REDUÇÃO DA IDADE PENAL: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO BARREIRA À IGNORANTE "ILUSÃO DE SEGURANÇA"

REDUCING AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY: CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AS A BARRIER TO THE IGNORANT "ILLUSION OF SECURITY"

ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO²

RESUMO: O texto aborda problemática da redução da idade penal, apresentando argumentos sociológicos e criminológicos para além de discussões jurídicas. No âmbito jurídico, apresenta a historicidade do tratamento do menor, com especial ênfase à conquista democrática com a constitucionalização da matéria em 1988, impossibilitando a redução da idade penal, dada a natureza de direito fundamental, impassível, portanto, de emenda constitucional. Argumentos sociológicos visam apresentar a realidade social de vivência do Estatuto da Criança e do Adolescente por meio de estatísticas oficiais os quais, associados às percepções criminológicas das correntes da subcultura e da criminologia crítica, ratificam a impossibilidade da redução da idade penal pela própria inutilidade. Por fim, o presente artigo visa demonstrar que a crença na redução da idade penal como artefato de segurança é uma ilusão que decorre do desconhecimento da matéria e fuga alienante da realidade social.

PALAVRAS-CHAVE: Idade Penal; Constitucionalização; Criminologia Crítica.

ABSTRACT: This paper works with the problem of reducing the legal age, presenting, in addition to legal discussions sociological and criminological arguments. In legal terms presents historical terms of the treatment of child, with emphasis to achievement and democratic constitution for the matter to the Constitution of 1988.

Artigo recebido em 13.07.2012. Pareceres emitidos em 21.11.2012 e 12.09.2012. Artigo aceito para publicação em 10.03.2013.

¹ A expressão aspeada é uma alusão à Prof^a Vera Regina P. de Andrade e seu livro A Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, utilizado como inspiração deste artigo.

² Doutoranda em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Mestra pela mesma Instituição. Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e Universidade de Pernambuco - UPE, Recife, PE. *ericababini* @*hotmail.com*

shows the impossibility of reducing the age of criminal responsibility by reason of setting fundamental guarantee, impossible, so a constitutional amendment. The sociological arguments meant to show the social reality of the experience of the Child and Adolescent by official statistics which, coupled with the perceptions of the current subculture of criminology and critical criminology, confirm the impossibility of reducing the age of criminal responsibility for their own uselessness. Finally, it aims to demonstrate that belief in reducing the age of criminal responsibility as an artifact of security is an illusion arising from ignorance of the matter and alienating escape from social reality.

KEYWORDS: Criminal Majority; Constitutionalization; Critical Criminology.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. A História da Infância é a mesma de seu Controle; 1.1 A Doutrina da Situação Irregular: O controle para o disciplinamento; 1.2 Superação da Doutrina da Proteção Integral; 1.2.1 A Constitucionalização da Idade Penal; 2. O Mito da Redução da Maioridade: Da culpabilidade às teorias criminológicas; 2.1 As Teorias Criminológicas e as Diagramações Dogmáticas da Culpabilidade; 2.2 O Desconhecimento do ECA e a ignorante "ilusão de segurança"; 2.2.1 O Mito dos Mitos: Reduzir a idade penal como forma de segurança – Uma ignorante ilusão; Reflexões Finais; Referências.

SUMMARY: Introducing a booted Considerations; 1. The History of Childhood is the same as your Control; 1.1 The Doctrine of Irregular Situation: The control to the disciplining; 1.2 Overcoming the Doctrine of Irregular Situation by the Doctrine of Full Protection; 1.2.1 The Constitutionalisation the Age of Criminal Responsibility and the Impossibility of Stopping; 2. The Myth of the Reduction of the Age: Criminological theories of guilt — The "illusion of security"; 2.1 Criminological Theories and Dogmatic Diagramming of Guilt; 2.2 The Knowledge of Evil and ignorant yuck "illusion of safety"; 2.2.1 The Myth of Myth: To reduce the age of criminal responsibility as a form of security — An ignorant illusion; Final Thoughts; References.

CONSIDERAÇÕES INCIAIS

Estabelece a Constituição Federal no artigo 228 que a imputabilidade penal é definida aos dezoito anos, outorgando à legislação especial a normatização da questão, o que o fez o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, estabelecendo a responsabilidade penal a partir dos 12 anos completos até os 18 incompletos, deixando na esfera da irresponsabilidade, as crianças (até 12 anos incompletos).

Trata-se de um tema delicado, retomado pela mídia e pelo senso comum todas as vezes que um ato infracional com conotações violentas é praticado, e, tempos depois que as emoções se acalmam, o assunto é esquecido, tornando a ser lembrado, novamente, nos momentos de comoção, como um ciclo vicioso; sendo arriscado realizar a discussão da matéria ao sabor das intempéries emotivas, o que Luciano Oliveira já houvera percebido: "quanto mais as pessoas estiverem próximas de acontecimentos desse tipo, mais elas tenderão a escolher formas punitivas mais drástica"³.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, N° 22, P. 52-79, JAN./MAR. 2013

³ Referindo-se, nos idos dos anos 90, à uma pichação na Faculdade de Direito realizada por adolescentes, para cuja punição os alunos atrelavam pena de açoite que, coincidentemente, no mesmo período fora executada em um jovem nos USA. OLIVEIRA, Luciano. A "JUSTIÇA DE

Assim, aproveitando o momento em que não há abalo midiático e social acerca da matéria, a não ser a tentativa do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 33/2012, a qual concede poderes ao Ministério Público para promover o que a lei denomina de incidente de desconsideração da imputabilidade nos casos de crimes referidos pelo art. 5º, LXIII da CF/88; e que as emoções estão arrefecidas (pelo menos no momento em que este trabalho é elaborado) que se pretende apresentar são elementos para a ponderação do assunto, muitas vezes olvidados, implicando déficits sociológicos e criminológicos ao diálogo.

A princípio é de se considerar o fato de o senso comum tem em seu imaginário que o Direito Penal é ferramenta de defesa da sociedade (harmônica e pacífica), promotor de segurança contra aqueles "maus" que violaram o contrato social, e, portanto, reclama a redução da idade como forma de se proteger de adolescentes "incorrigíveis".

Aliada a essa argumentação, muitos juristas também defendem a redução da maioridade afirmando que a Constituição, no que tange à idade penal, "peca pelo exagero" e argumentam além: o discernimento dos adolescentes hoje, numa sociedade de informação, é muito maior do que o período da promulgação do Código Penal de 1940 e da Constituição de 88; devendo, portanto, reduzir a maioridade penal para 16 anos, compatibilizando a definição da responsabilidade penal ao cenário globalizado dos dias atuais.

Por fim, parte-se de um pressuposto de uma impunidade promovida pelo sistema de medidas socioeducativas, a qual estimula adultos a aliciarem adolescentes para a prática de atos infracionais, razão pela qual algo deve ser realizado, tal como justificado na proposta da referida emenda: "Mas algo precisa ser feito em relação a determinados e específicos casos, que infelizmente têm se proliferado à sombra da impunidade e longe do alcance de nossas leis"⁵.

Diferentemente, este artigo pretende demonstrar o reverso a) a incapacidade do Direito Penal de promover suas promessas declaradas, b) informação não é sinônimo de maturidade de comportamento, c) não é real a sensação de impunidade decorrente das medidas socioeducativas.

Para o intento desta reflexão serão manejados argumentos não somente legais, dogmáticos. É bem verdade que o tema da redução da maioridade penal será discutido enquanto direito fundamental – uma perspectiva cuja

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, N° 22, P. 52-79, JAN./MAR. 2013

CINGAPURA" NA "CASA DE TOBIAS". Opinião dos alunos de Direito do Recife sobre a pena de açoite para pichadores. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, nº 40, p. 53-61, junho 1999. ⁴ REALE, Miguel. Da Responsabilidade Civil à Penal. *In: Jornal do Estado de São Paulo.* p. A2,

^{*} REALE, Miguel. Da Responsabilidade Civil à Penal. In: Jornal do Estado de São Paulo. p. A2 25 de maio de 2002.

⁵ "Por outra via, não se pode questionar o fato de que sob a proteção deste mesmo estatuto, menores infratores, muitas das vezes patrocinados por maiores criminosos, praticam reiterada e acintosamente delitos que vão desde pequenos furtos, até crimes como tráfico de drogas e mesmo homicídios, confiantes na impunidade que a Constituição e o ECA lhes conferem". Disponível em: http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/111035.pdf. Acesso em 15 dez. 2012.

justificativa deve-se ao fato de abraçar a tese de que os direitos e garantias fundamentais não se encontram apenas e tão somente no rol do artigo 5º da Constituição Federal, mas espaçadas pela Carta Magna, implicando, por via oblíqua, a discussão constitucional da natureza de cláusula pétrea do art. 228.

