

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**PATRÍCIA VALADARES ABREU**

**OS DEBATES QUE PERMEIAM A REDUÇÃO DA MAIORIDADE  
PENAL E AS POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS DE UM  
ORDENAMENTO PRETENSAMENTE GARANTISTA**

JUIZ DE FORA

2014

**PATRÍCIA VALADARES ABREU**

**OS DEBATES QUE PERMEIAM A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E  
AS POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS DE UM ORDENAMENTO PRETENSAMENTE  
GARANTISTA**

Monografia de conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do Professor LUIZ ANTÔNIO BARROSO RODRIGUES, na área de concentração do Direito Penal.

**JUIZ DE FORA**

**2014**

**PATRÍCIA VALADARES ABREU**

**OS DEBATES QUE PERMEIAM A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E  
AS POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS DE UM ORDENAMENTO PRETENSAMENTE  
GARANTISTA**

Monografia de conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor LUIZ ANTÔNIO BARROSO RODRIGUES, na área de concentração do Direito Penal.

---

Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues  
(orientador)

---

Prof. Cléverson Raimundo Sbarzi Guedes

---

Prof. Cristiano Álvares Valadares do Lago

Aprovada em: 06 / 02 / 2014

**Juiz de Fora**  
**2014**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por permitir a conclusão de mais um trabalho e por ter guiado meus passos ao longo de toda a trajetória deste Curso.

Aos meus pais por todo empenho e esforço para que a conclusão deste Curso se tornasse uma realidade.

À minha irmã Cristina Valadares Abreu pela influência determinante em meus estudos.

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Luiz Antônio Barroso Rodrigues pelo suporte na feitura desta monografia, por todo conhecimento transmitido ao longo da faculdade, bem como por orientar na aplicação prática do Direito Penal.

Aos queridos Professores Marcos Vinicius Chein Feres e Máira Fajardo Linhares pela contribuição positiva em minha formação.

À minha grande amiga Vanessa Chaves Lessa por todo carinho, atenção e paciência a mim dispensados no decorrer desses cinco anos de faculdade, bem como por dividir comigo as angústias de uma vivência prática do Direito Penal.

Agradeço também à Defensoria Pública de Minas Gerais por toda a contribuição na minha formação prático-profissional.

Por fim, agradeço à Fernanda Lima pela compreensão e companhia nos momentos de dificuldade.

## RESUMO

No presente trabalho será feita uma análise sobre possibilidade da redução da maioria penal à luz das premissas garantistas, notadamente sobre a categoria garantista da necessidade, tendo em vista que já existe um Estatuto próprio para os menores. Para tanto inicia-se com uma exposição acerca do Garantismo Penal tal como formulado por Ferrajoli nos moldes em que este deveria se apresentar ao legislador e aplicador do Direito a fim de balizar suas atividades. Necessária também uma abordagem garantista em torno das funções da pena, visto serem estas as legitimadoras da intervenção estatal na liberdade de locomoção dos indivíduos e por ser a pena o que efetivamente será imposto aos menores. A seguir, será mostrado com vem sendo cumprido o Estatuto da Criança e do Adolescente, a atual aplicação das medidas socioeducativas e as condições dos estabelecimentos recuperacionais; buscar-se-á também resgatar o sentido da palavra re-socialização, bem como será feita uma abordagem acerca da influência do processo de criminalização secundária. Feito isso, haverá condições consistentes para se concluir sobre a real necessidade e efetividade da redução da maioria penal bem como se tal proposta se enquadra nos moldes garantistas que devem nortear nosso sistema penal.

**Palavras-chave:** maioria penal; garantismo; princípio da necessidade; criminalidade juvenil; ato infracional.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. TEORIA DO GARANTISMO PENAL.....</b>	<b>9</b>
2.1 FUNÇÕES DA PENA SOB O ENFOQUE GARANTISTA.....	15
<b>3. DA EFETIVIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL....</b>	<b>20</b>
3.1 O PRESSUPOSTO GARANTISTA DA NECESSIDADE.....	20
3.2 DA SUFICIÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE....	21
3.2.1 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.....	21
3.2.2 DOS ESTABELECIMENTOS SOCIOEDUCATIVOS.....	23
3.2.3 DA APLICAÇÃO EFETIVA DO ECA.....	25
3.2.4 DA FALÁCIA RESSOCIALIZADORA DO CÁRCERE.....	26
3.2.5 DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.....	27
<b>4. DA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A CRIMINALIDADE JUVENIL.....</b>	<b>30</b>
4.1 DAS MUDANÇAS SOCIO ECONÔMICAS.....	30
4.2 DAS ALTERAÇÕES NO ECA.....	30
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>33</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>36</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Cada vez que o noticiário relata algum ato infracional praticado por menores ou quando estes assumem a autoria delitiva de crimes praticados por pessoas penalmente imputáveis, reacende-se a discussão em torno da redução da maioridade penal.

Um primeiro ponto a ser destacado é que o assunto está afeto a diversas áreas do conhecimento, o que dificulta sobremaneira a sua abordagem sob um único ponto de vista.

Assim, ao lado do viés jurídico, tema principal deste trabalho, outras abordagens de cunho sociológico, político, cultural e econômico, serão feitas de forma concomitante e pontual para que se tenha a correta compreensão do alcance da questão.

Sob uma análise estritamente jurídica, qualquer mudança que se proponha em relação à alteração da imputabilidade penal há que ser submetida ao crivo garantista que embasa nosso ordenamento jurídico penal.

Desse modo, imprescindível que se compreenda, logo de início, quais são as balizas que esse modelo jurídico-normativo impõe ao legislador e ao aplicador das normas penais. Por tais razões, será feita uma abordagem acerca dos principais fundamentos do direito de punir previstos pela Teoria do Garantismo Penal aos quais se submete o Estado e legitimam sua atuação.

Ao lado da Teoria do Garantismo Penal, imprescindível também o resgate das chamadas funções da pena, de vez que efetivamente será esta a ser imposta aos menores e, como tal, deverá também estar apta a justificar e legitimar a intervenção estatal na liberdade dos mesmos.

Não se pode olvidar que a pena a ser imposta aos adolescentes infratores deverá cumprir sua função ressocializadora bem como funcionar como elemento redutor da criminalidade juvenil, sendo tais objetivos propugnados como sendo a justificativa para tamanha violência estatal legitimada, que é o sistema de encarceramento.

Nesse norte, tendo em vista a existência de um Estatuto próprio a reger os menores, sob o crivo da categoria garantista da necessidade, e sem se ausentar das atuais condições oferecidas pelos presídios brasileiros, verificar-se-á se tal desiderato atribuído à pena privativa de liberdade poderá ser alcançado em relação

aos adolescentes, considerando sempre sua condição especial de desenvolvimento enquanto pessoa.

Sob o manto de tais pressupostos, caberá tecer uma análise sobre a atual aplicação das medidas socioeducativas, em que medida são aplicadas em sua totalidade como determina o ECA e se são aplicadas proporcionalmente aos atos infracionais cometidos; as condições em que se encontram os atuais estabelecimentos para cumprimento das medidas socioeducativas, se os mesmo estão aptos ou não a dar efetividade aos ditames do ECA.

Ao lado de tais verificações de caráter fático, cumprirá resgatar o significado da palavra re-socialização, que tanto se atribui aos internatos e prisões como medidas eficazes na recuperação social do infrator, o objetivo será confrontar tal significado com a atual realidade dos centros de recuperação dos menores e verificar se a pena estará apta a desempenhar tal papel.

