, os parâmetros que devem nortear a interpretação dos dispositivos da lei, levando em conta, primordialmente, os fins sociais aos quais ela se destina.

Nesse contexto, fez-se necessário definir os destinatários da norma, razão pela qual o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente conceituou o que se considera criança e adolescente. Para esses efeitos, criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente, aquele com idade entre 12 e 18 anos de idade.

Além disso, o Estatuto veio reafirmar a inimputabilidade dos menores de 18 anos à data do fato e ainda sistematizar todo o procedimento para averiguar a prática de ato infracional, trazendo inclusive o rol das medidas que a eles podem ser aplicadas. O fundamento dessa inimputabilidade, novamente fixada em 18 anos, é, no entanto, um pouco diferente daquela que ensejou o mesmo limite no Código Penal de 1940. O que se entende atualmente é que o Estado deve proporcionar aos adolescentes infratores um tratamento especial e diferenciado, visto a condição peculiar que esses se encontram.

É preciso destacar ainda que, ao contrário de toda a legislação anterior, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a permitir a responsabilização pela prática de ato

¹⁵ Ver, nesse sentido, Tânia da Silva Pereira. Dimensão Multidisciplinar do Adolescente como Sujeito de Direitos e Pessoa em Desenvolvimento. *Sócio-Educação no Brasil: adolescentes em Conflito com a Lei: experiências de medidas sócio-educativas*. 1ª e 2ª edições. São Paulo: ILANUD, 2001, pp. 82/99.

¹⁶ Cf. Guillermo Enrique Friele, *El Régimen Penal de Menores en la Argentina: disposición tutelar versus protección integral de los derechos del niño*, cit., p. 226.



infracional a partir dos 12 anos (antes dessa idade se está sujeito às medidas indicadas no artigo 101, que são de cunho eminentemente educacional e assistencial)¹⁷. Assim, ao contrário do que se diz, a legislação atual é, neste aspecto, mais repressiva do que toda aquela que foi aplicada ao longo do Século XX.

Em virtude da prática de atos infracionais¹⁸ — condutas descritas como contravenções penais ou crimes — agentes que na época do fato possuam menos de 18 anos são submetidos a um procedimento judicial perante as Varas da Infância e Juventude e, ao final, podem ser sujeitos a medidas sócio-educativas. Ainda que atingida a maioridade penal, remanesce a possibilidade de aplicação de medida sócio-educativa, desde que o fato date da época da menoridade (artigo 104 do ECA).

Assim, o legislador optou politicamente por não submeter, por meio de um preceito absoluto, os menores de 18 anos à sistemática do Código Penal brasileiro vigente, sujeitando-os a um tratamento especial e diferenciado, pautado pelos princípios da absoluta prioridade. Tal opção não significa de forma alguma que eles serão considerados irresponsáveis pelos atos praticados, mas tão-somente que a apuração do fato e a aplicação de sanção serão pautadas pela condição especial que os adolescentes ostentam.

A Doutrina da Proteção Integral materializou-se, também, nas regras estabelecidas para apurar a prática de ato infracional, de cunho processual¹⁹, sendo-lhes garantido não só o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, direito de defesa por meio de advogado, acesso ao duplo grau de jurisdição, direito ao silêncio sem que isso seja interpretado ao seu desfavor, assistência judiciária gratuita e integral, presunção de inocência, obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade, entre outras aplicadas ao Direito Penal dos adultos, mas também

¹⁷ O Estatuto fez questão de diferenciar o tratamento dado à criança e ao adolescente que praticam atos infracionais.

¹⁸ O Estatuto até poderia ter relacionado em seu bojo as condutas consideradas atos infracionais e as respectivas sanções. No entanto, optou por utilizar-se das descrições típicas previstas no Código Penal, nas legislações esparsas e na Lei das Contravenções Penais e apenas elencou, genericamente, as respectivas medidas que podem ser aplicadas, fornecendo parâmetros gerais. Não há, assim, tipificação dos limites máximos e mínimos para cada ato infracional.

¹⁹ Interessante estudo sobre o tema foi desenvolvido por Ana Paula Motta Costa. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



toda a gama de regras de natureza material, especialmente os princípios da legalidade, taxatividade, individualização da medida sócio-educativa, reserva legal, vedação de interpretação analógica e de aplicação de medidas por tempo indeterminado etc. Asseguram-se, assim, todas as garantias processuais e constitucionais próprias do direito e do processo penal (artigo 152 do ECA e artigo 223, § 3º, IV e V, da Constituição).

A intervenção estatal deve pautar-se pela proteção, pela prevenção e pela reeducação do adolescente, permitindo-se, para tanto, a aplicação de medidas sócio-educativas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A quase totalidade das medidas relacionadas encontra correlação no regime penal adotado para os adultos e, em conseqüência, apresenta evidente natureza punitiva. Verifica-se, assim, que o Brasil, apesar de ter optado por um direito específico para a infância e juventude no que se refere à resposta para a prática de ato infracional, não abandonou a mentalidade penal, que o acompanha em paralelo.

Tal mentalidade só foi abrandada pela necessidade de observância das características próprias e da identidade do adolescente como pessoa em desenvolvimento, garantindo um processo garantista e estimulando, mesmo que nas medidas privativas de liberdade, a educação e a ressocialização.

Posto isso, é evidente o caráter jurisdicional imprimido pelo Estatuto, eis que a apuração do ato infracional se apóia em autêntico processo, produzido diante de órgão jurisdicional, e mesmo as hipóteses de exclusão do processo dependem da homologação judicial.