A reflexão pretende ir além da jurídica para apresentar o ECA como uma tentativa de superação de uma cultura menorista⁶ no trato do menor, mas ainda condicionado por esta (o que justifica a abordagem histórica do tema), bem como os condicionamentos ideológicos da uma cultura criminológica acerca da responsabilidade que aprisiona os intérpretes em geral.

A par destas considerações, o que se pretende aqui trabalhar é que os argumentos fundamentadores da redução da maioridade, tomados como premissas absolutas e verdadeiras, não são tão certos, como parecem ser e, não refletir sobre a temática significa desconsiderar ponderações como – o adjetivo infrator, atribuído ao adolescente como uma qualidade diferenciadora dos sujeitos, é uma rotulação do controle social punitivo e; o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não pune, pois se assim o fizesse não haveria preocupação com a redução, afinal ele seria suficiente.

Portanto o enfoque aqui trabalhado é para além de legal, criminológico e sociológico.

1. A HISTÓRIA DA INFÂNCIA É A MESMA DE SEU CONTROLE

A ideia de infância, em termos gerais englobando também a adolescência, foi criada artificialmente e não existiam anteriormente ao século XVI, quando até então eram representadas na pintura ou nas diversas formas de expressão por homens de tamanho reduzido⁷.

Para a modernidade, elas não fizeram parte da ideia de pacto social, porque excluídos da noção de cidadania. Eram considerados seres irracionais ao lado dos animais, de modo que o ordenamento de direitos naturais que se instaurava era destinado aos seres humanos, no caso, os adultos⁸.

Esse período de indiferença pode ser percebido num caso paradigmático de maus tratos à criança. O caso da menina americana Mary Ellen Wilson, quando foi utilizada uma legislação de proteção a animais para fazer cessar os maus tratos que a menina sofria de seus pais, que sob o epíteto corretivo

Latina. Compiladores: Emílio Garcia Mendez; Mary Beloff. Bogotá: Editora Temis, 1998, p. 11.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, N' 22, P. 52-79, JAN./MAR. 2013

55

⁶ A utilização da expressão "menor" já em si pejorativa para indicar subalternidade e diferença para os que eram tidos como crianças ou adolescentes, que não era o caso dos "abandonados".

^{7 &}quot;Os homens dos séculos X e XI não perdiam tempo com a imagem da infância a qual não tinha para eles nenhum interesse, nem sequer era realidade (...). apenas com a maternidade da Virgem, a pequena infância entra no mundo das representações (...) a criança como vimos, não está ausente da Idade Média, pelo menos a partir do século XIII, todavia, não constitui nunca o retrato de uma criança real, tal como num momento de sua vida". ARIÈS, Philippe. El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen. Madrid: Edit. Taurus, 1987. *Apud* GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia. De los Derechos y de la Justicia.* 2. ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 23.
8 BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: *Infancia, Ley y Democracia en América*

o Estado não poderia intervir na livre forma de educação dos pais para com os filhos⁹.

O acento de uma preocupação jurídica passa a ser expresso a partir do século XIX, especialmente em razão do quadro social que vivia a Europa de pobreza e marginalização com a revolução industrial e a potencialização dos critérios bioantropológicos do conhecimento médico à serviço da defesa social, o que implicou a fixação da imputabilidade a partir do "critério do discernimento", procurando identificar a malícia da criança através de testes, na aplicação da pena de morte¹⁰.

Por outro lado, a situação de promiscuidade entre adultos e jovens causava sérias indignações morais, de modo que o projeto dos reformadores¹¹ significou uma vitória sobre o velho sistema, pelo menos no que tange à superação das salsadas. Afinal, era tempo do positivismo, cultura na qual cada patologia social deveria ser resolvida numa arquitetura especializada.

A conquista norte-americana de separação entre jovens e adultos, menos sentida pelos europeus¹², repercutiu mundialmente e assim o primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, realizado em 1911, demonstra o quadro peculiar do tratamento do período da infância, cujos principais temas¹³ representavam o debate da época. Isto é, a luta é contra a criminalidade juvenil, na configuração do binômio proteção-controle, associado ao binômio abandono-delinquência.

Em 1919 é promulgada na Argentina a primeira legislação específica da América Latina – a Lei Agote, dando início a uma série de legislações que legitimadas na proteção da infância abandonada e delinquente, abrindo a possibilidade da intervenção estatal ilimitada para dispor dos menores material e moralmente, numa tendência à institucionalização.

Naturalmente na América Latina, onde os problemas sociais eram muito maiores do que na Europa, a proposta biopsicológica, legitimadora da

⁹ Como não existia uma legislação que fizesse referência à proteção da criança, a Associação americana de proteção dos animais foi à justiça sob o argumento de que a menina não deixava de ser um animal e como tal não poderia ter tratamento tão degradante quanto o que estava submetida, sendo vitoriosa na causa, afastando-a dos maus tratos dos pais. (http://www.american humane.org/about-us/who-we-are/history/mary-ellen.html).

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal da Emoção: a inimputabilidade penal do menor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 24.

¹¹ Movimento social que reivindicava a transferência de responsabilidade das crianças marginalizadas socialmente para o poder estatal. Por todos: PLATT, Anthony. *Los Salvadores de la Infancia*. La Invención de la Delincuencia. Mexico: Siglo XXI, 1977.

¹² GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. *Adolescentes e Responsabilidade Penal; Um debate latino-americano*, Porto alegre, Ajuris, ESMP-RS, 2000.

¹³ A) Deve existir uma jurisdição especializada de menores? Sobre que princípios devem apoiar-se os Tribunais para obter o máximo de eficácia na luta contra a criminalidade juvenil? B) Quais devem ser as funções das instituições da caridade frente aos Tribunais? C) Quais as funções dos Tribunais após a sentença?. ACTAS. Tribunaux pour Enfants. I Congrès International. *Apud.* GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia. De los Derechos y de la Justicia.* 2. ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 29.

institucionalização, da medicalização dos problemas sociais e da investigação das causas do desvio, foi recepcionada com aplausos. É exemplar a afirmativa: "Insistiremos no ponto de vista clínico psicopedagógico. Aqueles que se referem à infância abandonada e delinquente como problema social, somente observam as consequências de um processo e não sua gênese e evolução" 14.

É nesse contexto histórico que a Doutrina da Situação Irregular instala-se na América Latina com grande profusão, pois se as matizes econômicas do Estado Liberal que engendraram as promessas da modernidade na Europa, levaram quase duzentos anos de processos de lutas e amadurecimento da realidade social, no Brasil, colonizado sob o manto mercantilista, cuja estrutura econômica se estabeleceu sem o referido processo de maturação social, impondo uma rígida hierarquia entre classes sociais, o quadro não foi o mesmo. Naturalmente alternativas imediatistas copiadas da "moderna Europa" era a ferramenta mais eficaz.

1.1 A Doutrina da Situação Irregular: O controle para o disciplinamento

A questão da idade penal, até as legislações específicas, era tratada nas ordenações portuguesas vigentes no país, de modo que as Filipinas previa a imputabilidade aos sete anos e a proibição da pena de morte aos menores de dezessete anos¹⁵.

No entanto com o desenvolvimento social, e passando a sociedade brasileira (até então marcadamente rural) a conviver com uma realidade marcada pela urbanidade em função do processo de industrialização, os problemas dos delitos praticados por menores começaram a agravar.

É nesse cotidiano de transformações que se insere o menor brasileiro do início do século XX: por um lado, crescimento econômico, industrial e urbano; por outro, agravamento das crises sociais, proliferação dos cortiços, marginalidade, miséria e criminalidade e, como o Estado não tinha um programa de ação para enfrentar as consequências sociais advindas daquele processo, recorreu a um discurso moralista de tutela que não inquiria as causas reais daquela nova situação, limitando-se a contrapor o valor trabalho à vadiagem.

Utilizando-se da hostilidade para lidar com os conflitos sociais, a mentalidade da elite da época, apregoava que: todos aqueles que não se inserissem no processo produtivo – incluindo aí as crianças – estavam condenadas à vadiagem, crimes previstos no art. 399 e 400 do Código Penal de 1890. Vadios eram considerados também aqueles que, rejeitados pelo mercado formal, sobreviviam no mercado informal. Como não podiam provar suas ocupações, eram presos.

FORADORI, A. El Psicólogo en las Cárceles y en las Colonias para Menores Delincuentes.
 Archivos de Criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas Conexas, II 4, oct-dic, 1938, pp. 340-359.
 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais no Brasil: evolução.
 Bauru: Jalovi, 1980, p. 133.