Não se pode olvidar ainda de considerações acerca do processo de criminalização secundária, tão evidente e de tanta importância no papel exercido pelo poder punitivo estatal, que não deixa de recair também sobre os menores infratores.

Feito isso, ter-se-á condições de concluir se a imposição de pena aos menores como meio de solucionar o problema da criminalidade juvenil e da ressocialização dos jovens, é realmente o meio mais adequado, proporcional e juridicamente mais idôneo.



## 2. TEORIA DO GARANTISMO PENAL

É comum a referência doutrinária e jurisprudencial de que nosso sistema penal configura-se nos moldes garantistas tal como traçado por Luigi Ferrajoli, grande idealizador desse modelo normativo cujos traços mais significativos foram abraçados pela então Constituição Federal de 1988.

Neste norte, importante definirmos aqui as balizas condicionantes do garantismo penal, tal como propugnado por seu criador, que inspiram grande parte das atuais garantias atribuídas à pena e ao processo penal.

O modelo garantista de legitimação da intervenção penal estrutura-se em torno de sistemas ou modelos axiomáticos que se formam por meio da elaboração de princípios norteadores. Tais princípios por sua vez, são formulados com o uso de 11 (onze) termos, quais sejam: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*<sup>1</sup>.

Com exceção da palavra pena, cada um dos outros termos designa uma condição *sine qua non* para a atribuição de pena no interior de um determinado modelo de direito penal, ou seja, estabelecem as condições para que se possa atribuir responsabilidade penal.

As conjunções formadas por cada termo acima descrito, formam os chamados axiomas garantistas, os quais designam proposições prescritivas, ou seja, encontram-se no plano do dever-ser, atuando como parâmetros de justificação externos (ou ético-político).

Segundo Ferrajoli, tais implicações deônticas não estampam uma condição suficiente, na presença da qual a punição seja permitida ou obrigatória, mas sim, uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.<sup>2</sup>

Segundo o Autor, o escopo principal das garantias penais é funcionar como um elemento deslegitimador do exercício punitivo.

Veja-se agora os dez axiomas do sistema garantista formados pela conjunção dos termos acima elencados, cabendo desde já ressaltar que, nas palavras de

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Ferrajoli (2002, p.74) “[...] trata-se de um modelo limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável”:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nullum crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex (penalis) sine necessitate*
- A4 *Nulla necessitas sine injuria*
- A5 *Nulla injuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*

Tais axiomas expressam o seguinte conjunto de princípios<sup>3</sup>:

- A1 Princípio da Retributividade
- A2 Princípio da Legalidade, no sentido lato ou estrito
- A3 Princípio da Necessidade
- A4 Princípio da Lesividade
- A5 Princípio da Materialidade ou da Exteriorização da Ação
- A6 Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade Pessoal
- A7 Princípio da Jurisdicionalidade
- A8 Princípio do Acusatório
- A9 Princípio do Ônus da Prova
- A10 Princípio do Contraditório ou da Defesa

Desta forma, por meio da junção de tais princípios está formado o modelo garantista de direito ou de atribuição de responsabilidade penal, segundo Ferrajoli<sup>4</sup>, “[...] estão postas as regras do jogo fundamental do direito penal”.

Na concepção do Autor supramencionado, de todos os princípios existentes, aquele que melhor representa o sistema garantista é o da legalidade estrita, uma

---

<sup>3</sup> *Ibidi.*, p.74.

<sup>4</sup> *Ibidi.*, p. 75.

vez que ele exige a presença de todas as demais garantias. A legalidade estrita se distingue da mera legalidade, uma vez que, nas precisas lições do Ferrajoli:

[...] a simples legalidade da forma e da fonte é condição de vigência ou da existência das normas que preveem penas e delitos, qualquer que seja o seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes. (FERRAJOLI, 2002, p.76).

Assim sendo, conclui o Autor (FERRAJOLI, 2002, p. 76) que, graças ao princípio da mera legalidade, a lei é condicionante e graças à legalidade estrita, a lei é condicionada ai, de modo que o princípio da legalidade estrita é comando dirigido precipuamente ao legislador.

Conforme adiantado acima, o sistema garantista da estrita legalidade é um modelo ideal, trata-se de referência prescritiva, que, nas palavras de Ferrajoli, “[...] representa uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusório e perigoso acreditar que seja possível alcançar” (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Desta forma haveria, na verdade, graus de garantismo, que configurariam os diversos modelos de processo penal existentes; um ordenamento será mais ou menos garantista conforme o grau de garantias que consiga assegurar.

Tais modelos de processo penal oscilam entre dois extremos opostos, identificáveis com o caráter condicionado ou incondicionado do poder punitivo<sup>5</sup> aos quais Ferrajoli denomina direito penal mínimo e direito penal máximo.

Assim sendo, ao observarmos determinado ordenamento jurídico e o submetemos aos preceitos garantistas, verificaremos se o mesmo tem uma maior tendência ao direito penal mínimo ou ao direito penal máximo, sendo que neste último caso, haverá na ordem normativa uma tendência à ilegitimidade.

O direito penal mínimo impõe um critério aplicador de pena na medida em que, ante a ausência de algum dos pressupostos caracterizadores da pena, indicados pelos princípios que informam o sistema garantista, há que prevalecer o critério do *in dubio pro reo* de modo a excluir ou atenuar a atribuição de responsabilidade penal.

---

<sup>5</sup> *Ibidi.*, p. 83.

Há em nosso ordenamento reflexos de tal critério como o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais etc<sup>6</sup>.

Feitas essas considerações iniciais, o garantismo enquanto modelo de sistema punitivo deverá também responder à indagação que visa legitimar a intervenção estatal punitiva consistente no “por que punir”?

Afim de evitar confusões, Ferrajoli atribui três significados à palavra “por que”: a palavra função, que se refere ao sentido histórico do termo; a palavra motivação que diz com o aspecto jurídico e a palavra finalidade para estampar os valores contidos na expressão.<sup>7</sup> Para o autor, função, motivação e finalidade não se confundem sob pena de se cometerem equívocos no intento de responder à indagação sobre o por que punir.

As possíveis respostas a tal questão são agrupadas pelo autor em dois grupos que ele chama de teorias ou explicações, quando as respostas se referirem à motivação ou à função da pena, e de doutrinas axiológicas ou de justificação quando as respostas remeterem à finalidade da pena.

A motivação e a função da pena estão no plano do ser, nos remetem a explicações; já a finalidade da pena encontra-se no plano do dever-ser, nos conduz a justificações, busca respostas às questões ético-filosóficas sobre a finalidade da pena. A confusão entre os planos do ser e do dever-ser redundaria na tomada de explicações por justificações e vice-versa, vício que dificulta a legitimação do poder punitivo. Vale a pena citar exemplo elucidativo do autor:

Nesta confusão caem, por primeiro, aqueles que produzem ou sustentam doutrinas filosóficas da justificação, apresentando-as como “*teorias da pena*”. É assim que estes falam, a propósito dos discursos sobre os objetivos da pena, de “*teorias absolutas*” ou “*relativas*”, de “*teorias retributivistas*” ou “*utilitaristas*”, de “*teorias da prevenção geral*” ou da “*prevenção especial*” ou similares, sugerindo a ideia de que a pena possui um efeito (em vez de uma finalidade) retributivo ou reparador, ou que essa previne (em vez de dever prevenir) os delitos, ou que reeduca (em vez de dever reeducar) os réus, ou que dissuade (em vez de dissuadir) a generalidade dos associados do cometimento de delitos ou similares. Entretanto, em uma confusão análoga, caem, também, aqueles que produzem ou sustentam teorias jurídicas ou sociológicas da pena, apresentando-as como *doutrinas de justificação*. (FERRAJOLI, 2002, p. 260)

---

<sup>6</sup> *Ibidi.*, p. 84.