2 - DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE CRIANÇA, ADOLESCENTE E ADULTO PARA A DEFINIÇÃO DA RESPOSTA A PRÁTICA DELITIVA

O conceito de criança adotado pela Organização das Nações Unidas e, atualmente expresso na Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros diplomas internacionais, é de todo ser humano “menor” de 18 anos.



A diferenciação entre criança, adolescente e adulto enseja uma reflexão quanto ao tratamento a ser dispensado a todos eles quando da prática de um delito. O Estado teve que repensar as justificativas para sua intervenção quanto à criminalidade em geral, pois reconheceu que cada uma dessas fases apresenta características distintas, não se admitindo com isso o mesmo modelo de intervenção para todos.

O legislador utilizou-se dos conceitos de criança, adolescente e adulto firmados por outras ciências, em especial a medicina e a psicologia, para esquematizar a intervenção estatal.

Primeiro, e de acordo com o conceito de criança no sentido de pessoa até 12 anos incompletos, optou-se pela não sujeição dela a qualquer tipo de responsabilização pela prática de um delito, eis que está em uma fase ainda muito inicial de seu processo de amadurecimento.

Os conceitos serviram também de supedâneo para delimitar a adolescência e distingui-la da idade adulta. Estabeleceram-se, assim, as idades que balizam a fase do desenvolvimento humano denominada adolescência — entre 12 e 17 anos —, sendo os 18 anos um marco que identifica a transição para a fase adulta.

O juízo segundo o qual a adolescência está delimitada entre 12 anos completos até os 17 anos está consolidado, sendo essa uma fase em que se concentram o desenvolvimento físico e psicológico que aos poucos promove o amadurecimento do ser humano. Haim Grunspun assevera nesse sentido que “a fase da adolescência começa após a puberdade. A puberdade se caracteriza pelo início de funções hormonais específicas relacionadas com o aparecimento dos caracteres sexuais secundários (Bühler, 1963). De regra, estes fenômenos se iniciam entre os dez e 12 anos de idade e a adolescência se prolongará até a idade de maturidade adulta. O início da adolescência é abrupto e dramático e o seu término gradativo, até a vida adulta”²⁰.

A adolescência é uma fase de crise, de ruptura, de passagem, e exige adaptação a um novo contexto. É marcada, assim, pela organização da estruturação (ou

²⁰ *Distúrbios Neuróticos da Criança: psicopatologia e psicodinâmica*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2003, p. 9.



reestruturação) da personalidade, pelo conflito, pela rebeldia, pela contestação dos valores e pela instabilidade²¹. Trata-se de uma fase em que há a consolidação dos atributos da personalidade e a fixação dos valores, um período de transformação, de transição da criança para a vida adulta. Costuma-se inclusive afirmar que o adolescente é um ser naturalmente anti-social, pois “psicologicamente deixa de ser criança, aspirando por independência; ao mesmo tempo tem dificuldades em assumir verdadeira independência, que somente alcançará gradualmente. Como desde o eclodir da puberdade tem estas reações, o adolescente vive mais facilmente os conflitos daí decorrentes; quer ser adulto e criança ao mesmo tempo e não quer se sentir aceito como adulto ou criança”²².

Nesse contexto de rebeldia e de contestações é que se verifica que o adolescente pode vir a praticar um ato infracional, ou seja, uma conduta descrita como típica no Código Penal ou na Lei de Contravenções Penais. Aliás, conforme afirmam os estudiosos, “cometer um ou mais delitos é fenômeno normal e geral da adolescência: jovens cometem infrações ou para mostrar coragem, ou para testar a eficácia das normas ou, mesmo, para ultrapassar limites — e negar essa verdade significa ou perda de memória, ou hipocrisia. O comportamento anti-social do adolescente parece ser aspecto necessário do desenvolvimento pessoal, que exige atitude de tolerância da comunidade e ações de proteção do Estado”²³. Nesse mesmo sentido, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, reconhece em seu artigo 4º, e, “o fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com freqüência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade”.

A soma de todos esses fatores leva à constatação de que a adolescência é uma etapa de desenvolvimento da personalidade, assim como o reconhecimento de que o ato

²¹ “O fato é que, conforme demonstrado pela Psicologia, um indivíduo que atravessa a fase da adolescência passa por diversas transformações psicossomáticas, que repercutem não somente em sua estrutura biológica, mas principalmente em sua conduta social: o adolescente naturalmente contesta os valores e regras a que foi submetido por toda a sua infância, sendo que somente por volta de seus 19 anos passa a compreender inteiramente o seu comportamento e seus atos, ingressando na vida adulta.” Cf. Eros Roberto Grau e Goffredo da Silva Telles Júnior. *A Desnecessária e Inconstitucional Redução da Maioridade Penal. Idade de Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.

²² Haim Grunspun. *Distúrbios Neuróticos da Criança: psicopatologia e psicodinâmica*, cit., p. 9.

²³ Juarez Cirino dos Santos. *O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, 1º e 2º sem, Rio de Janeiro, 2000, p. 172.



infracional é apenas um reflexo dos conflitos pelos quais aquele ser humano está a passar (fenômeno até considerado normal), de caráter ocasional e com características particulares, o que justifica o tratamento específico a ser destinado. À ele. Tal tratamento é particularizado e deve ser diferente daquele destinado a criança e ao adulto.