É que o comportamento dos menores nas ruas da cidade, transitando entre atividades lícitas e ilícitas, contrariava a moral dessa sociedade urbana calcada no valor trabalho/honestidade em oposição à vadiagem/criminalidade. Diante desse quadro, o Estado foi chamado a intervir punitivamente, pois não parecia relevante inquirir se todos os setores da sociedade brasileira dispunham de condições de se adequar à moral estabelecida pelas classes dominantes: seria possível que todos os menores frequentassem escolas?

Desde muito cedo, os menores oriundos dos setores populares deveriam se preocupar com o sustento familiar e caso não o fizesse a política de correção moral incidia sobre eles, proliferando os internatos como o modelo perfeito de realização dessa moral¹⁶.

E é exatamente neste contexto que se desenvolve a Doutrina da Situação Irregular. Trata-se de uma tendência nascida da corrente filosófica do positivismo, segundo a qual o abandono criava uma necessidade protetiva, considerando o menor objeto de compaixão e repressão ao mesmo tempo¹⁷. A teoria considerava que os menores sempre estariam em situação irregular e por isso mereceriam a segregação, sem nenhuma preocupação com o seu desenvolvimento, incapacidades de socialização e potencialidades.

A definição de menores era dada por um processo estigmatizante, pois se tratava daqueles supostamente¹⁸ abandonados, excluídos, ao passo que os incluídos em famílias e suas escolas eram crianças e adolescentes. Assim, as infrações dos incluídos eram resolvidas no âmbito da esfera privada, mesmo se constituísse um delito, mas se fosse de menores, é porque estavam em situação irregular e demandavam a tutela do Estado para serem corrigidos, educados.

A doutrina se baseava na implementação de um amplo controle social sobre os menores com a finalidade preventiva especial de recuperá-los, uma reforma que se baseava em instrumentos de trabalho, ensino e religião.

O decreto da situação irregular era dado sem qualquer controle de legalidade, bastava a situação de escassez material e familiar. Desprezava-se

A criação pelo governo de uma instituição pública de recolhimento que visasse corrigir os menores que praticavam atos ilícitos seria a solução para os jovens delinquentes; seria uma forma também de proteger a infância já que evitaria que os menores fossem colocados nas mesmas celas que adultos criminosos (espécie de castigo informal). MOTA, Candido. A Justiça Criminal (1895). São Paulo: Imp. Oficial, 1895. *In*: SANTOS, Marco. Criança e Criminalidade no Início do Século. In: *História das Crianças no Brasil*. Mary Del Priore (org.). 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000, p. 222.

¹⁷ TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias Evolutivas em la Proteccion del Niño y del Adolescente: de la situacion irregular a la proteccion integral, Capitulo Criminologico, v. 24, nº 2, 1996, p. 119-136, p. 122.

¹⁸ Supostamente porque o estado de abandono era decretado por juízes rotineiramente apenas fazendo uma relação com a carência de recursos materiais, independentemente de fatos infratores. Não é por outra razão que os textos clássicos da cultura menorista referem-se ao juiz como um pai de família que não podendo forçar o estado em suas políticas públicas, deve institucionalizar a criança para protegê-la.

garantias individuais, sob o falacioso argumento de que incidiam apenas no processo de adultos, não tendo razão para sua incidência no campo do Direito do Menor, já que eram protegidos. É exemplar o entendimento da época: "Não havendo castigo para as crianças delinquentes senão ação protetora do Estado, que significado teriam os Tribunais para Menores? Seriam absolutamente inúteis"19

A primeira legislação específica no país, o Decreto nº 16.272 de 20 de dezembro de 1923, estabelecia a idade penal aos 18 anos, excluindo, porém da responsabilidade penal os menores de 14 (art. 25) e definia que "O menor, de qualquer sexo, abandonado ou delinquente, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência instituída neste regulamento" que era compreendida como a internação em "uma escola de reforma pelo prazo de um a cinco anos" (art. 25, § 3°) 20.

Em poucas palavras: a doutrina da situação irregular não significava outra coisa senão legitimar a ação judicial indiscriminada sobre menores em situação de vulnerabilidade social²¹, excluindo as deficiências políticas sociais e optando por soluções institucionalizadoras, de modo que a intervenção coercitiva estava presente independentemente da existência ou não de atos desviantes²², afinal abandonados ou infratores estavam inseridos numa mesma categoria.

Esse modelo corretivo permitiria que o Estado desenvolvesse nesses menores o valor trabalho²³, perfazendo um papel decisivo para a formação da mão de obra na industrialização: "O país em crescimento dependia de uma população preparada para impulsionar a economia nacional. Era preciso formar e disciplinar os braços da indústria e da agricultura"24.

Consolidando a legislação sobre crianças, o Código Melo Mattos (Decreto nº 17.943 a - de 12 de outubro de 1927) estabeleceu um sistema de atendimento assentado nos efeitos sociais de um processo de industrialização excludente que agravou os problemas sociais. Não seria qualquer criança objeto de intervenção da Justiça de Menores, mas os filhos das pessoas que moravam em corticos e subúrbios, crianças mal alimentadas e privadas de escolaridade, vivendo em situações de carências culturais, psíquicas, sociais

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, N° 22, P. 52-79, JAN./MAR. 2013

59

¹⁹ FERADORI, Americo. El Psicólogo en las Carceles y en las Colonias para Menores Delincuentes. In: Archivos de Criminologia, Neuropsiquiatria y Disciplinas Conexas, II, 4, oct./dic, 1938.

BRASIL, Decreto 16272 de 20 de dezembro de 1923. ²¹ MÉNDEZ, García Emilio. *Infancia. De los Derechos y de la Justicia.* 2. ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 7.

²² RIAL, Ana Mosquera. Niños, Niñas y Adolescentes Vulnerados y Ameazados su Situación em el Nuevo Código de la Niñez y la adolescência, Revista de Derecho Penal, nº 15, oct. 2005, p. 39-46. ²³ "Em 1890, segundo a repartição de Estatística e Arquivo do Estado, os menores representavam aproximadamente um quarto da mão-de-obra empregada nesse setor na capital". MOURA, Esmeralda. Crianças Operárias na Recém-industrializada São Paulo. In: História das Crianças no Brasil. Mary Del Priore (org.). 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000, p. 265.

²⁴ RIZZINI, Irma. Pequenos Trabalhadores do Brasil. *In: História das Crianças no Brasil*. Mary Del Priore (org.). 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000, p. 378.

e econômicas que as impeliam a ganhar a vida nas ruas em contato com a criminalidade tornando-se em pouco tempo delinquentes²⁵.

O conteúdo da novel legislação corresponde ao cenário sociopolítico brasileiro – um período de puro autoritarismo da política pública, reproduzida no SAM – Serviço de Assistência os Menores, criado no governo de Getúlio Vargas em 1942, cuja orientação era correcional-repressiva (reformatórios e casas de correção), destinado aos adolescentes autores de infrações penais e do patronato agrícola e escolas de aprendizagem para os menores carentes e abandonados²⁶, deixando claro a conotação de desvio social e patológico que estavam os menores, equiparando de uma forma simplória os desvalidos dos delinquentes, como se todo esse resultado residisse numa única causa: o abandono sociofamiliar.

É também este o modelo da criação da Política Nacional de Bem-Estar do Menor (apesar de teoricamente pretender ser completamente inversa, conhecida como Anti-SAM) que em 1964 criou padrões centralizadores e uniformes para serem exercidos na Funabem e que foi incorporado pelo novo Código de Menores de 1979.

Aliás, quando se procura relações entre a doutrina da situação irregular e a ideologia da segurança nacional torna-se evidente a ideia de centralização como o referencial para o modelo de gestão de políticas públicas predominante, que sem dúvida, posteriormente levaria à desestrutura completa ao final da ditadura militar, pois a qualidade da atuação estatal restringia-se cada vez mais pela forma autoritária e não-participativa imposta à administração pública.

Vistas estas questões, é importante atentar que essa criminalização tem um porque de existir: era necessário disciplinar a população para o ofício fabril, que fazia prosperar a nação brasileira. A política é de disciplinamento, como diz Foucault, pois "castigar é exercitar". As crianças e adolescentes que não estivessem inseridos em alguma das instituições totais precisavam ser disciplinadas, não importava onde, afinal trabalho em oficinas, horário rígido etc. eram perfis seja das fábricas, das escolas, dos quartéis, dos hospitais ou das prisões²⁷. É por isso que, na tarefa de higienização da cidade, a polícia não entrasse "na escola, na família, no orfanato, na fábrica, no asilo, no hospital etc."²⁸

٥.

²⁵ PASSETTI, Edson. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: História das Crianças no Brasil. Mary Del Priore (org.). 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000, p. 348.

²⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral.* Uma abordagem sobre a responsabilidade juvenil. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir.* História da Violência nas Prisões. Petrópoles: Vozes, 2009, p. 150.