<sup>7</sup> *Ibidi.*, p. 260.

Neste norte de distinções perseguidas pelo Autor, uma segunda separação deverá ser feita, qual seja, aquela entre os diversos níveis de discurso a que pertencem as doutrinas de justificação da pena e as justificações (ou não justificações) da pena em si.<sup>8</sup>

Assim, tendo por base a Lei de Hume, segundo a qual não se extraem conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas e vice-versa, Ferrajoli chama a atenção para o fato de que “[...] as normas não nos dizem nada em relação aos acontecimentos fáticos e estes por sua vez nada nos dizem sobre os valores estampados nas normas”. (FERRAJOLI, 2002, p. 262).

Por tais razões, esclarece o Autor que “[...] podemos caracterizar as doutrinas de justificação como discursos normativos *sobre* a justificação [...] e as justificações (ou não justificações) como discursos assertivos acerca da correspondência (ou não correspondência) entre as finalidades normativamente assumidas e as funções assertivamente explicadas ou reconhecidas” (FERRAJOLI, 2002, p. 262).

São elucidativas as palavras de Ferrajoli neste sentido:

Os discurso sobre (ou doutrinas de) justificação são, com efeito, voltados para a argumentação dos *critérios de aceitação* dos meios penais em relação aos fins a estes conferidos. Os discursos de justificação (ou justificações) são, ao contrário, voltados para a argumentação da aceitação dos meios penais enquanto constatados como funcionais aos objetivos aceitos como justificantes (...) Precisamente, enquanto as doutrinas de justificação constituem discursos que têm por objeto as próprias justificações, ou seja, a validade ético-política dos objetivos com os quais se justificam o direito penal e as penas, as justificações (ou não justificações) são discursos assertivos que têm por objeto o próprio direito penal e as penas, e, mais especificamente, o fato de que os mesmos satisfaçam ou não o objetivo ou objetivos previamente assumidos como justificadores com base na doutrina de justificação adotada. (FERRAJOLI, 2002, p. 262).

Em razão da não distinção feita acima, muitas doutrinas de justificação são tomadas diretamente como justificação, estas devem vir posteriormente, ou seja, após o confronto entre os objetivos justificadores elencados e as funções efetivamente desempenhadas por tais objetivos no campo fático.

---

<sup>8</sup> *Ibidi.*, p. 262.

Confusão neste sentido conduz àquilo que Ferrajoli chama de “falácia naturalista” que faz com que se derive o dever-ser do ser e “falácia normativista” que, ao contrário da primeira, é a derivação do ser do dever-ser<sup>9</sup>

Adotando como guia as distinções feitas acima, passa-se agora ao estabelecimento dos pressupostos ou requisitos imprescindíveis para o estabelecimento de uma doutrina de justificação da pena que não incorra na falácia normativista ou naturalista, para tanto, Ferrajoli estabelece duas ordens de requisitos.

O primeiro requisito diz com a distinção já aventada acima entre as doutrinas de justificação, que são proposições normativas de tipo axiológico, encontrando-se, portanto, no plano do dever-ser e as funções e motivações do sistema penal e da pena, que estão no plano do ser.

O segundo requisito confronta os meios e os fins penais e seu pressuposto está na distinção entre as justificações ou não justificações e as doutrinas de justificação adotadas.<sup>10</sup> Nesse passo, há que se cotejar o objetivo penal justificante (fornecido pela doutrina de justificação) com as situações fáticas a serem justificadas, ou seja, um bem deverá ser eleito e determinado mal causado a esse bem há que ser considerado como sendo inaceitável e, portanto, passível de intervenção.<sup>11</sup>

Esclarece Ferrajoli que uma doutrina de justificação apta a legitimar uma justificação é aquela na qual os meios sejam adequados aos fins de modo que os objetivos justificadores sejam não apenas faticamente realizáveis com as penas mas também não realizáveis sem estas<sup>12</sup>.

Somente com o cumprimento desses dois requisitos é que uma doutrina de justificação estará pronta para cumprir sua finalidade, qual seja, ser um elemento capaz de embasar as justificações e, talvez mais importante do que legitimar as justificações, deslegitimá-las quando distantes dos objetivos.

A não justificação em concreto de um determinado sistema penal, ou de uma pena especificamente, ou ainda, de determinada política criminal, indica ao legislador e ao operador do direito que algo não está cumprindo a finalidade para a

---

<sup>9</sup> *Ibidi.*, p. 263.

<sup>10</sup> *Ibidi.*, p. 264.

<sup>11</sup> *Ibidi.*, p.263-264.

<sup>12</sup> *Ibidi.*, p. 264.

qual foi designado e isso deverá ter como consequência a adoção de medidas que se adequem aos objetivos adotados.

Sob tais premissas lançadas acima é necessário que se faça, neste momento, uma análise dos atuais fundamentos que buscam justificar a existência da pena, uma vez que é esta que ora se tenta impor aos menores, consistentes nas chamadas doutrinas justificacionistas. Posteriormente, há que se verificar se especificamente para os menores essa pena será apta a cumprir as finalidades a que se propõe.

## **2.1 FUNÇÕES DA PENA SOB O ENFOQUE GARANTISTA**

Para que se possa fazer uma análise adequada das justificativas para a imposição de pena aos menores, não podemos nos afastar dos fundamentos tradicionalmente apresentados para a própria justificação da pena no nosso sistema, os fundamentos comumente chamados no meio doutrinário de “funções da pena”.

Contudo, tendo em vista o escopo deste trabalho, qual seja, submeter a possível redução da maioria penal às categorias garantistas, principalmente no tocante à necessidade, é preciso antes, uma análise dos próprios fundamentos da pena utilizados pelo nosso sistema sob as premissas garantistas, assim, ao analisar-se a possibilidade de redução da maioria penal, ter-se-á condições de verificar se tal proposta passaria ou não pelo crivo garantista que nosso sistema apregoa ter adotado.

Neste diapasão, a doutrina classificou as teorias sobre a pena em dois grandes grupos, quais sejam, os justificacionistas e os abolicionistas. Os justificacionistas, que tocam mais diretamente ao escopo deste trabalho, além de serem a vertente adotada em nosso ordenamento pátrio, subdividem-se em outros dois grandes grupos: as teorias absolutas ou de retribuição e as relativas ou utilitaristas.

Cabe ressaltar que existem várias doutrinas justificacionistas e abolicionistas, mas todas, de uma forma geral, podem ser agrupadas na tipologia acima indicada

Para os retributivistas a pena é um fim em si mesma, funciona como castigo, reparação. Segundo Hans Kelsen<sup>13</sup> a função da pena seria a de reafirmar a validade da norma infringida, para tanto, se vale o autor de um silogismo, a premissa maior seria a de que o crime é a negação do direito; a premissa menor é a de que a pena é a negação do crime e a conclusão é que a pena é a negação da negação do direito.

Já para Emmanuel Kant<sup>14</sup>, a pena é uma retribuição moral, trata-se de obrigação do Estado frente ao cumprimento da norma. Para o filósofo, atrelar qualquer fim utilitarista à pena implicaria em utilizar o ser humano como meio para se chegar a outros fins.