Todas essas condicionantes, somadas aos fatores sociais externos, permitem identificar ainda características particulares dessa parcela da criminalidade. Pode-se inclusive afirmar que se trata de um tipo específico de criminalidade, estudado em suas mais diversas especificidades, que, em sua grande maioria, levam às inequívocas conclusões: a) a taxa de criminalidade²⁴ proporcionalmente é baixa, ficando em média, abaixo dos 10 %²⁵; b) a grande maioria dos crimes é do tipo patrimonial e mais de 50 % correspondem a furto.

Posto isso, entende-se quais foram os motivos que levaram o legislador a estabelecer os 18 anos como o marco da maioridade penal. A responsabilização penal inicia-se com essa idade, em virtude do seu reconhecimento como a etapa final da adolescência e a conseqüente transição para a fase adulta. Antes disso, em virtude da prioridade absoluta e da sujeição à proteção integral dispensadas aos adolescentes, fez-se necessário sujeitá-los à responsabilização estatutária, a qual se distancia, em seus fundamentos básicos, daquela destinada aos adultos.

Portanto, em função de todo o exposto é o que o legislador, de forma política, e com supedâneo científico, optou pela fixação do limite etário, que diferencia a responsabilização penal e a estatutária, em 18 anos, pois está diretamente relacionada ao conceito de adolescência, de personalidade em formação, de instabilidade emocional, de auto-afirmação na sociedade. Essa é uma verdade incontestável, sendo a idade utilizada aqui para distinguir os fundamentos e os objetivos distintos de cada uma das sistemáticas.

²⁴ A taxa de criminalidade juvenil é um conceito relativo, que varia de país para país, eis que depende do conceito consolidado anteriormente, qual seja, de quem é considerado adolescente/jovem para esses fins. Para os padrões brasileiros a criminalidade juvenil é baseada na estatística de atos infracionais praticados por menores de 18 anos.

²⁵ Essa porcentagem é comprovada por pesquisas idôneas. Ver, nesse sentido, Cleonice Maria Resende e Helena Rodrigues Duarte. Redução da Idade Penal. *Idade de Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 21; Pesquisa realizada pela Secretaria de Estado da Assistência e Desenvolvimento Social em conjunto com o Departamento da Criança e do Adolescente do Ministério da Justiça no Estado de São Paulo. Ela comprova que em setembro de 2000 havia 3.442 internos na Febem no Estado de São Paulo, dos quais 2.835



3- Inconveniência de Submeter Adolescentes Infratores ao Regime Penal Tradicional

As fronteiras do procedimento judicial exercem um importante papel no sentido de subtrair os adolescentes do regime penal tradicional. Tal objetivo concretiza-se também com a escolha, prevista na lei, das sanções a serem aplicadas aos adolescentes que praticam atos infracionais.

As escolhas das sanções pautaram-se pela personalidade ainda em formação do adolescente, o que exige do Estado cautela na reação ao fato delituoso. A resposta estatal, portanto, tem que se apresentar adequada ao agente e à causa do fato delituoso. Como nesse caso trata-se especificamente do adolescente, que embora sujeito de direitos e passível de responsabilização encontra-se reconhecidamente em uma fase peculiar do desenvolvimento humano, necessário se faz que a resposta do corpo social seja a ela adequada e direcionada.

O Estatuto optou, então, por adotar medidas sócio-educativas em vez de penas ou medidas de segurança, portanto retirando-lhe o caráter absolutamente retributivo, expiatório e intimidatório que está diretamente ligado à primeira, ou preventivo e fundado na periculosidade do agente, na segunda hipótese.

É inegável — muito embora para alguns tal assertiva soe muito forte — que a pena é, em última instância, uma forma de vingança, de impor sofrimento ao autor de um fato delituoso, o que não se aceita, pelo menos na teoria, na sistemática aplicável aos adolescentes. A resposta à conduta infracional não pode ser fundada na vingança e na retribuição, em que o mal é retribuído pelo próprio mal. Do mesmo modo, a aplicação da medida sócio-educativa não pode ser fundamentada na periculosidade do agente, ou seja, na probabilidade de que ele volte a delinquir, pois o objetivo não foi o de acolher uma medida de defesa social.

havam praticado roubo/furto, 245 haviam praticado tráfico, porte ou uso de drogas, 359 haviam praticado homicídio/tentativa de homicídio e 3 haviam praticado outros crimes.



Ao rechaçar a aplicação das sanções penais aplicáveis aos adultos vislumbra-se que o objetivo do legislador foi dar novo fundamento (político-criminal) para a reação jurídica pela prática de ato infracional, chamada de medida sócio-educativa, que deve pautar-se pelo interesse superior do adolescente²⁶ e buscar fins educacionais e socializadores. Nos dizeres de Carlos Tiffer Sotomayor, a sanção aplicada possui um fim “ eminentemente pedagógico, e o objetivo fundamental do amplo marco sancionatório é o de fixar e fomentar as ações que permitam ao menor de idade seu permanente desenvolvimento pessoal e a reinserção em sua família e na sociedade”²⁷.

Com isso verifica-se que o legislador não apenas criou uma sanção específica a ser aplicada aos adolescentes, como também traçou objetivos claros a serem perseguidos pela mesma. Em breve síntese, verifica-se que tais medidas possuem uma dupla finalidade: educacional-pedagógica e socializadora, voltada para fins de prevenção especial²⁸.

As medidas sócio-educativas devem ser direcionadas à prevenção de natureza especial, restrita sob o ponto de vista positivo²⁹, buscando-se a sua aplicação de forma individualizada, de modo a proporcionar uma mudança positiva na conduta do adolescente por meio da educação e da socialização.