²⁸ OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. Redução da Idade Penal: um velho sonho para os jovens sonhadores. *In:* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e Reverso do Controle Penal:* (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 2, Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 198.

Em resumo, no que tange à inimputabilidade, o Código Melo Mattos e o Código de Menores de 1979 seguiam as mesas diretrizes – inimputabilidade aos 18 anos, isentando de responsabilidade os menores de 14, e submetendo os menores entre 14 a 18 anos à legislação especial. No entanto, não fazia qualquer diferença discutir sobre inimputabilidade, pois afinal, abandonados e delinquentes eram agrupados no mesmo grupo de situação irregular²⁹, submetidos às mesmas medidas e colocados nos mesmos locais "protetivos", uma vez que necessitavam os mesmos tratamentos.

1.2 Superação da Doutrina da Proteção Integral

Se no Brasil na década de 70 a Doutrina da Situação Irregular ganhara grande profusão, na Europa, a realidade era diversa, pois, com o fim da II Guerra mundial, a situação de orfandade das crianças e adolescente e as exploratórias formas e condições de trabalho a que se submetiam levam a novas preocupações. É assim nasce a Declaração dos Direitos da Criança em 1959, mas que sem suporte coercitivo e sem adesão de várias nações, torna-se um instrumento de pouca importância.

O fato é que ela já incorporava os sufrágios de um novo paradigma epistemológico que deixava de ser restrito às ciências físicas para estender-se às ciências sociais e práticas cotidianas.

A interseção de novos valores e reconhecimento integral da pessoa humana em sua integralidade, orientações desse novo paradigma são incorporados nos documentos internacionais, de modo que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas — ONU — estabeleceu o ano de 1979 como o Ano Internacional da Criança³⁰, iniciando os trabalhos de mudança.

Dez aos anos depois, em 1989, a ONU aprovou a Convenção dos Direitos da Criança que consagra a Doutrina da Proteção Integral, suscitando o reordenamento das instituições a partir do prisma do reconhecimento das crianças e adolescente como sujeitos de direito, capaz de exigir direitos e responsáveis por obrigações.

A Convenção acolhe a concepção de desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-lhe absoluta prioridade, resguardando o melhor de seus interesses, obrigando os Estados a respeitar as responsabilidades,

²⁹ Art. 2º do Código de 1979: Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

³⁰ A expressão criança utilizada no âmbito internacional também engloba os adolescentes, mas a referência é suada porque nos documentos internacionais apenas a expressão criança é utilizada.

direitos e obrigações dos pais de prover a direção apropriada para o exercício dos direitos reconhecidos na Convenção³¹.

Apesar desse não ter sido cronologicamente o primeiro documento internacional a tratar da nova postura protetiva foi o principal marco, convencionando-se a denominar os documentos internacionais de Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança, a qual engloba a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores (Regras de Beijing), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência (Diretrizes de Riad).

Este conjunto normativo revogou a antiga concepção menorista para trazer a criança ao contexto de protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua condição peculiar de desenvolvimento, dando um novo contorno ao funcionamento da Justiça da Infância e Juventude.

O Brasil foi o primeiro pais da América Latina a incorporar o modelo protetivo a partir da Constituição de 1988³², consagrando pela primeira vez na história das constituições dois artigos específicos: arts. 227 e 228, uma situação que conflitava com o Código de menores de 1979, demandando, portanto, a elaboração de um novo diploma legislativo, consagrando na ordem jurídica a doutrina da proteção integral.

Assim, em 1990 foi promulgada a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, propiciando as reais condições para que os direitos consagrados na Carta Magna pudessem ser concretizados. É nesse sentido que o artigo 3º do ECA consagra que

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade³³.

Numa tentativa de desfazer estereótipos criados a partir da associação entre menor, crime e delinquência, fala-se agora em ato infracional em vez de crime, adolescente ou pessoa em desenvolvimento em contraposição à expressão menor ou delinquente juvenil. Como supedâneo do princípio que

.

³¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: a criança no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 90.

Referência importante é ter em mente que o movimento de lutas sociais no Brasil sobre o tema de direitos da criança e do adolescente foi intenso e democrático, em que opinião pública e diversos saberes opinaram na construção da novel legislação, não ficando a cargo de engenhos paternalistas e de especialistas.

³³ BRASIL, Lei 8.069/90.

reconhece a criança em condição peculiar de desenvolvimento, o Estatuto, cumprindo as invocações internacionais, estatui Varas Especializadas da Infância e Juventude para a solução dos conflitos que envolvam essa população específica, opondo-se à justiça comum.

Supera-se, assim, pelo menos juridicamente, a Doutrina da Situação Irregular pela Doutrina da Proteção Integral, constitucionalizando um novo ordenamento jurídico – o da Criança e do Adolescente, trazendo sérias consequências à problemática da idade penal.

1.2.1 A Constitucionalização da Idade Penal

A Constituição de 1988, no processo de redemocratização apresentou significativo avanço na proteção do direito de crianças e adolescentes, e dentre estes definiu a maioridade penal aos 18 anos, adequando-se às recomendações internacionais.

Para além da constitucionalização da matéria, na esfera de um neoconstitucionalismo que passa a resgatar o valor da pessoa humana, promovendo sua dignidade por meio dos direitos fundamentais, afastando-se do Estado de Direito puro pré-segunda Guerra mundial, falar em direito da criança e do adolescente é versar sobre um novo modelo de direito e de democracia³⁴.

O trunfo desta nova empreitada constitucional eleva os direitos humanos ao patamar de fundamento do Estado Democrático brasileiro (art. 1º) e, consequentemente, os direitos elencados nos art. 227 e 228 da Constituição Federal, também são direitos humanos, dada a condição da personalidade infanto-juvenil, fazendo parte, portanto, de um sistema universal dos direitos humanos.

Significa dizer, a condição peculiar de desenvolvimento demanda uma "justiça especializada", garantindo direitos especiais, implicando políticas específicas, consagrando o paradigma da proteção integral (inclusive para os infratores), em razão da necessidade de consagrar o princípio do melhor interesse da criança.

Com a consagração da condição peculiar de desenvolvimento, a inimputabilidade torna-se um direito fundamental, isto é, um direito à inimputabilidade, e, razão pela qual a privação de liberdade, decorrente da prática de atos infracionais, é sujeita à brevidade e excepcionalidade. Todas consideradas cláusulas pétreas da Constituição, tal como define ao art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal³⁵.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Direchos Fundamentais. In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

³⁵ SPOSATO, Karyna Batista. A Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como Barreira à Redução da Idade Penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, nº 80, set./out., p. 81- 118, 2009.

Alias, o estabelecimento de uma idade mínima para início da responsabilização atende a instruções internacionais como o as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing (item 4.1)³⁶.

O que se pretende deixar claro é que sistema de responsabilidade penal do adolescente em conflito com a lei ancora-se na sistemática do paradigma da proteção integral, o qual tem como princípios relacionados à idade penal, a condição peculiar de desenvolvimento e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, quando da imposição de qualquer medida que afete seu desenvolvimento e liberdade. Isto é, não se consagra a irresponsabilidade, mas um modelo de responsabilidade especial com exigências multidisciplinares, voltadas à dimensão sancionatória — de reprovação do ato cometido, e pedagógica — no sentido de oferecer condições efetivas de vivência infracional e de vulnerabilidade social³⁷.

Até porque responsabilizar o adolescente em razão dos atos cometidos é, inclusive, o ponto de partida de considerá-lo sujeito de direito – ser como é, deve ser responsável pelo que faz³⁸, mas na medida de seu desenvolvimento – o que justifica um sistema diferente do adulto, voltando-se as respostas estatais a finalidades eminentemente educativas – tudo justificado por momentos e caráter estratégicos de vida.

Por todas estas questões, resumidas pela constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente, é imperioso reconhecer que o rebaixamento da idade é vedada constitucionalmente (art. 60, § 4º, IV), por se tratar de uma garantia constitucional, uma interpretação extensiva já avalizada pelo STF no julgamento da EC 03/93 quando reconheceu a anterioridade tributária como uma garantia constitucional. De modo que insta questionar – se entende-se a matéria tributária como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, o que dizer de um direito específico da criança e do adolescente ?

Igualmente, o direito da pessoa humana com idade inferior a 18 anos a ser julgada por uma justiça especializada, processada e responsabilizada por uma legislação especial decorrente de sua natureza, além de cláusula pétrea; por força do art. 5º § 2º é norma constitucional, vez ser objeto de documento internacional de proteção aos Direitos Humanos, ratificado pela República Federativa do Brasil.

Deste modo, qualquer tentativa de rebaixamento da idade penal, como a proposta aos 16 anos, com argumentos como – possibilidade de voto –

³⁶ "nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual".