A teoria retributivista apenas pressupõe a necessidade da pena, contudo, não a fundamenta. Questiona-se como ser possível um mal ser combatido com outro mal. Para tanto, seria necessário que se acreditasse na crença da expiação. Ressalta-se ainda que, impor um mal caminha em sentido oposto a qualquer ideia de ressocialização.<sup>15</sup>

As teorias relativas ou utilitaristas enxergam na pena um meio para um fim utilitarista que seria a prevenção de delitos futuros. Subdivide-se em prevenção especial, quando voltada especificamente para a figura do infrator e prevenção geral, quando dirigida a todos os membros da comunidade, ambas com um aspecto positivo e outro negativo.

A prevenção especial positiva ancora-se no objetivo de correção do delinquente, sua intimidação frente a prática de novos delitos. A finalidade negativa seria a de neutralizar o infrator por meio de sua segregação dos demais membros da comunidade.

A prevenção geral positiva tem como escopo um acolhimento pela sociedade dos comandos normativos insculpidos nas normas penais, reforçando os valores que subjazem às normas. O intento negativo da prevenção geral é a intimidação de todos, para que, sabendo da possível aplicação de uma pena, deixem de incidir na prática criminosa.

---

<sup>13</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A Injustiça**. In: \_\_\_\_ **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp.80-95, p.80.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p.176.

<sup>15</sup> GRECO, Luiz; LOBATO, Danilo. **Temas de Direito Penal**: Parte Geral: Rio de Janeiro: Renovar, 2008.47p.



A primeira e principal objeção feita por Ferrajoli a tais doutrinas é que tão somente a pena carcerária estaria apta a propiciar a dita finalidade reeducativa, o que impede que tal argumento seja uma teoria da justificação da pena em geral (FERRAJOLI, 2002, p. 219).

Outra objeção de caráter mais pragmático consiste no fato de que o esperado fim pedagógico ressocializante não se verifica na prática. Em palavras muito comuns de se ouvir, o que a história tem demonstrado é que o cárcere é verdadeira escola do crime, e há uma contradição interna entre os termos reeducar e reprimir (FERRAJOLI, 2002, p. 219).

As teorias de caráter corretivo vão na contramão daquele valor erigido pelo nosso sistema como fundamento da República, qual seja, a dignidade humana, violando o princípio da liberdade e da autonomia de consciência. Nas palavras de Ferrajoli:

qualquer tratamento penal voltado à alteração coercitiva da pessoa adulta com fins de recuperação ou de integração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado mas também um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito que traduz-se no igual respeito à diversidade e na tolerância de qualquer subjetividade humana, até da mais perversa (FERRAJOLI, 2002, p. 220).

Tais doutrinas pecam por confundirem direito e moral, há uma visão equivocada do delinquente como um mal em si mesmo, refletem as escolhas contidas na norma penal e em função destas é que buscam a legitimação, como se o conteúdo da norma por si só fosse expressão de justiça (FERRAJOLI, 2002, 221).

Esclarece o Autor que:

a confusão entre direito e moral afeta a concepção da pena, vista como moralística ou naturalisticamente, como instrumento benéfico de reabilitação do condenado, e, sob este prisma, rotula projetos autoritários de moralização individual ou de ortopedia social conflitantes com o direito que a pessoa tem de permanecer imune às práticas coativas de transformação (FERRAJOLI, 2002, 222)

Na visão deste Autor, as doutrinas da prevenção geral, em seu âmbito negativo, seriam as únicas que não incidiriam na confusão entre direito e moral. Isso decorre do fato de não visarem a pessoa do infrator, mas todos os cidadãos.

O aspecto da ameaça de todos pela lei é despiciendo, uma vez que, automaticamente a função de toda prescrição normativa é persuadir. Assim, a pena é um fator contido na norma que desestimula o cometimento da infração que ela mesma prevê (FERRAJOLI, 2002, 219).

Por tais razões é que Ferrajoli<sup>16</sup> chama a atenção para o fato de que tal escopo, ainda que justifique a pena enquanto meio para assegurar eficácia às proibições penais, não justifica as proibições em si e, portanto, não pode bastar para justificar o direito penal enquanto tal.

Um segundo problema de tal doutrina, em sua vertente de intimidação pela prescrição da lei, é que ela também não escapa da objeção Kantiana, já que um o apenado estará sendo usado para fins que não são seus, já que o mal imposto a um é meio para o bem estar de outros.

Salienta Ferrajoli,

que para que um sistema penal possa dizer-se justificado mister que se avalie a sua funcionalidade, confrontando entre si entidades homogêneas, e fugindo, assim, à objeção Kantiana, mesmo em relação a um outro tipo de objetivo, não menos importante do que a prevenção dos delitos, qual seja, a prevenção das punições excessivas e incontroladas (FERRAJOLI, 2002, 220)

Ora, se a pena em nosso sistema não está devidamente justificada, se não desenvolveu-se ainda uma legítima doutrina de justificação apta a legitimar uma justificação, impor pena aos menores parece ser um erro duplo, uma espécie de *bis in idem*.

Ou seja, a pena tal qual é imposta aos cidadãos maiores não encontra guarida nas categorias e pressupostos garantistas que nosso sistema apregoa ter assumido. Tal fato, por si só, implica em uma falha do ordenamento, e submeter os menores a tal sistema carcerário, carecedor de legitimação, é incorrer novamente no mesmo erro.

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, op. cit., p.

Contudo, se é a pena que será imposta aos menores, ainda que a mesma não esteja acobertada pela necessária legitimação e justificação idônea, mesmo que não se tenha construído uma doutrina de justificação apta a legitimar uma justificação, deve-se avançar nas categorias garantistas e passar-se a analisar, sob uma ótica mais pragmática, se a pena conseguirá atingir os escopos a que se propõe no tocante aos adolescentes.

Desta forma, tendo em vista que já existe um Estatuto próprio para os atos infracionais praticados pelos menores, cumpre submeter a possível redução da maioria penal ao axioma garantista da necessidade, verificando até que ponto a pena a ser imposta estará sendo um meio idôneo para os fins elencados como justificadores pela norma penal.

### 3. DA EFETIVIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

#### 3.1 O PRESSUPOSTO GARANTISTA DA NECESSIDADE

À luz dos condicionantes garantistas, principalmente sob a categoria da necessidade, buscar-se-á uma compatibilidade entre o que está sendo proposto enquanto punição aos menores, e os fins colimados pela pena. Não há como escapar, todavia, de argumentos de caráter social, econômico e político, já que a questão relativa aos menores, justamente pela sua especial condição de desenvolvimento, está afeta a muitos setores da vida social, caso contrário, se se ignorar todos os outros fatores que influem para a criminalidade juvenil, estaríamos incidindo no erro apontado pelo Professor Rogério Greco<sup>17</sup>, que é o de utilizar o Estado Penal em substituição ao Estado Social.

Conforme princípio já consagrado pela doutrina e jurisprudência, não deve haver pena sem necessidade, fato que reflete a adoção pelo nosso sistema de um dos principais pressupostos garantistas, refletido no terceiro axioma proposto por Ferrajoli.

O princípio em questão é consequência do entendimento segundo o qual o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, só deve haver intervenção penal onde outros sistemas sociais não sejam suficientes para apartar os conflitos. Dele decorrem dois corolários, comumente chamados de princípio da subsidiariedade, expressão própria da necessidade e o princípio da fragmentariedade, pelo qual somente os bens jurídicos mais caros aos cidadãos devem ser tutelados pela via do Direito Penal.