Os fins educacionais³⁰ ou pedagógicos devem estar arraigados na finalidade das medidas³¹ e são, aliás, uma exigência legal. Como se sabe, esse processo exige o

²⁶ Este princípio terá importante papel no ordenamento jurídico, especialmente no que se refere às medidas jurídicas aplicáveis àqueles que praticam atos infracionais. “No campo da imposição das medidas socioeducativas tem por escopo atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum, ou ainda evitar que as finalidades de pura intimidação e retribuição se excedam às necessidades preventivo-educativas.” Cf. Karyna Batista Sposato. *Princípios e Garantias para um Direito Penal Juvenil Mínimo. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 273.

²⁷ De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista: nueva ley de justicia penal juvenil, cit., p. 101.

²⁸ Emiliano Borja Jiménez. *Curso de Política Criminal*, cit., p. 113

²⁹ “O fundamento da sanção penal juvenil continua sendo, tanto nos instrumentos internacionais como nas novas leis latinoamericanas, a prevenção especial positiva, que em termos criminológicos tem a ver com a reintegração social do condenado.” Cf. Mary Beloff. *Algunas Confusiones en Torno a Las Consecuencias Jurídicas de la Conducta Transgresora de la Ley Penal en los Nuevos Sistemas de Justicia Juvenil Latinoamericanos*. *Revista do ILANUD*, n.º 24, São Paulo, 2003 p. 133.

³⁰ Sobre o processo de educacional, vide Heinz Zipf, *Introducción a la Política Criminal*, cit., pp. 161/169.

³¹ A título de exemplo, pode-se verificar que o Estatuto, ao abordar especificamente os direitos dos adolescentes privados de liberdade, em seu artigo 124, determina que eles recebam escolarização e profissionalização. Essas medidas “se caracterizam pelo predomínio da idéia de educação”, inclusive quanto àqueles que em princípio apresentam características muito próximas das penas. Vide, nesse sentido, Guilherme Sauer. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 409.



envolvimento dos pais³², da escola e do Estado, em todo o curso da educação do adolescente. No entanto, quando se fala especificamente em ato infracional e em medidas a serem aplicadas em virtude dele, cabe a este último, no caso o Estado, a coordenação dos demais entes para atingir o objetivo final.

O Estado, além de coordenar, deve prover toda a estrutura necessária para a promoção desses fins educacionais. Inclusive, quando se fala em estrutura, trata-se da obrigação de dar todo o aparato necessário para o desenvolvimento da educação, não só pelas construções físicas dos locais a isso destinados, mas também pelo preparo daqueles que trabalham com os adolescentes.

Contudo esses fins educacionais não devem limitar-se a proporcionar formalmente o estudo aos adolescentes, mas devem prepará-los para a vida em sociedade, para a luta por uma colocação profissional no mercado, para a postura ante as adversidades etc. O objetivo não é impor-lhes normas ou obrigá-los a cumpri-las, mas sim convencê-los de que essa é uma nova opção de vida, de “reajustamento do processo de formação de caráter”³³, o que só pode ser obtido por meio da educação.

Essa educação deve ser destinada ao indivíduo, a um adolescente em específico, pautada pelo histórico de vida e adequada ao ato infracional praticado, pois o processo pedagógico não pode ser o mesmo para todos, sob pena de ser ineficaz. Esse processo educacional proporcionará ao adolescente adquirir valores, aprender normas e princípios do convívio social, que são fatores imprescindíveis para permitir a sua socialização, tida como segunda função das medidas³⁴.

A finalidade socializadora³⁵ está diretamente ligada à preparação do adolescente para um convívio harmônico com a sociedade, com o seu entorno social. Implica

³² É cediço que as mudanças na estrutura familiar tem tornado mais difícil essa missão educacional.

³³ É a própria Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal (de acordo com a reforma de 1984) que afirma que o adolescente precisa de tal reajustamento.

³⁴ Laura Zúñiga Rodríguez. *Política Criminal*, cit., p. 212.

³⁵ Escolheu-se o uso da expressão socialização em vez de ressocialização. Isso porque a utilização dessa segunda expressão significa que o violador da norma de caráter penal tem que ser adaptado a uma ordem já existente e supostamente justa, o que não se constata na realidade. Ao falar em ressocialização, o que vem a mente é o questionamento da ordem em que se quer reinserir o adolescente. Além do mais, tal expressão atesta uma verdadeira exclusão do adolescente que pratica ato infracional da sociedade em que ele vive, de tal



aprimorar as suas habilidades e a sua auto-estima, na descoberta de capacidades, na mudança de atitudes, na valoração de si mesmo, ou seja, no desenvolvimento da pessoa. Aproveita-se, assim, que a personalidade ainda está em formação para promover essas transformações, fazendo com que os adolescentes sintam-se úteis à sociedade e reconhecidos como parte dela. Por meio da socialização é possível corrigir o rumo adotado, de forma que o indivíduo viva uma vida sem conflitos com a lei.

O legislador estatutário, a fim de permitir que os objetivos — educação e socialização — sejam alcançados, não se limitou a estabelecer uma medida sócio-educativa, mas, ao contrário, assinalou mais de oito hipóteses, algumas das quais se depreende a nítida intenção de promover o desenvolvimento social do adolescente infrator, especialmente por meio de medidas em meio aberto.

As medidas em meio aberto devem ser estimuladas e priorizadas, pois é da natureza delas o cunho educativo e socializador. Mas não foram apenas essas previstas pelo legislador. Ao reverso, há também a possibilidade de aplicação de medidas sócio-educativas privativas de liberdade, como a semi-liberdade e a internação³⁶.