³⁷ SPOSATO, Karyna Batista. A Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como Barreira à Redução da Idade Penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, nº 80, set./out., p. 81- 118, 2009.

³⁸ BELOFF, Mary. Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, nº 2, 2001.

implica máculas à supremacia constitucional e a unidade da Carta política, violando o conteúdo material da constituição bem como Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil.

2. O MITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE: DA CULPABILIDADE ÀS TEORIAS CRIMINOLÓGICAS

Além dos argumentos normativos e sistemáticos, próprios do sistema jurídico, como expressos no capítulo anterior, outros de natureza sociológica e criminológica reforçam a ideia deste trabalho de encarar a redução da idade penal como um mito de segurança pública. As razões são apresentadas em dois motivos — a ideia de culpabilidade como mal uso do livre arbítrio (tão teorizada pelos dogmáticos alemães) não é tão livre como se parece (como apresenta as teorias da subcultura criminal); e o fato de o ECA ser desconhecido por parte do senso comum e operadores do direitos, terminando por criar a expectativa de que — com a redução da idade penal — haverá mais segurança. Veja-se cada argumento isoladamente.

2.1 As Teorias Criminológicas e as Diagramações Dogmáticas da Culpabilidade

A sociologia criminal já demonstrou que a culpabilidade, considerada como reprovação do agente que não agiu conforme o direito, mas que poderia agir; não existe enquanto elemento de reprovação. O que seria o caso dos menores de 16 anos – têm discernimento.

As teorias da subcultura (entendidas não como sub de rebaixadas, mas não a oficial) demonstram que as pessoas, inseridas em contextos específicos têm a sua própria forma de ver o mundo, diferentemente da que é predominante, e agem conforme seus pressupostos.

Albert K. Cohen define que os modelos de comportamentos são aprendidos pelos grupos de jovens de acordo com os modelos de valores que compartilham no grupo em que pertencem os quais não são semelhantes uns com os outros. Cohen considera que a "grande parte das pesquisas criminológicas ignoram completamente a cultura de fundo do delinquente", resumindo que todos partilham de idêntico padrão de cultura. Todavia, os padrões de valores diferenciam-se entre as comunidades, de modo que é extremamente importante investigar os padrões de subcultura de onde os delinquentes são oriundos.

Para o autor, a sociedade é plural e cada grupo e subgrupo partilham de códigos sociais diferentes, nem sempre coincidentes com o majoritário e oficial, mas todos procuram fazer valer sua percepção, ocupando o espaço social devido.

Não é desconhecido o fato de que "uma das características da sociedade humana que mais a distinguem da sociedade animal é a cultura, o conjunto de

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, N' 22, P. 52-79, JAN./MAR. 2013

65

³⁹ COHEN, Albert. *Delinquent Boys*. The Culture of the Gang. London: Routledge e Kegan Paul, 1974 p. 4

conhecimentos, crenças, técnicas, normas e outros fatores que vão sendo adquiridos através da aprendizagem"⁴⁰, um elemento central e ao mesmo tempo diverso em cada grupo, cujo entrechoque poder levar aos conflitos criminais.

Nesse caso, a subcultura é formada pelos adolescentes excluídos que não se adequaram aos *Standards* da cultura oficial e que permite aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social.

À luz desta compreensão esta teoria traz à tona o fato de "Não existe um sistema de valores ou o sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é livre de determinar-se, sendo culpável a atitude daqueles que, podendo, não se deixam 'de determinar pelo valor'[...]"⁴¹.

Nesse ensejo, ao fazer parte da subcultura, no caso criminosa, o indivíduo ao tornar-se criminoso não é porque tem algum desvio de personalidade, mas porque se auto-afirma como membro do grupo, das *gangs*, como uma espécie de rito para o pertencimento, razão pela qual "A conduta do delinquente é correta sob o padrão de subcultura do que está inserido e o é precisamente porque é o errado sob o ponto de vista das normas da cultura dominante" 42.

Outra vertente criminológica, a anomia de Merton, tem que o crime é resultado de um conflito entre fins culturais perseguidos pela sociedade e os meios disponíveis para atingi-los. Segundo a estrutura cultural, existem objetivos definidos como legítimos a todos integrados numa escala de valores para os quais existem os modos aceitáveis de alcançar, de modo que "cada grupo social, invariavelmente, liga seus objetivos culturais a regulamentos, enraizados nos costumes ou nas instituições, de procedimentos permissíveis para a procura de tais objetivos" Contudo esses elementos não são, de forma alguma, diretamente proporcionais.

Assim, com ênfases diferentes entre meios institucionais e fins culturais, em que o objetivo é atingir o fim compartilhado, o crime resulta de um comportamento inovador⁴⁴ em que os fins culturais, percebidos na América do Norte, embebida pelo consumismo – american dreams – não disponibiliza os meios adequados para todos, os quais desejam, naturalmente, os mesmos fins. Trata-se de um conflito de adolescentes inseridos numa sociedade de aparências, cujo valor é ter em detrimento de ser, o que em última análise,

1974, p. 28.

43 MERTON, Robert King. Sociologia Teoria e Estrutura. Trad. Miguel Maillet. São Paulo: Editora

⁴⁰ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. São Paulo: Lumen Juris, 2009, p. 62.

 ⁴¹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 74.
 ⁴² COHEN, Albert. Delinquent Boys. The Culture of the Gang. London: Routledge e Kegan Paul,

MERTON, Robert King. Sociologia Teoria e Estrutura. Trad. Miguel Maillet. Sao Paulo: Editora Mestre Jou, 1970, p. 205.

⁴⁴ Merton define cinco tipo de adaptação individual, distribuídos entre conformidade, inovação, ritualismo, retraimento e rebelião, os quais podem ser aprofundados em MERTON, Robert King. Sociologia Teoria e Estrutura. Trad. Miguel Maillet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

é possível perceber que o problema dos adolescentes em conflito com a lei representam uma lente de aumento sobre a crise cultural que está a se vivenciar.

Deste modo, "os usos ou sentimentos sociais podem ser funcionais para alguns grupos e não funcionais para outros da mesma sociedade"⁴⁵, de modo que o todo social uniforme é impossível, e por via de consequência, a definição de discernimento depende de cada contexto em que o homem está incluído.

Em face dessas questões, a culpabilidade, enquanto elemento do crime que se satisfaz com o livre-arbítrio e um discernimento é um mito. O sistema de valores é relativo e cada um assimila, interiorizando, as regras e modelos dentro dos quais estão inseridos, sendo igual para os "delinquentes e sujeitos normais", só que cada um conforme a subcultura com a qual está ligada.

No entanto, este mito apenas satisfaz aqueles que desejam permanecer numa zona de conforto, isto é, apenas engessados num saber dogmático que invade as escolas de direito e formam os juristas, e dentre eles, os penalistas em geral. Percebendo o Direito Penal apenas diante de uma lógica de legalidade e garantia de segurança jurídica, o aprimoramento da teoria do crime traz mais certeza e segurança para evitar punições ilegais; e já tendo o adolescente discernimento, culpável segundo às regras de uma sociedade de infrações, e mais para evitar a injustiça de serem instrumentos dos adultos para a prática de delitos, os quais são punidos meramente como partícipes, e aqueles, impuníveis, restando à autoria do fato, é indispensável a redução da maioridade.

Todos os discursos dogmáticos acerca da culpabilidade são deficientes, destoante da realidade social, típico da estrutura dogmática que impermeabiliza suas discussões dos fatores sociais de desigualdade, irracionalidade e letalidade da funcionalidade real do sistema punitivo. Esse movimento é indicado numa alienação política do técnico que enseja o fenômeno da autoimagem⁴⁶ da dogmática, porque concebida pelos membros da comunidade científica como o estudo da lei penal, de forma acrítica (afinal são dogmas), sem qualquer movimento de progressão.

O discurso de uma sociedade pacífica, sem conflitos é confortável para aqueles que não querem ter a responsabilidade de ação na mudança do contexto social. É próprio da zona do conforto daqueles que desejam manter o *status quo*; de modo que atribuindo a solução da delinquência juvenil à redução

⁴⁵ MERTON, Robert King. *Sociologia Teoria e Estrutura.* Trad. Miguel Maillet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970, p. 94.

⁴⁶ A autoimagem (transnacionalizada) da Dogmática Penal é, assim, a de uma Ciência do dever ser que tem por objeto o Direito Penal positivo vigente em dado tempo e espaço e por tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir de interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, tendo por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. Do Controle da Violência à Violência do Controle. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

da maioridade penal, olvida-se na sua autorresponsabilidade de distribuição de renda, de exercício da tolerância do diferente, da paciência de um período que é de turbulência de várias ordens, de engajamento para a emancipação etc.