No que toca aos menores, cumpre avaliar se as medidas que lhes são impostas já não são suficientes para o combate à criminalidade, se a pena realmente se faz necessária.

Neste mister, afirma com precisão Córdoba Roda:

Pretender que as penas privativas de liberdade sejam cumpridas em todos os casos em que se verifique o cometimento de um delito, sem admitir a possibilidade de que se prescindia da sua imposição ou se diminua sua duração em atenção à sua ineficácia, quando não a seus nefastos efeitos, sofre o intolerável prejuízo da imposição de um

---

<sup>17</sup> GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma Visão Minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetrus, 2009.6p.

castigo inútil, ou produtor, inclusive, de males irreparáveis. (CÓRDOBA, 1977, p.42).

## **3.2 DA SUFICIÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **3.2.1 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

À luz dos pressupostos garantistas, notadamente do princípio da necessidade da pena, há que se perquirir acerca da suficiência ou não do microsistema legislativo destinado aos menores.

A Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – rege-se pelo princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, ou seja, o destinatário dos dispositivos previstos no ECA é um sujeito especial de direito, razão pela qual, as providências a ele aplicadas deverão levar em conta essa situação peculiar, previsão que se encontra no artigo. 6º do diploma normativo.

Há no ECA dois conjuntos de providências a serem aplicadas quando da prática de um ato infracional, quais sejam, as medidas de proteção e as socioeducativas. À criança infratora aplica-se somente a medida de proteção, para o adolescente que cometer ato infracional, poderá ser aplicado tanto a medida de proteção quanto a medida socioeducativa.

Em relação às crianças infradoras vige o sistema da irresponsabilidade, visto que as medidas de proteção não têm caráter punitivo.

Quanto aos adolescentes que cometem ato infracional, a legislação prevê um sistema de responsabilidade diferenciado, a eles aplicam-se as medidas socioeducativas. Estas consistem em advertência, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

A advertência é a mais branda das medidas, aplica-se quando da prática de atos infracionais de pequena gravidade e consiste em admoestação verbal, bastando prova de materialidade e indícios suficientes de autoria.

A obrigação de reparar o dano destina-se aos atos infracionais com reflexos patrimoniais, podendo a autoridade competente determinar que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou, por outro meio, compense o prejuízo causado à vítima.

No que tange à prestação de serviços à comunidade, o adolescente deverá realizar tarefas gratuitas de interesse geral, por período não superior a seis meses.

Das medidas socioeducativas em meio aberto, a liberdade assistida é a mais rígida. O adolescente submetido a tal penalidade ficará junto de seus familiares mas sujeitando-se a acompanhamento, auxílio e orientação, possui prazo mínimo de seis meses e, por analogia, não poderá exceder a três anos.

A semiliberdade é medida que se encontra entre a liberdade assistida e a internação, permitindo ao adolescente a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial, também possui prazo máximo de três anos.

Por fim, a internação é a mais severa das medidas pois constitui modalidade de privação de liberdade, é informada pelos princípios da brevidade e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, sendo que, a Constituição Federal também atribui a tal medida a nota da excepcionalidade (art. 227, §3º, V). Tal punição não poderá exceder o prazo de três anos.

Não obstante a determinação constitucional de excepcionalidade da privação de liberdade, pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Pediatria<sup>18</sup> informa que, na prática, a internação é a medida mais aplicada, independentemente do ato infracional cometido.

Dados colhidos por Promotores de Justiça em todo o país corroboram esse fato. Com efeito, em cumprimento à Resolução nº 67\2011 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que uniformiza as fiscalizações nas unidades para cumprimento de medida socioeducativa de internação e semiliberdade, no período compreendido de março de 2012 a março de 2013, os promotores visitaram 392 dos 443 estabelecimentos existentes no país.

O relatório elaborado pelos promotores, denominado “Um Olhar mais Atento às Unidades de Internação e Semiliberdade para Adolescentes<sup>19</sup>”, registrou a presença de 20.081 adolescentes cumprindo medida socioeducativa de internação ou semiliberdade. Desse total, 18.378 estão cumprindo medida de internação e

---

<sup>18</sup> Disponível em:

[http://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=52&id\\_detalhe=1385&tipo=D](http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=52&id_detalhe=1385&tipo=D)

<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br>

1.073 estão em regime de semiliberdade, ou seja, mais de 90% dos jovens infratores estão em regime de internação.

Os dados contrariam as estatísticas referentes ao número de infrações graves, passíveis de internação, que são cometidas por adolescentes em todo o país. Segundo relatório o mesmo relatório supramencionado, os atos infracionais mais comumente praticado por jovens não dizem respeito a homicídio, mas sim a crimes contra o patrimônio, seguido pelo tráfico de drogas.

Nesse sentido, em nota pública emitida, o CONANDA, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente<sup>20</sup>, em maio de 2013, afirma o órgão que menos de 1% dos crimes de latrocínio e homicídio são praticados por adolescentes, fato este que contraria as afirmações no sentido de que a redução da maioridade penal contribuiria para reduzir a violência.

Tal constatação nos revela uma má aplicação dos preceitos constantes do ECA, fato que compromete sobremaneira a eficácia desse diploma normativo na recuperação dos menores.

### **3.2.2 DOS ESTABELECIMENTOS PARA CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS SOCIODUCATIVAS**

Não bastasse a não aplicação efetiva do ECA, os estabelecimentos de recuperação carecem de estrutura básica para atendimento dos adolescentes, não é raro ouvir-se nos noticiários abusos cometidos por funcionários contra os adolescentes, de modo que as condições às quais se submetem os jovens assemelham-se àquelas existentes nas prisões comuns.

De fato, no quesito salubridade, o relatório “Um Olhar mais Atento às Unidades de Internação e Semiliberdade para Adolescentes” supra mencionado demonstra que mais da metade das unidades de internação situadas no centro-oeste, nordeste e norte foram dadas como insalubres, assim consideradas aquelas sem higiene e conservação, iluminação e ventilação adequados; no sul, 40% das unidades foram reprovadas nesse aspecto.

Em todas as unidades da federação, o relatório demonstrou a existência de salas de aula inadequadas ao uso e em número insuficiente. No que tange ao

---

<sup>20</sup> Disponível em:

<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1414v>

espaço para profissionalização, os números são ainda mais alarmantes, apenas 40% das unidades no centro-oeste tem espaço adequado para profissionalização, 30% no nordeste, 37,5% no norte, 36,6% no sul e 77,5% no sudeste.

A existência de espaço para a prática de esportes, cultura e lazer, com o fito de socialização, saúde física e mental, é também escassa, no centro-oeste, norte e sul, em apenas 44%, 50%, 55% e 60% das unidades visitadas, respectivamente, verificou-se a existência desses espaços.

Outro aspecto importante está no cumprimento do art. 123 do ECA, que obriga à separação rigorosa dos internos segundo a modalidade de internação, tipo de infração, idade e compleição física.

Os dados mostrados pelo relatório são alarmantes em todos os critérios de separação exigidos pelo ECA. Contudo, o que mais chamou a atenção dos promotores de justiça foram os referentes à separação pelo tipo de infração, considerado um dos mais relevantes pois visa evitar a troca de experiências, de informações entre adolescentes com histórico infracional muito diverso.