Em função de toda a estruturação sob a égide da Doutrina da Proteção Integral e da fixação de objetivos claros, o legislador determinou hipóteses restritas nas quais é cabível medida com esse caráter.

A inserção em regime de semiliberdade é uma forma de transição para o meio aberto, pelo qual é possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial, porém sendo obrigatórias a escolarização e a profissionalização do adolescente. Já a medida de internação deve ser aplicada como último recurso³⁷ e em caráter excepcional.

forma a obrigá-lo a fazer parte dela novamente. Acerca dessas reflexões, vide Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal y Controle Social*. Bogotá: Editorial Temis, 2004, pp. 88/118.

³⁶ A problemática da privação de liberdade dos adolescentes é tão delicada que atualmente há, nas disposições internacionais, três instrumentos específicos que delineiam os postulados gerais a serem seguidos pelos Estados: a) Regras de Beijing; b) Diretrizes de Riad; c) Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Regras de Riad).

³⁷ O artigo 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, inclusive, que a internação só será aplicada se não houver outra medida mais adequada. “O caráter de excepcionalidade da internação é mais uma vez enfatizado no § 2º, que quer dizer somente ser admissível quando, em sentença fundamentada, o Juiz concluir pela impropriedade de qualquer das outras medidas previstas no art. 112.” Cf. José de Farias Tavares.



A fim de assegurar a legalidade na aplicação da medida de internação, estatuiu-se, como princípio, que a privação de liberdade somente pode ocorrer: em virtude de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, devendo o adolescente ser informado quanto aos seus direitos (artigo 106); com justificativas que explicitem o porquê da preterição das medidas em meio aberto e, conseqüente escolha pela restrição da liberdade. Exige-se ainda, nesse contexto, a comunicação imediata da apreensão para a família ou para pessoa indicada pelo adolescente, bem como para o juiz, a fim de que se possa avaliar se não é o caso de liberação imediata. Ainda com o mesmo objetivo, limitou-se o prazo de internação provisória em 45 dias (artigo 108), período mais que suficiente para que se decida se é o caso de aplicação de medida sócio-educativa ou se essa é a adequada.

A excepcionalidade da medida da internação deve-se, também, ao fato de que esta afeta um dos mais importantes direitos da pessoa, que é a liberdade. Além disso, por ser segregadora acaba por dificultar ainda mais a promoção do desenvolvimento do adolescente. Tal segregação ocorre em razão do afastamento do adolescente do seio social e, especialmente, familiar, o que pode ocasionar uma ruptura ainda maior em seu processo de formação.

Todo esse contexto demonstra que a decisão pela internação é de extrema importância e não pode ser aplicada sem que os estritos limites da lei sejam obedecidos.

Mesmo que preenchidos os requisitos da lei, ainda estatuíram-se mecanismos para minimizar os efeitos da internação, tais como a possibilidade de os adolescentes receberem visitas semanais, de se corresponderem com seus familiares e amigos, de realizarem atividades culturais, esportivas e de lazer, de terem acesso aos meios de comunicação e, principalmente, receberem, quando de sua desinternação, os documentos

Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 106. Aliás, o próprio artigo 122 estabelece em seus incisos as hipóteses em que tal medida pode ser aplicada, tais como prática de ato infracional mediante violência ou grave ameaça, reiteração de outras infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.



pessoais indispensáveis à vida em sociedade, tudo em conformidade com o que preceitua o artigo 124 da legislação estatutária³⁸.

Ainda nessa conjuntura, e para evitar que a ruptura com a sociedade e com a família acabe por retirar do adolescente todo o seu senso social e a perspectiva de que pertence àquela sociedade, limitou-se o período de internação em 3 anos, materializando-se, com isso, o princípio da brevidade.

4 - DA ANÁLISE DA PROPOSTA LEGISLATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS

4.1 - PL 7197

De início cumpre analisar as alterações sugeridas no **artigo 104** do ECA em virtude da inserção de novos parágrafos:

(i) **§ 2º**: As medidas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente de o infrator ter atingido a maioria penal, ressalvado o § 5º do art. 121.

Em seu texto original, o artigo determina que os menores de dezoito anos não estão sujeitos às leis penais, casos em que os dispositivos da Lei nº 8.069/90 devem imperar. Esta é, portanto, a regra.

A sugestão do PL é de inclusão do novo **§ 2º**, que determina a continuidade das medidas aplicadas pelo ECA ainda que o menor infrator já tenha completado 18 anos, desde que seja respeitado o lapso temporal de 21 anos de idade como marco limite.

Entendemos, entretanto, que a nova inclusão não é uma sugestão de alteração propriamente dita. Isto porque o próprio texto sugerido no PL menciona a necessidade de se respeitar a regra contida no § 5º do art. 121 do ECA, que assim dispõe: *“A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.”*

³⁸ As Regras de Beijing, em seu item 26, reforçam que deve ser assegurado ao adolescente internado a “educação e a formação profissional” de tal maneira que desempenhe um “papel construtivo e produtivo na



Ora, se o atual texto do ECA já prevê que o marco limite para a aplicação das medidas socioeducativas é o de 21 anos de idade, qual seria a razão de incrementar o original art. 104 com um novo parágrafo que apenas reitera o que já está determinado em Lei?

Por esta razão, o novo § 2º sugerido pelo PL é inócuo e, por não ter qualquer natureza modificativa ao texto legal original, perde a legitimidade de alterar a legislação vigente.