Na verdade, o conflito, apesar de doloroso sempre existiu e é saudável, porém, no sentido de gerar mudanças. A negação do conflito e a estabilidade que procura o Direito Penal nas suas promessas é impossível de realizar-se. E se "sustentamos que o conflito é inevitável, deve-se demonstrar ceticismo diante de quem pretende solucionar os problemas suscitados pelo crime exclusivamente por meio da técnica institucional contemplada no sistema penal"47.

É na verdade, a dogmática permanece sendo o local onde os juristas buscam um lugar ao sol, para resolver os problemas da criminalidade, concorrendo para socializar a crença e produzir um consenso (real ou aparente) em torno de uma imagem ideal e mistificadora do funcionamento de um sistema que atua dentro da legalidade e da igualdade jurídica, ao mesmo tempo em que oculta a sua real funcionalidade⁴⁸.

Neste contexto, a atribuição de um caráter negativo das infrações adolescentes, como uma regra geral (excluindo-se aqueles casos de crueldade e violência, que se diga de passagem, são ínfimos, como se verá adiante) não passa de um sentido atribuído pela sociedade, sentido de seus próprios males sociais. Enfim, apesar de todas estas questões, para muitos os argumentos apresentados são romantizados, vez que irresponsabiliza plenamente os adolescentes. Uma percepção prudente e coerente, inclusive ratificada por Alessandro Baratta⁴⁹. Entretanto, apesar desta exculpação, não se trata de um devaneio, é uma realidade que deve ser levada em consideração, sobretudo pelos magistrados no momento do julgamento.

Mas para além desta questão há outra pior: o desconhecimento da real sistemática e a possibilidade de se creditar ao sistema punitivo a segurança social que se pretende viver.

2.2 O Desconhecimento do ECA e a ignorante "ilusão de segurança"

Existe um mito no senso comum e entre os juristas em geral que o sistema de responsabilização no Estatuto da Crianca e do Adolescentes é suave e incapaz de retribuir o mal causado. No entanto, este raciocínio é completamente desconhecedor da realidade, posto que o Direito Penal Juvenil, como costumam chamar alguns penalistas (talvez muito antecipadamente), é extremamente gravoso, e em significativas proporções, pior do que o de adultos.

⁴⁷ OTERO, Juan Manoel. A Hipocrisia e a Dor no Sistema de Sacões do Direito Penal. *Discursos* Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, 45-57.

48 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão da Segurança Jurídica. Do Controle da Violência

à Violência do Controle. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 313.

49 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia

do direito penal. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastas Editora, 1999.

Somente para exemplificar: o ECA não dispõe de um sistema de execução de medidas socioeducativas, de modo não existir critérios objetivos que assegurem permissões ou autorizações de saída, detração, remissão, progressão de regime (a recente publicação da Lei – que institui o Sistema Nacional de Execução de Medidas Socioeducativas, apesar de recentíssimo não prevê, em sua maioria, a concessão de benefícios, nem assegura critérios objetivos, tal como estabelece a Lei de Execução Penal). A falta de uniformização faz com que a tramitação processual das execuções das medidas de internação varie conforme o sabor dos magistrados. Para exemplificar, em Pernambuco "verificaram-se situações nas quais não foi possível localizar, ou mesmo não havia processos judiciais em relação a adolescentes internados. Registrou-se por exemplo, que no CENIP de Petrolina, 40% dos adolescentes se encontravam internados sem que houvesse decisão judicial a respeito" A lei do Sinase pretende superar esta ambiguidade.

Além disso, o procedimento é único, não existindo a possibilidade, por exemplo, de aplicação das benesses da despenalização instituídas pela Lei 9.099/95. O que existe é o sistema de remissão, o qual, também submetido a elementos fluidos, varia conforme o perfil do magistrado.

Outrossim, não existe a previsão prescricional⁵¹ por se entender que as medidas não teriam caráter retributivo, e sim meramente pedagógicos.

A forma como são executadas as medidas de internação são similares às penas privativas de liberdade, uma vez que são realizadas em locais fechados, onde não é permitida a saída. Aliás, antes mesmo de se falar em execução, as hipóteses de imputação de medidas de internação 52 não muito porosas, cabendo vários tipos de interpretação, o que leva à conclusão de que

A insuficiência de fundamentos jurídicos e a ampliação dos requisitos legais quando da imposição de medidas de internação, bem como a observação do funcionamento do Sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude, demonstram que algumas questões podem vir a ser sanadas ou minimizadas a partir de um aperfeiçoamento do instrumento legal. É justamente nesta direção que são indicadas possíveis alterações ou inclusões no texto do ECA⁵³.

O prazo máximo de 03 anos das medidas de internação não parece ser pouco tempo, quando se leva em consideração que a mensuração de

⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório final do Programa Justiça ao Jovem no Estado de Pernambuco*. Brasília, 2010.

⁵¹ Coube à jurisprudência, no entanto, regular a matéria, ao prescrever o entendimento sumulado pelo STJ no Enunciado 338: "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas". ⁵² Art. 122 do ECA.

⁵³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Série Pensando O Direito Sumário Executivo Relatório de Pesquisa, Responsabilidade e Garantías ao Adolescente autor de Ato Infracional: Uma Proposta de Revisão do ECA em seus 18 Anos de Vigência. Brasília, 2010, p. 59.

tempo para aqueles que estão na flor de um período que é recheado de potencialidades e que define os caminhos de uma vida adulta. É interessante o que salienta o UNICEF:

Para o UNICEF, a adolescência representa para os próprios adolescentes uma oportunidade de socialização, construção da identidade e autonomia. Para as famílias, a adolescência é um convite para descobrir um mundo novo. As escolas podem aproveitar a facilidade de aprendizado dessa fase e contribuir para que os estudantes adquiram o conhecimento necessário para desenvolver seu potencial. A comunidade se beneficia com a característica natural da adolescência de agir coletivamente. Na esfera das políticas públicas, devem ser ampliados os canais para que os adolescentes exerçam seu poder de influência e construam uma perspectiva crítica em relação à sua realidade⁵⁴.

Portanto, o período de 03 anos numa fase de plenas potencialidades e construções equivale a uma eternidade, sobretudo quando inseridos em sistemas de internação nos quais são deficientes de sistemas escolares, fazendo com adolescentes percam seus períodos letivos, como é o caso de uma série de casas de internação em Pernambuco, como o CENIP, o que proporciona o adolescente um ócio permanente⁵⁵.

Neste contexto, é impossível olvidar a realidade social em si, como os problemas da superlotação – para registrar, em Pernambuco, existem 12 unidades de internação, com o total de 737 vagas disponíveis para internação. No entanto, em relatório divulgado pelo CNJ referente ao programa Justiça ao Jovem em maio de 2011, referentes a dados coletados em 2010, existem 13.719 internos, o que significa um déficit de 582 vagas⁵⁶, motivo aliás que ensejou recente rebelião na Funase do Cabo de Santo Agostinho, com capacidade para abrigar 166 adolescentes estava, no momento da rebelião com 368⁵⁷.

Enfim, o que se percebe é que há de fato um mal conhecimento da sociedade em geral do funcionamento do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma legislação inovadora, mas ainda passível de muitos melhoramentos, e pior, que ainda sofre evidentes influências do paradigma menorista, apesar da realidade de proteção integral.

É necessário mais responsabilidade por parte da mídia ao apressar julgamentos inconsistentes, convencendo a população com argumentos

⁵⁴ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Situação Mundial da Infância 2011. New York: UNICEF, 2011.

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Final do Programa Justiça ao Jovem no Estado de Pernambuco. Brasília, 2010.

⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Programa Justiça ao Jovem. Relatório Nacional 2010.* Brasília, 2011.

⁵⁷ É importante destacar que relatório final de visita de inspeção do CNJ verificando que "a desorganização é tamanha que não se pode apurar exatamente o número de adolescentes internados", recomendando o fechamento da unidade. CNJ.

frágeis e imediatistas, é necessário maior atenção dos juristas no trato da questão para não criar justificativas inexistentes, e por fim e sobretudo, é necessária a emancipação dos magistrados da cultura menorista, fundada no controle e na estigmatização.

No entanto, nenhum destes esforços é suficiente se o mito da segurança, pretensamente alcançado por meio da redução da idade penal, não for solapado de vez. É necessário, portanto (para aqueles que não desejam ficar na ignorância), reconhecer (e a criminologia crítica facilita em demasia a autoanálise) a "ilusão de segurança".

2.2.1 O Mito dos Mitos: Reduzir a idade penal como forma de segurança – Uma ignorante ilusão

A atribuição da qualidade de infrator ao adolescente, como algo anormal, foge do quadro psicológico desta faixa etária, cuja normalidade é contestadora, arredia, desbravadora e ousada, especialmente em realidades adversas como a brasileira, cujo comportamento "infrator" é às vezes, necessário para a sobrevivência.