Neste passo, a pesquisa demonstra que a separação por tipo de infração somente foi constatada em 14% das unidades de internação no sudeste, 13,3% no sul, 8% no centro-oeste, 32,5% no norte e 30% no nordeste.

Recente pesquisa do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, denominada “Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação<sup>21</sup>”, corrobora os dados do Relatório apresentado pelos promotores: as estatísticas revelam situações de maus tratos contra os jovens internados. Em mais de 10% dos estabelecimentos foram registrados casos de abuso sexual e 5% apresentaram situações de morte por homicídio, havendo também ocorrências de morte por doenças preexistentes bem como por suicídio. Não bastasse isso, pouco menos de 1\3 dos jovens declarou sofrer agressões físicas por parte dos funcionários.

As estatísticas em relação ao ambiente físico nos estabelecimentos para cumprimento das medidas socioeducativas são um forte indicativo de que os preceitos estabelecidos pelo ECA e pelo SINASE, Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, instituído pela Lei nº 12.594\11, não estão sendo observados.

---

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-pesquisa>



O descumprimento dos padrões estipulados não permite uma eficácia plena do diploma normativo dos menores, o que coloca em questão as afirmações no sentido de que o estatuto não seria suficiente para o enquadramento legal dos jovens infratores.

### **3.2.3 DA APLICAÇÃO EFETIVA DO ECA**

Por outro lado, uma correta aplicação dos preceitos do ECA já demonstrou sua plena eficácia na recuperação dos adolescentes.

Exemplo de tal prática ocorreu na cidade paulista de São Carlos, onde buscou-se uma efetiva aplicação do artigo 88 do ECA com a criação do Núcleo de Atendimento Integrado (NAI)<sup>22</sup>, conjugando diversos órgãos como o Conselho Tutelar, a Polícia Militar, a Vara da Infância e Juventude, o Ministério Público, as Secretarias Municipais de Saúde, Educação, Esporte, Cultura e Promoção Social, tudo sob a Coordenação Regional da Fundação Casa.

Outro exemplo bem sucedido de efetiva implementação do ECA ocorreu por meio do Projeto Justiça Instantânea, do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre. Nessa empreitada, Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário atuam conjuntamente visando uma solução quase imediata dos casos atendidos, atuando de forma preventiva ante a prática dos atos infracionais.

Cite-se também o “Programa Portas Abertas”<sup>23</sup>, desenvolvido na cidade de Belo Horizonte com o fito de promover a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto.

Contudo, o que se percebe é que práticas salutares em prol de uma aplicação integral do Estatuto da Criança e do Adolescente são ainda pontuais, na prática forense é comum submeter-se os adolescentes à medida mais grave de internação, independentemente do ato infracional praticado.

---

<sup>22</sup> Disponível em: <http://www.saocarlos.sp.gov.br/index.php/prefeitura/utilidade-publica/nucleo-de-atendimento-integrado-nai.html>

<sup>23</sup> Disponível em: [https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2216&Itemid=71](https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2216&Itemid=71)

### 3.2.4 DA FALÁCIA RESSOCIALIZADORA DO CÁRCERE

Os defensores da redução da maioria penal acreditam que apenas por meio da imposição da pena, os adolescentes terão condições de se ressocializar e voltar ao convívio em comunidade, propugnam que os estabelecimentos socioeducativos não são suficientes porque seriam demasiadamente permissivos.

Contudo, é preciso que se atente para a especial fase de desenvolvimento em que se encontram os jovens infratores. Como sabido, o Brasil é um Estado que peca no aspecto da assistência social aos adolescentes, há deficiências graves em prestações públicas de caráter essencial, como saúde, alimentação, educação, moradia e lazer.

Estudo lançado pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>24</sup> em maio de 2013, “Panorama Nacional – A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação”, demonstra que dos 10% de adolescentes internados em todo o Brasil, 8% são analfabetos.

No tocante ao aspecto familiar, a pesquisa revela o nível de desarmonia em que se inserem os jovens, refletindo em um círculo vicioso onde, 14% dos adolescentes já eram pais. Com respeito à criação desses jovens, 43% foram criados apenas pela mãe, 4% apenas pelo pai, 38% foram criados por ambos e 17% foram criados pelos avós.

Outro dado de suma importância é o referente ao uso de entorpecentes entre os adolescentes, 75% dos entrevistados fazem uso de substâncias ilícitas.

Ou seja, aspectos de caráter cultural e sócio-econômico que perpassam a incidência de jovens em atos infracionais não podem ser desconsiderados, pois a prática de tais atos está inquestionavelmente ligada às carências sociais.

Neste sentido, os jovens não conseguem inserir-se no âmbito social, não vislumbram possibilidades, não desenvolvem expectativas quanto ao futuro. O sentimento de exclusão social ocasionado pelos entraves sócio-econômico-culturais faz com que o adolescente adote comportamento avesso aos parâmetros da comunidade em que se encontra.

Por tais razões, impor ao adolescente a pena para que a mesma exerça sua função ressocializadora não se mostrará funcional. O termo ressocialização traz

---

<sup>24</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-pesquisa>

consigo o pressuposto de que existia antes uma socialização que, pela prática de um ato infracional, foi quebrada e precisa ser restabelecida. Assim, no caso dos adolescentes infratores, em razão das carências sociais em que vivem, não há sequer o processo de socialização.

Conforme bem pontuado por Raquel Peralva Martins de Oliveira<sup>25</sup>, em monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora:

A premissa de que parte a função ressocializadora não é adequada à realidade do Brasil, pois a maioria de sua população criminosa é selecionada nas camadas mais carentes de todo o tipo de assistência social. Essas pessoas não chegaram a ser propriamente socializadas, não havendo razão para se falar, portanto, em resgate de uma personalidade que nunca fora de fato desenvolvida. (OLIVEIRA, 2007 p. 31)

Desta forma, a imposição de pena aos menores não cumprirá a tão desejada educação social dos mesmos, principalmente se se levar em conta que dificilmente o Estado disporá de recursos para a construção de estabelecimentos prisionais próprios para os adolescentes, haja vista a falta de proventos para o atual sistema prisional já existente, e isso trará como consequência o convívio direto dos adolescentes com criminosos que ostentam fichas criminais bastante diversas.

Como de conhecimento comum, os ambientes prisionais brasileiros são verdadeiras “escolas do crime”, certamente a influência de apenados mais velhos sobre os menores terá consequências desastrosas sobre a personalidade ainda em formação dos jovens.

### **3.2.5 DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA**

A despeito de as pesquisas apontarem para um reduzido grau de participação dos jovens no total de crimes praticados no Brasil e o fato de que os atos infracionais em sua maioria estarem relacionados a crimes contra o patrimônio, como já demonstrado acima, há forte tendência entre os defensores da redução da

---

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Raquel Peralva Martins. **Da redução da maioridade penal: uma reflexão à luz da criminologia crítica**. Juiz de Fora, julho 2007.

maioridade penal em afirmar que a criminalidade entre os jovens é ascendente e que os delitos são de gravidade cada vez maior, concluindo-se, portanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente não mais se adequaria à punição dessas jovens que atuam como adultos ante a prática criminal.

Nesta onda de hiperdimensionamento da criminalidade juvenil, há que se ressaltar o importante papel que cumpre o processo de criminalização secundária no Brasil.

Conforme esclarecem Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar<sup>26</sup>, criminalização primária é o ato de sancionar legislação penal incriminadora de condutas e criminalização secundária é a ação punitiva exercida concretamente.