(i) **§ 3º:** Na impossibilidade de aplicação das medidas previstas nos incisos V a VII do art. 112, em vista de o infrator ter completado a maioria penal ou civil sem ainda ter se sujeitado a qualquer das medidas sócioeducativas, a autoridade competente aplicará uma das hipóteses dos incisos I a IV do mesmo artigo, conforme diretriz estabelecida em seu § 1º.”

Referido parágrafo determina que medidas de menor intensidade (como prestação de serviços à comunidade e obrigação de reparar o dano) venham a ser aplicadas em detrimento das mais graves (semi-liberdade e internação) nos casos em que estas não podem mais incidir em face da maioria penal.

O texto é, no mínimo, confuso. Isto porque a maioria penal do ECA, da forma que está hoje, é de 18 anos. Mas, conforme preceituado no § 5º do art. 121, a desinternação compulsória ocorrerá aos 21 anos. Assim, o texto do sugerido § 3º está no descompasso do texto atual. Reitere-se: o adolescente pode cumprir medida de internação ou semi-liberdade depois da maioria penal (entre 18 e 21 anos), desde que o fato tenha sido praticado antes de completar os 18 anos.

Sendo assim, mesmo após a maioria civil ou penal o adolescente poderá cumprir as medidas sócio-educativas impostas pelo Juízo da Infância e Juventude em processo judicial, desde que, reitere-se, tenha praticado o fato antes dos 18 anos.

Portanto, essa regra é inócua, pois não há qualquer medida prevista no ECA que não possa ser aplicada após a maioria penal ou civil, respeitando-se, sempre o limite dos 21 anos.

sociedade”. Ver, no mesmo sentido, o item 12 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Riad).



Por fim, cabem algumas considerações a respeito do **parágrafo único** que, pelo PL 7197-A/2002, deveria ser incluído no **art. 105** do ECA:

Parágrafo único. A autoridade competente pode, dadas as circunstâncias, a gravidade da infração e a necessidade educacional, aplicar ao adolescente quaisquer das medidas previstas nos incisos I a IV e VII do art. 112, por ato infracional praticado antes da adolescência.”

Referida alteração tem por intenção aplicar ao *adolescente* (que, conforme o art.1º do ECA, corresponde a idade entre 12 e menos de 18 anos) punição por ato praticado em sua fase de *infância* (até 12 anos incompletos).

O novo texto permite a aplicação de medidas como advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida aos fatos praticados quando ainda era criança e excluiu a possibilidade de aplicar, nestes casos específicos, as medidas mais extremas previstas nos incisos V e VI do art. 112 do ECA (semi-liberdade e internação).

Verificam-se, aqui, dois pontos incongruentes.

O primeiro deles diz respeito a aplicar uma medida socioeducativa para adolescentes por fato cometido quando era criança. Isso porque, o ECA estipulou medidas de proteção específicas para serem aplicadas nos casos de atos infracionais cometidos por crianças³⁹, medidas as quais estão previstas no artigo 101⁴⁰, e cujo objetivo previsto pelo art. 98 do ECA é proteger seus tutelados de violação ou ameaça aos seus direitos fundamentais: “I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.” De igual forma,

³⁹ Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

⁴⁰ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.



estipulou, separada e distintamente, outras medidas para aplicação a adolescentes, as chamadas medidas socioeducativas, previstas no artigo 112.

A gradação das medidas aplicadas atualmente no ECA por fatos cometidos por crianças e por adolescentes leva em consideração a fase peculiar de desenvolvimento delas, conforme já explicitado acima.

O Projeto de Lei ora em análise desconsidera os motivos ensejadores de tais distinções e em especial o princípio da proporcionalidade e atualidade, previsto no art. 100, VII, o qual preza que “(...) a intervenção deve ser a necessária e adequada à **situação de perigo** em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada”. Desta forma, aplicar-se ia medida socioeducativa (intervenção estatal) à situação de perigo que não mais subsiste no momento da decisão.

Ressalte-se, ademais, que tal possibilidade prevista do Projeto de Lei se contrapõe a outro dispositivo do mesmo estatuto, qual seja, artigo 104, Parágrafo Único⁴¹. Ora, ainda que já esteja na fase de adolescência no momento de aplicação da regra do sugerido Parágrafo Único, fato inegável e incontroverso é que o ato infracional por ele praticado ocorreu ao tempo de infância.

O que o Projeto de Lei sob estudo faz é punir um *ato de criança com medida de adolescente*.

Em analogia ao sistema penal dos indivíduos imputáveis penalmente, seria o equivalente a aplicar uma pena privativa de liberdade ao indivíduo maior de idade que, ao tempo do fato, era adolescente!

Por outro lado, a lógica de aplicação dos dispositivos protetivos do ECA é contrária ao Parágrafo Único do Projeto de Lei. É possível aplicar cumulativamente medidas de proteção com medidas socioeducativas, com intuito de dar maior efetividade ao caráter pedagógico das medidas socioeducativas. No entanto, aplicar medidas socioeducativas a

⁴¹ Art. 104. (...) Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.



atos infracionais cometidos por crianças se mostra totalmente contrário às diretrizes protecionistas e pedagógicas do Estatuto, bem como seus princípios e garantias.

A alteração sugerida, portanto, não está em sintonia com os princípios e garantias protegidos pelo ECA.

O segundo ponto a ser criticado no Parágrafo Único do art. 105 tem relação com a previsão de que a autoridade competente pode, dadas as circunstâncias, a gravidade da infração e a necessidade educacional, aplicar tais medidas.