A psicologia tradicional tem que desequilíbrios e instabilidades seriam inerentes ao jovem, "um período de contradições, confuso e doloroso (...); o momento mais difícil da vida do homem...". Inclusive, há referências à "Síndrome Normal da Adolescência", ou "crise essencial da adolescência", em que "o adolescente passa por desequilíbrios e instabilidades extremas" Neste sentido, com o amadurecimento dos adolescentes, pequenas infrações seriam deixadas de lado, ao passar por uma fase chamada *peack-age*59, sem necessidade de cerco punitivo.

Afora este discurso da patologização da adolescência proposto pela psicologia tradicional (e pelo senso comum que vê esta fase pejorativamente) – que já seria suficiente para questionar o rótulo de infrator atribuído aos adolescentes – a psicologia sócio-histórica, de vertente crítica, ao conceber o homem como um ser histórico, "constituído ao longo do tempo, pelas relações sociais, pelas condições sociais e culturais engendradas pela humanidade" coloca inicialmente a questão em reflexão.

O argumento psicológico por si mesmo seria importante para se questionar o que se pode considerar infrator ao se tratar de adolescente: todos (com exceção daqueles com comportamentos de grave violência pessoal, patrimonial e sexual) ou somente aqueles sobre quem recai o controle social formal?

⁵⁸ KOLLER, Sílvia Helena (org). *Adolescência e Psicologia: concepções, práticas e reflexões críticas.* Rio de Janeiro, Conselho Federal de Psicologia, 2002.

P.A. ALBRECHT. Jugendstrafrecht. Apud. SANTOS, Juarez Cirino dos. O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 1, Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 122.
 AGUIAR, W. M. J.; BOCK, A. M. B.; OZELLA, S. A Orientação Profissional com Adolescentes:

aguiar, W. M. J.; BOCK, A. M. B.; OZELLA, S. A Orientação Profissional com Adolescentes: um exemplo de prática na abordagem sócio-histórica. In: BOCK,M. B.;.M; GONÇALVES, M. da G. M.; FURTADO, O. *Psicologia Sócio-histórica:* uma perspectiva crítica em Psicologia. São Paulo, Cortez, 2001, p. 166.

Se a resposta for todos, então não precisaria de sistema punitivo, e sim tolerância social; mas se a resposta for aqueles sobre os quais recai o controle formal, é porque o princípio da igualdade não é observado, posto que a repressão recai somente sobre parte desta população.

No entanto, para além desta ilação, a criminologia crítica, a partir dos estudos das cifras negras⁶¹, denunciou inverdades do sistema punitivo. Com elas, estudos identificaram o sistema penal como constitutivo do crime e do *status* social do criminoso por meio de definições e processos de criminalização. Por isso, a tese oficial da criminologia crítica, nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, é:

[...] a de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção⁶².

E isso não é diferente quando se trata de adolescente infrator. Segundo o IBGE⁶³ em 2005 e 2006, o Brasil tinha 24.461.666 de adolescentes entre 12 e 18 anos, representando 15% da população nacional, dentre os quais existe discrepantes diferenças sociais: há maior pobreza nas famílias dos adolescentes não brancos do que nas de brancos – cerca de 20% dos adolescentes brancos vivem em famílias cujo rendimento mensal é de até dois saláriosmínimos, enquanto a proporção correspondente a adolescentes não brancos é de praticamente o dobro, 40%. Além disso, enquanto aproximadamente 40% dos adolescentes brancos estão em famílias com faixa de renda mensal superior a cinco salários-mínimos, apenas 18% dos adolescentes não brancos vivem em famílias nessa situação de rendimento mensal. Por fim, no extrato das famílias sem rendimento mensal ou com rendimento de até um saláriomínimo, encontram-se aproximadamente 6% de adolescentes brancos, ao passo que a proporção de adolescentes não brancos correspondente a esta faixa de rendimento é o dobro do universo de adolescentes brancos⁶⁴.

Ainda segundo o IBGE, daquele contingente (24.461.666) de adolescentes, apenas 0,1425% representa a população dos que se encontram em conflito com a lei, o que em números absolutos, significa 34.870 adolescentes autores de atos infracionais, cumprindo algum tipo de medida socioeducativa em todo o Brasil; bem diferente do que passa a mídia, no seu contexto de alarme social,

⁶¹ O qual diagnosticou a defasagem que medeia a criminalidade real (as condutas criminalizáveis efetivamente praticadas) e a cumprida em estatística (oficialmente registrada).

⁶² ANDRADE, Vera Regina P. de. *A Ilusão da Segurança Jurídica*: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 41.

⁶³ IBGE / Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) – 2005/2006.

⁶⁴ SILVA, Enid Rocha Andrade; GUERESI Simone. *Adolescentes em Conflito com a Lei: situação do atendimento institucional no Brasil.* Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2003, p. 17.

a qual parece responsabilizar o adolescente pelo crescimento da violência urbana. Hoje, de acordo com a última pesquisa em 2010, existem no total 12.041 adolescentes internados, cumprindo medidas socioeducativas de internação 65 .

Como se percebe (diferente do que se alega) não é a violência juvenil a grande responsável pelo aumento dos índices de criminalidade no Brasil: os adolescentes em conflito com a lei praticam, apenas, cerca de 10% do total de delitos em território nacional⁶⁶, sendo a maioria destes de natureza patrimonial. Atos de maior gravidade, como homicídios, representam uma porcentagem muito pequena (menos de 5%) do conjunto de delitos praticados⁶⁷.

Apesar de existirem dados demonstrativos de que a violência urbana não é realizada pelos adolescentes, não existe, por exemplo, como no censo penitenciário dos adultos, dados referentes ao perfil socioeconômico e a relação entre atos inflacionais/medidas socioeducativas. O que há disponível para o público em geral (porque as informações atuais são restritas no sistema sipia-sinase) são dados de um mapeamento em 2002 que mostra os adolescentes submetidos às medidas socioeducativas são 90% do sexo masculino; com idade entre 16 e 18 anos (76%); da raça negra (mais de 60%); não frequentavam a escola (51%), não trabalhavam (49%) e viviam com a família (81%) quando praticaram o delito. Não concluíram o ensino fundamental (quase 50%); eram usuários de drogas (85,6%); e consumiam; majoritariamente, maconha (67,1%); cocaína/crack (31,3%); e álcool (32,4%). Além disso, os principais delitos praticados por esses adolescentes foram: roubo (29,5%); homicídio (18,6%); furto (14,8%); e tráfico de drogas (8,7%)⁶⁸.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça divulgou a pesquisa (A Execução das medidas socioeducativas de internação) que diagnosticou a situação nacional da execução das medidas socioeducativas, mas ainda não teceu minudencias, assim como é feito sistematicamente pelo sistema de adultos, pelo Ministério da Justiça, via Departamento Nacional Penitenciário.

O que se verifica é que a desigualdade social entre adolescentes na população brasileira é reproduzida no âmbito dos adolescentes ditos infratores, sendo fácil compreender que os problemas sociais são resolvidos no espaço da institucionalização (assim como o era no paradigma menorista anterior),

⁶⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Perfil das Vítimas e Agressores das ocorrências registradas pelas Polícias Civis* (Janeiro de 2004 a Dezembro de 2005) – SENASP-MJ, ago. 2006.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, N° 22, P. 52-79, JAN./MAR. 2013

73

-

⁶⁵ SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010. Brasília, 2011.

Pesquisa Mapeamento Nacional das Medidas Socioeducativas em Meio Aberto – Listagem dos processos de execução de medidas socioeducativas nas varas competentes – Ilanud, 2007.
 PAIVA, Denise Maria Fonseca. Mapeamento Nacional da Situação do Atendimento dos Adolescentes em Cumprimento de Medidas Sócioeducativas. Brasília, 2002.

pois o número de encarcerados cumprindo medidas em meio fechado é sempre maior do que os que estão cumprimento em meio aberto⁶⁹.

Ora, a que se deve essa política de institucionalização? Porque, se ontem, o controle para a higienização se dava para o disciplinamento na fábrica, hoje qual o fundamento da seletividade?

Hoje, numa ordem global, em que a economia neoliberal se pauta pela lógica de que deve sempre existir consumidores insatisfeitos para continuar consumindo, todos aqueles que não se adaptarem a ordem devem ser neutralizados, isto é, tempos em que a fábrica já ficou para trás, quem deve ser excluído é o consumidor falho, pois não lubrificam a engrenagem da sociedade de consumo, "são inúteis, no único sentido de utilidade em que se pode pensar numa sociedade de consumo; e por serem inúteis, são indesejáveis" ⁷⁰.