Salientam os autores supra mencionados que o poder punitivo responsável pela criminalização secundária, ou seja, a polícia ostensiva, não exerce livremente seu poder, este estaria sempre condicionado por outros agentes sociais, tais como a mídia, os interesses políticos, os interesses de cunho religiosos etc.

Assim, segundo os criminalistas:

A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por fatos burdos ou grosseiros (a obra tosca da criminalidade, cuja detecção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 46)

A conclusão apontada na obra é de especial relevância para o tema abordado neste trabalho:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 46.)

---

<sup>26</sup> ZAFFARONI, E. Raul, et al. **Direito Penal Brasileiro. Segundo Volume. Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.** Rio de Janeiro, Editora Revan, 2010.

O estereótipo ao qual se referem os autores, seria o principal critério seletivo de criminalização secundária, advindo daí a uniformização que se pode observar no sistema carcerário (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 46).

Com os menores infratores não se passa diferente, as estatísticas apresentadas nos relatórios supra mencionados demonstram o perfil dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas: em sua maioria negros, grande parte são analfabetos e de baixa renda.

Por tais razões, essas pessoas produzem, em sua maioria, a chamada “obra tosca da criminalidade” (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 47) como definida pelos autores supra mencionados, ou seja, o que o seu nível de instrução e relações sociais permite fazer, e os dados colhidos acima confirmam tal premissa, pois, a maioria dos delitos praticados pelos adolescentes consistem em crimes contra o patrimônio.

A produção de delitos mais grosseiros, menos requintados e que independem de determinado grau de instrução, ao lado das características físicas, culturais e sociais são elementos que caracterizam um dos estereótipos sociais mais vulneráveis à abrangência pela criminalização secundária.

Desta forma, há a formação de um círculo vicioso, uma vez que, as carências sociais são um dos principais aspectos condicionantes do cometimento de infrações e o nosso mecanismo punitivo, por sua vez, é extremamente seletivo e acaba por abranger apenas essa parcela da população mais vulnerável, por se enquadrar nos perfis criminais traçados para essa determinada camada da população.

Não há como negar que a maioria dos adolescentes infratores enquadram-se no perfil traçado pelo atual sistema punitivo de criminalização secundária, fato este que os coloca, por muitas vezes, em situação de destaque na mídia, que acaba retratando de forma hiperdimensionada um certo aumento da criminalidade entre os jovens, quando, na verdade, o que cresceu foi o número de jovens em condições sociais e econômicas tais, que os fizeram amoldar-se perfeitamente ao estereótipo criminal do poder punitivo.

## **4. DA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A CRIMINALIDADE JUVENIL**

### **4.1 DAS MUDANÇAS SÓCIO-ECONÔMICAS**

Inquestionável que a influência exercida pelos fatores sócio-econômicos condiciona diretamente a tomada de decisão das pessoas. Com os menores, não haveria de ser diferente, mormente se se considerar a especial fase em que se encontram, fase em que muitas decisões são tomadas referente ao futuro.

Desta forma, o investimento em melhores condições de educação, saúde, lazer e cultura, certamente permitiria aos jovens uma oportunidade de escolha ante a opção oferecida pela criminalidade.

Os estabelecimentos preparados para o cumprimento das medidas socioeducativas deveriam ser dotados de salas de aula e equipados para o treinamento profissionalizante, contudo, a realidade dos internatos é bem diversa, faltam vagas, condições de salubridade, higienização etc. Medida mais efetiva seria fornecer ao jovem a opção de estudo e profissionalização em momento anterior, como opção à prática criminosa.

Melhores condições sócio-econômico-culturais, certamente também diminuiriam o fenômeno da criminalização secundária, que torna jovens com perfil previamente definido, mais vulneráveis à seletividade.

Por tais razões, defensores da não redução da maioria, defendem à exaustão a necessidade de investimentos voltados à juventude como forma de redução efetiva de índices de criminalidade juvenil.

### **4.2 DAS ALTERAÇÕES NO ECA**

Conforme demonstrado no segundo capítulo deste trabalho, a própria existência da pena bem como a sua justificação, não encontram-se devidamente justificadas em nosso ordenamento pátrio, que, contraditoriamente se denomina garantista mas possui um sistema de encarceramento em desconformidade com os parâmetros garantistas.

Desta forma, a imposição de pena aos menores mostra-se equivocada e do ponto de vista da dogmática penal, mostra-se errônea por incidir em um duplo erro, já que, a imposição de pena nos moldes e sob as justificativas atuais é um erro e

submeter os menores a tal sistema, acreditando que o mesmo ainda cumpre as funções que deveria cumprir é incidir novamente no mesmo erro cometido com os maiores.

Não apenas razões de ordem teórica impedem a redução da maioria penal, mas também, motivações de caráter estrutural. Despicienda é a demonstração por números da atual condição do sistema carcerário brasileiro: superlotação, péssimas condições de salubridade, higiene, nenhuma formação educacional ou profissional, agentes penitenciários despreparados, intensa movimentação de quadrilhas que comandam tanto interna quanto externamente, constantes rebeliões, assassinatos etc.

Submeter um menor de dezesseis anos a tal sistema é colocá-lo em contato com uma realidade demasiadamente chocante e destruidora para sua personalidade ainda em formação, o que poderá resultar em prejuízos morais e psicológicos irreversíveis.

Por outro lado, viu-se acima que aplicações efetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente conseguem reduzir a criminalidade e recuperar psicológica, moral e socialmente adolescentes envolvidos em práticas infracionais.

Todavia, reconhece-se que o ECA é dotado de uma carga protetiva que cria nos adolescentes uma sensação de estarem protegidos ante a prática de qualquer ato infracional, e repercute na sociedade o sentimento de impunidade.

Não defende-se aqui o argumento de que os jovens infratores não têm condições de entender o caráter ilícito do que praticam. Pode-se acreditar, quando muito, que conseguem compreendê-lo mas não estão aptos a se determinarem em conformidade com a lei.

Por tal razão é que acredita-se neste trabalho que o ECA é excessivamente protetivo e dão aos adolescentes uma margem de segurança para a prática de ilícitos. Desnecessária é a demonstração de que a situação se agrava ainda mais quando se trata do uso de menores por adultos para a prática de crimes.

Desta forma, um recrudescimento do Estatuto da Criança e do Adolescente certamente contribuiria para diminuir os índices de criminalidade juvenil. Neste diapasão, tramita na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei de nº 7.197<sup>27</sup> de

---

<sup>27</sup> Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=68352>

2002 do Senado Federal, que acrescenta parágrafos aos artigos 104 e 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em sendo aprovado, o projeto de lei permitirá que o adolescente responda pelo ato infracional, ainda que tenha completado a maioridade, salvo quando atingir a idade de 21 anos, momento em que deverá ser liberado compulsoriamente.

E, caso não seja possível aplicar o regime de semiliberdade, a internação ou algumas das medidas de proteção (I a VI), tendo em vista o jovem ter completado a idade de 21 anos, poderá ser-lhe aplicado ainda outras medidas constantes do artigo 112, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida.

Não obstante a proposta de lei acima descrita estender as possibilidades de sujeição dos adolescentes às medidas de proteção e socioeducativas do ECA, o prazo para o cumprimento das mesmas permanece inalterado, ou seja, 3 anos. Acredita-se que tal período é demasiadamente curto para que o jovem possa se recuperar nos diversos âmbitos que compõem a sua formação pessoal, bem como se inserir na sociedade por via da educação e da profissionalização.