O texto é vago, genérico e absolutamente aberto a um infindável rol de situações. A imprecisão da norma, caso esta fosse aplicada, inauguraria um verdadeiro ciclo de sistemáticas ofensas ao princípio da legalidade e lesão a direitos fundamentais.

O texto é, no nosso entendimento, uma carta aberta ao poder discricionário da autoridade competente. Não se trata aqui de cumprir regras específicas e previamente previstas. A autoridade, conforme seu próprio julgamento dos fatos, poderá determinar a aplicação de medidas que entender cabíveis.

A seriedade que deve reger discussões sobre quaisquer modificações do ECA determina que se questione: o que é uma infração mais ou menos grave? O que seria uma necessidade educacional mais ou menos importante? Quais seria as tais *circunstâncias* a que o texto faz menção?

Em se tratando de aplicação de medidas a menores, não há como inserir no ECA um texto com tamanha vagueza. Não é razoável sob a ótica de política infanto-juvenil, tampouco sob a ótica jurídica, já que a ofensa ao princípio da legalidade é flagrante.

4.2 - PL 2517, apensado ao PL 7197

O princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico da infância e da juventude no Brasil vem a ser o da proteção integral. Trata-se de um princípio em patamares constitucionais, o que significa dizer que deve conduzir toda a legislação



infraconstitucional, razão pela qual, *prima facie*, entende-se que o pretendido projeto de lei é absolutamente inconstitucional.

Sob a máxima desse princípio superior fixaram-se outros, que pautam o atendimento a todos os adolescentes (generalidade característica de todo princípio) e exercem primordial papel no que se refere àqueles que praticaram ato infracional, entre eles o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e que condiciona todo o ordenamento jurídico nacional, especialmente por influência da sua ampla adoção em nível internacional, pois já se fez presente na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança (1924), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, posteriormente, na Declaração dos Direitos da Criança (1959), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), no Pacto de São José da Costa Rica (1969) e na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), todas reconhecendo que a criança e o adolescente precisam de proteção legal apropriada.

Essa condição, ostentada pelo adolescente, justifica “um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população”⁴², o qual foi materializado na legislação a ser aplicada àquele que pratica ato infracional, evitando-se com isso conseqüências estigmatizadoras.

O arcabouço jurídico acima delineado atua como um verdadeiro empecilho para a utilização das mais diversas formas coativas, razão pela qual nos posicionamos firmemente no sentido de que o projeto ora em exame deve ser repulsado.

Em específico temos que a proposta para o aumento do prazo máximo de internação não merece prosperar, em especial porque a previsão atual da lei é compatível com os seus objetivos e aqueles fixados pela Constituição⁴³. Isso porque é cediço que a

⁴² João Batista da Costa Saraiva. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: Saraiva, 2002, p. 21.

⁴³ Mário Volpi, em concordância com este limite, afirma que “não consideramos que privar de liberdade por até 3 anos seja uma pena branda, pois para a fase de desenvolvimento e descobertas em que se encontram os adolescentes, se uma medida sócio-educativa não for eficaz, há que se rever a medida”. Cf. O Adolescente e o Ato Infracional. *Revista do ILANUD*, n.º 14, São Paulo, 2001, p. 29. No mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos, que assevera: “e para quem acha que 3 anos de internação não é muito, convém lembrar a diferente dimensão subjetiva do tempo para crianças/adolescentes em relação a adultos/idosos, que transforma o limite de 3 anos em algo próximo da eternidade”. Cf. O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos, cit., p. 176.



efetividade das sanções está ligada à seriedade com que são aplicadas e ao rigor do cumprimento dos ditames instituídos pela lei, e não à severidade da punição e ao período de afastamento da sociedade. Se os objetivos fixados pelo Estatuto fossem efetivamente cumpridos, não haveria por que discutir o aumento desse limite.

Além disso, o aumento estabelecido no projeto é excessivamente longo inclusive para os sujeitos ao regime penal tradicional, pois, como assevera João Batista da Costa Saraiva, para um adulto cumprir 3 anos em regime fechado, necessário se faz que tenha sido condenado a uma pena não inferior a 18 anos de reclusão, pois, caso contrário, pode progredir de regime em tempo inferior a 3 anos, passando a cumpri-la no semi-aberto⁴⁴. Ainda como argumento contrário àqueles que pretendem a extensão do prazo de internação, deve-se lembrar que tal medida pode ser seguida por 3 anos de semi-liberdade e mais 3 de liberdade vigiada, o que perfaz 9 anos no total, mostrando por si só que o prazo de 3 anos é apenas aparente. Esse prazo, no entanto, é limitado pelos 21 anos de idade, oportunidade na qual não se aplicarão mais qualquer medida sócio-educativa.

De modo geral, constata-se que as medidas sócio-educativas foram consagradas na lei como uma forma de assegurar o tratamento particular que deve ser dispensado aos adolescentes. Portanto, a internação maciça e extensa provocará efeitos inversos daqueles esperados com a aplicação das medidas sócio-educativas, que são a marginalização da adolescência e a construção de um caminho direcionado à criminalidade, pois, afinal, como se pode ensinar alguém a viver em liberdade, privando-o dela?⁴⁵

Os fundamentos político-criminais da escolha do limite etário aos 18 anos estão ligados não só à necessidade de criar uma sistemática especial a ser aplicada aos adolescentes, mas também à opção de não submetê-los ao ambiente degradante de um sistema penitenciário falido. É cediço que o ambiente carcerário é criminógeno, e tal reconhecimento tem feito com que a doutrina penal aplicável aos adultos tenha se empenhado em encontrar soluções alternativas à pena privativa de liberdade, que causem menos efeitos nocivos. O que se dirá, então, na hipótese de adolescentes?

⁴⁴ A Idade e as Razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. *Idade de Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 57.



Ao mesmo tempo, diante de todos os argumentos aqui relacionados, cai por terra o mito da impunidade dos adolescentes. Pode-se afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, se colocado efetivamente em prática, é o instrumento adequado para fins de responsabilização, eis que traz todos os parâmetros necessários para tanto.

Desse modo, a questão da impunidade tem sido insuflada pelo Estado, que diante do próprio descaso e no sentido de justificar suas atitudes dimensiona, sobremaneira, a situação da criminalidade juvenil, levando-se a essa incrível sensação que aos adolescentes nada acontece. Não há impunidade. O que ocorre é que as medidas sócio-educativas não têm cumprido o seu dever educacional e socializador em virtude da não implantação efetiva pelo Estado das estruturas previstas na legislação estatutária. As normas do ECA são apenas diretrizes que precisam ser implementadas no cotidiano. Aliás, nos termos do que esclarece Irandi Pereira, verifica-se que há “incapacidade do sistema” de “ofertar, de modo articulado e competente, programas sócio-educativos aos adolescentes autores de ato infracional para o devido cumprimento das medidas legais”⁴⁶.

Por fim, é de se observar que uma lei, e isso também vale para o Estatuto, especialmente quando destinada à responsabilização pela prática de delitos ou atos infracionais, não possui como objetivo final a erradicação da criminalidade, pois se assim fosse jamais seria efetivamente alcançado. No caso específico dos adolescentes a lei quer ao mesmo tempo fazê-los responsáveis pelos atos que praticam, demonstrando que a sociedade reprova determinadas condutas, e proporcionar-lhes uma nova perspectiva de vida, a fim de que não voltem a delinquir ou sejam novamente submetidos a espécie de controle social formal, antes ou depois de alcançada a maioridade penal.

Sob a ótica da política fundada na prevenção, deve-se rechaçar toda e qualquer intenção legislativa, pois representa a adoção de uma política repressiva, que não condiz com a Política Criminal adotada. Propostas como essas são frutos de movimentos político-criminais radicais, como o da Lei e Ordem, cuja ideologia da repressão verifica-se, na prática, por meio do rigor da coerção penal, pelo recrudescimento do sistema, que passa necessariamente pelo desejo desenfreado de reduzir a maioridade penal e aumentar a

⁴⁵ Juan Bustos Ramírez. *Perspectivas de un Derecho Penal del Niño. Nueva Doctrina Penal*, n.º A, Buenos Aires, 1997, p. 65.

⁴⁶ Redução da Idade de Responsabilidade Penal de Adolescentes, cit., p. 34.



punição e com isso submeter os adolescentes a um regime cada vez mais próximo daquele penal tradicional.

Os debates democráticos em torno dos assuntos de interesse da sociedade devem ser sempre incentivados, mas pautados por argumentos técnicos. No tocante à legislação ora em comento, constata-se que ela está amparada em fundamentos sólidos e que sua ancoragem político-científica não se modificou até o presente momento, razão pela qual não há justificativas plausíveis para modificações.

Todos os argumentos ora expostos demonstram a necessidade da manutenção da legislação atual e desmistificam os argumentos fantasiosos que têm levado a uma perigosa movimentação legislativa com pretensões repressivas.

5 - CONCLUSÕES FINAIS

De modo geral, constata-se que as medidas sócio-educativas foram consagradas na lei como uma forma de assegurar o tratamento particular que deve ser dispensado aos adolescentes. Portanto, a internação maciça e extensa provocará efeitos inversos daqueles esperados com a aplicação das medidas sócio-educativas, que são a marginalização da adolescência e a construção de um caminho direcionado à criminalidade, pois, afinal, como se pode ensinar alguém a viver em liberdade, privando-o dela?⁴⁷

Por essas razões, devem ser rejeitadas as propostas legislativas que busquem alternativamente à redução da maioria penal, o aumento do prazo de internação e o recrudescimento das medidas já previstas atualmente.

Por fim, mostra-se absolutamente descabida a possibilidade de aplicação de medidas sócio-educativas para fatos cometidos durante a infância, por representar não apenas uma grave violação aos direitos das crianças previstos em tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil como também da Constituição Federal.

⁴⁷ Juan Bustos Ramírez. *Perspectivas de un Derecho Penal del Niño. Nueva Doctrina Penal*, n.º A, Buenos Aires, 1997, p. 65.



Por esses motivos, opina o **IBCCrim**, pois, pelo arquivamento do PL 7197, seja no que toca à proposta de internação de crianças, e seja, também, no que toca à matéria apensada recentemente, objeto do PL 2517, que diz com tempo de internação.

De São Paulo para Brasília, aos 24 de agosto de 2015.

Andre Pires de Andrade Kehdi
(Presidente do IBCCrim)

Renato Stanzola Vieira
(Coordenador do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCrim)

Fabiana Eduardo Saenz (Comissão de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCrim)

Liliana Carrard (Comissão de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCrim)



P.P. - Giancarlo

Giancarlo Silkunas Vay

(Presidente da Comissão de Infância e Juventude do IBCCrim)

Mariana Chies Santos

Mariana Chies S. Santos

(Coordenadora Adjunta da Comissão de Infância e Juventude do IBCCrim)