Ademais, há que se ressaltar que a existência de prazo tão exíguo acaba por incentivar o uso de menores no cometimento de crimes por adultos.

Desta forma, aliado a uma melhoria dos estabelecimentos recuperacionais a nível de infraestrutura, há que se estabelecer prazo para cumprimento das medidas mais condizente com o tipo de ato infracional praticado ou com as necessidades sociais pertinentes ao menor infrator.



## 5. CONCLUSÃO

A questão pertinente à redução da maioria penal desafia diversos setores do conhecimento e um variado espectro de relações sociais.

Não obstante a dificuldade de se tratar a temática sob um único aspecto, iniciou-se este trabalho com o foco voltado para o ponto de vista jurídico da pena e sua justificação em nosso ordenamento pátrio.

Viu-se que há uma grave confusão entre o ser e o dever-ser das justificações comumente atribuídas à pena, caindo-se nas falácias naturalistas e normativistas apontadas pela Teoria do Garantismo Penal de Ferrajoli.

Posteriormente, buscou-se verificar até que ponto seria efetiva a redução da maioria penal tendo em vista a categoria garantista da necessidade. Neste passo, os dados colhidos por diversas pesquisas feitas revelaram que as medidas socioeducativas não são devidamente cumpridas nos estabelecimentos, viu-se que na maioria dos casos aplica-se diretamente a medida de internação, que os internatos não possuem infraestrutura mínima para o cumprimento dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que não há a formação educacional e profissionalizante, de fundamental importância para a inserção dos jovens no meio social e tantas outras carências.

Percebeu-se que tal descumprimento não nos permite afirmar se o ECA é ou não realmente efetivo. Por outro lado, demonstrou-se que aplicações, ainda que pontuais, dos preceitos do ECA, deram resultado positivo no tocante à redução da criminalização e da recuperação social dos menores.

Procurou-se demonstrar o quão é falacioso o objetivo ressocializante atribuído aos estabelecimentos prisionais e também aos internatos, já que, não abarcando uma parcela da população antes socializada, há uma incoerência lógica ao se falar em re-socialização.

Viu-se também que o processo de criminalização secundária atua de forma seletiva, vitimizando os adolescentes que se enquadrem em determinado estereótipo previamente determinado.

A seguir, aventou-se algumas possibilidades de solução para o problema da criminalidade juvenil. De início, salientou-se a necessidade de se dar aos jovens uma opção ante a prática de atos infracionais. Mostrou-se o quanto o país ainda

carece de investimentos em educação e profissionalização e o impacto positivo que certamente adviria de tal proceder.

Por fim, defendeu-se que ao lado das mudanças sócio-econômicas e de reformas infraestruturais nos estabelecimentos para cumprimento das medidas socioeducativas, faz-se necessária também alteração legislativa no Estatuto da Criança e do Adolescente como meio de desestimular a prática de atos infracionais por adolescentes bem como o uso dos mesmos para o cometimento de crimes por adultos.

Mudança legislativa importante, que já está em votação na Câmara dos Deputados, é aquela por meio da qual permite-se a aplicação da medida socioeducativa ainda que o adolescente complete a maioria. A aprovação do projeto certamente contribuirá para diminuir o sentimento de irresponsabilidade que percebe-se em muitos adolescentes infratores.

Não defende-se aqui que os adolescentes não tenham condições psicológicas de compreender o caráter ilícito dos atos que cometem, pelo contrário, cada vez mais eles têm mais discernimento quanto aos atos que praticam, prova disso é o fato de se sujeitarem a ser objeto para a prática de crimes pelo fato de que, no máximo, ficarão internados por três anos e depois sairão sem nenhum registro de cometimento de ato infracional.

Quando muito pode-se aceitar, com reservas, o argumento de que os jovens, não obstante entendam o caráter ilícito do que praticam, não tenham condições de se autodeterminar em conformidade com a lei, em razão de carências sociais no âmbito familiar, educacional, profissionalizante e também a nível de ausência de assistência psicológica.

Acredita-se que a imposição de pena, nos moldes em que seu cumprimento tem se verificado, com as condições de infraestrutura que apresenta, jamais será uma solução proporcional a ser aplicada aos adolescentes porque, por mais grave que tenha sido o ato infracional, jamais pode ser desconsiderada a especial fase de desenvolvimento da personalidade em que os mesmos se encontram.

Assim sendo, uma vez que o ECA não vem sendo cumprido; tendo em vista que os jovens padecem de carências sócio-econômicas que acabam por condicionar a prática dos atos infracionais; que os estabelecimentos para internação não tem a devida infraestrutura necessária à re-socialização, não se pode afirmar que o ECA não é um estatuto efetivo e, desta forma, impor a pena, que se cumpre em um

sistema carcerário muito mais precário do que os internatos, mostra-se desproporcional e não se afigura um meio idôneo a legitimar a justificativa imposta.

Por tal razão, não haveria para os menores a construção de uma doutrina de justificação da pena apta a legitimar uma justificação – que é a correspondência ou não entre os meios e os fins justificantes eleitos pela doutrina de justificação – porque se os estabelecimentos para internação não cumprem a função socializante e reeducativa que deveriam cumprir, certamente as prisões estão muito mais despreparadas para tal desiderato.

Nesse mister, além de não transpor a barreira garantista da necessidade, a imposição da pena se afigura como desproporcional.

Desta forma, propugna-se por investimentos sócio-econômicos urgentes, em reforma dos estabelecimentos recuperacionais, em alterações legislativas no ECA. Somente após o cumprimento de tais providências, é que poderá ser avaliado se o ECA é ou não bastante para coibir a prática de atos infracionais e se está apto a funcionar como diretriz para a recuperação social dos adolescentes.

Por derradeiro, como o escopo inicial deste trabalho era submeter a redução da maioria penal ao crivo garantista, sobretudo frente à categoria da necessidade, conclui-se que tal medida não encontra-se abraçada por preceitos garantistas dada a sua desproporcionalidade e desnecessidade ante a existência de Estatuto próprio, que carece, entretanto, de reformas e de possibilidades fáticas de cumprimento de seus preceitos.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, Senado, 1990.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, Senado, 1940.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 10ª reimpressão, 2009.

CONANDA. **Nota Pública**. Disponível em:  
<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1414>  
 acesso em 21 jan. 2014.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em:  
<http://www.cnmp.mp.br> acesso em 20 jan. 2014

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 29. Ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRECO, Luiz; LOBATO, Danilo. **Temas de Direito Penal: Parte Geral**: Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 47p.

GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetrus, 2009. 6p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A Injustiça**. In: \_\_\_\_ **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp.80-95, p.80.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p.176.

OLIVEIRA, Raquel Peralva Martins. **Da redução da maioria penal: uma reflexão à luz da criminologia crítica**. Juiz de Fora, julho 2007.

**Panorama nacional** – A execução das medidas socioeducativas de internação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-pesquisa> acesso em 20 jan. 2014.

**Projeto de Lei nº 7.197/2002**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=68352> acesso em 20 jan. 2014.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Redução da Maioridade Penal: Reflexões Importantes**. 2004. Disponível em: [http://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=52&id\\_detalhe=1385&tipo=D](http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=52&id_detalhe=1385&tipo=D) acesso em 20 jan. 2014.

ZAFFARONI, E. Raul, et al. **Direito Penal Brasileiro. Segundo Volume. Teoria do Delito**: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2010.