A seletividade recai exatamente sob esses que além de excluídos são estigmatizados porque são excluídos, numa retroalimentação constante, de modo que o que se verifica nos dados apresentados é uma real criminalização e o Estado vale-se da violência estrutural para realizar a organização social, com a não satisfação de necessidades fundamentais, o aproveitamento do trabalho alheio por uma minoria, a repartição desigual de riquezas, a má realização de serviços assistenciais, a divisão de classes antagônicas, a mínima possibilidade de mobilidade vertical etc.

Na verdade, a prisão é usada "para regular, se não perpetuar, a pobreza e para armazenar os dejetos humanos do mercado. Neste aspecto, a operação gargantuélica das casas de punição converge para – e complementa – a agressiva redução dos programas de bem-estar⁷¹. O Estado, aproveitando-se da função simbólica do Direito penal, torna-se máximo, ao passo que torna-se mínimo no campo social (Direito Previdenciário e do Trabalho), "que é precisamente o campo vital, o campo mais nobre para a construção da cidadania, de modo que a caricatura do estado mínimo equivale a sistema penal máximo x cidadania mínima, para alguns"⁷².

Como se percebe, a maioria dos delitos praticados pelos adolescentes é referente aos crimes contra o patrimônio e a maioria dos adolescentes internados são negros e pobres, não integrantes dos sistemas escolar, laboral e familiar.

⁶⁹ Para ilustrar a hipótese, tem-se o estado de Pernambuco, no qual 1.456 (um mil quatrocentos e cinquenta e seis) adolescentes estão internados, perdendo apenas para São Paulo (6.814), algo explicado pela população paulista que é muito maior do que a pernambucana. LEVANTAMENTO NACIIONAL de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei 2010. Brasília: (SPDCA / SEDH / PR) – 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: As consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 102-104.
 WACQUANT, Loio. Punir de Potros. A New Courage de Surviva de Su

⁷¹ WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres*. A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 126-127.

⁷² ANDRADE, Vera Regina P. de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 27.

O que existe é um processo de criminalização baseado na produção social variando conforme a escolarização deficiente e o desemprego, isto é, o controle social atua sobre os jovens socialmente deficitários, o que faz concluir que a criminalização depende muito mais da posição social do que do fato punível.

Portanto, a variação das malhas da rede de controle se dá de acordo com a posição social do adolescente. Entretanto, toda essa realidade é camuflada pelo saber dogmático que neutraliza essas questões, sob o argumento de solucionar a criminalidade, rebaixando a maioridade.

Outrossim, a produção social da criminalização se desdobra em processos ainda mais complicados, quando se fala em delinquência juvenil, dado que a criminalização primária conduz à criminalização secundária, ou seja, é quase certeza a reincidência.

A rotulação de infrator produz carreiras criminosas pela ação de mecanismos pessoais de adaptação psicológica ao mecanismo do rótulo, associado com a expectativa que o rotulado se comporte conforme tal atribuição, praticando novos crimes. Os efeitos danosos da internalização produzem diversos sentimentos de ódio e impotência em pessoas que estão em processo de formação, multiplicando o processo da formação das carreiras criminosas.

Enfim, não obstante todas essas considerações, permanece o discurso da redução da maioridade, vislumbrando apenas argumentos daquele jaez, fundados simplesmente no discernimento, quando já se constatou que a classe de adolescentes pobres e marginalizados no Brasil é alta, o dobro do que a de classe média e alta, e exatamente por isso agem conforme um processo de aprendizagem conforme suas subculturas, sendo impossível exigir-lhes comportamentos condizentes com a classe dominante; bem como na sutileza do sistema socioeducativo que é, na verdade, muito mais duro do que o de adultos.

Ocorre, porém, que todo esse funcionamento é encoberto pela ilusão da dogmática da segurança e da legalidade, legitimando, na verdade, a lógica da exclusão dos pobres e marginalizados sociais. Nesse ensejo, o discurso da redução é proferido por aqueles que se mantêm na zona de conforto de não terem que repartir as riquezas e deixar o individualismo exacerbado, cuja riqueza se acumula na exploração e expropriação do marginalizado. O discurso da redução da maioridade penal satisfaz somente àqueles que não estão preocupados com a mudança, com o exercício da tolerância e da cidadania, o que poderíamos dizer, com juristas medíocres e hipostasiados nas discussões abstratas e normativas puras, ignorantes e pior, legitimam um sistema que oprime, estigmatiza e exclui cidadãos.

REFLEXÕES FINAIS

Após todas essas considerações é importante ponderar algumas reflexões finais, sobretudo, na conclusão de que conotação política que pretendi aplicar permite compreender os conflitos em sua inteireza.

Deste modo, é possível refletir que

- 1. A reflexão sobre assuntos polêmicos é relativa, variando em tempo e espaço específicos, a depender de conjunturas emocionais da população.
- 2. A constitucionalização do direito da criança e do adolescente é uma conquista histórica de valorização da Doutrina da Proteção Integral em detrimento do paradigma menorista Doutrina da Situação Irregular.
- 3. Os documentos internacionais e a Constituição Federal de 1988 reconhecem à criança, em razão da sua condição peculiar de desenvolvimento, o direito humano a um julgamento especializado.
- 4. A vertente neoconstitucionalista permite a identificação da inimputabilidade como garantia fundamental em razão dos direitos humanos da criança e do adolescente, e portanto, cláusula pétrea, imodificável via Emenda Constitucional (art. 60, § 4°, IV).
- 5. A culpabilidade baseada no puro livre-arbítrio é uma falácia ante os condicionamentos sociais.
- 6. As teorias da subcultura criminal demonstraram que cada segmento cultural cria formas de aprendizagem de comportamentos que serão partilhados por aqueles membros que estão inseridos. E apesar do romantismo que expressam devem ser levadas em consideração no momento de apuração do ato infracional, especialmente numa ordem global de consumismo que para ser tem que ter, valendo-se, o adolescente, de quaisquer meios para atingir as metas sociais, os quais nem sempre correspondem aos tidos, pelas culturas dominantes, como corretos.
- 7. A restrição da discussão à dogmática é alheia à realidade social, alienante. O jurista, porém, comprometido com ideais de justiça e promoção social, deve enveredar por perspectivas interdisciplinares para melhor formular suas argumentações.
- 8. Argumenta-se que o sistema punitivo do ECA é sutil, no entanto, como demonstrado essa afirmativa decorre de duas ignorâncias: referente ao conhecimento da realidade e do próprio sistema legal do ECA que termina sendo, na maioria das vezes, mais drástico do que o do adulto.
- 9. A atribuição do adjetivo infrator ao adolescente parte de uma lógica de anormalidade de uma faixa etária que tem como natural o crescimento, as descobertas e a emancipação individual, na formação da personalidade, implicando, necessariamente desvios, como forma de experimentação, e que são pouco a pouco deixados de lado com a madureza.
- 10. As estatísticas apresentam uma criminalidade juvenil muito menor do que é percebida, o que permite concluir que o alarme social é fundado em imaginários decorrentes de sentimentos de medo e descompromisso do próprio sistema de justiça nas informações que divulga.
- 11. Restou-se evidente que o controle social varia conforme as variáveis estruturais, de modo que o sistema punitivo seleciona aqueles que pretende

neutralizar, e o são os que não se enquadram à ordem social vigente. Apesar de esta fase conflituosa ser característica de todos os adolescentes, a definição de infrator apenas recai quando o controle social atua junto a algum contingente desta população, na verdade uma clientela que é selecionada em razão de vários fatores: da sua posição social desfavorecida, da presença de estereótipos e preconceitos dos agentes de controle social etc.

12. Outrora, no paradigma da Doutrina da Situação Irregular, a seleção recaía sobre aqueles que precisavam ser disciplinados para se enquadrarem no regime fabril, cuja mão de obra, segundo seus idealizadores, era indispensável para o país em pela fase de desenvolvimento industrial. Hoje, a lógica da seletividade do sistema punitivo se mantém, mas em tempos de globalização e economias de mercado vorazes e abertas, em que importa o lucro, o selecionado é consumidor falho. O adolescente não potencial consumidor é o excluído do cenário mundial, devendo ser higienizado na lógica que sai de uma sociedade disciplinar para consumista.

Enfim, não obstante todo esse cenário, permanece-se requerendo a redução da maioridade penal, sustentando o grau de discernimento do adolescente na sociedade da informação e a suavidade do sistema punitivo do ECA que estimula que adultos pratiquem crimes valendo-se de adolescentes, porque "ficaram impunes".

Outrossim, não obstante os méritos da Doutrina da Proteção da Proteção Integral, incorporados pelo ECA, cuja realização das diretrizes políticas ensejaria relevantes transformações sociais, a frustração de seus princípios, em parte por defeito de compreensão de alguns operadores jurídicos, em parte por omissão do poder público em promover condições materiais e recursos para a efetivação daquele programa, e em parte da própria sociedade civil, na sua apatia e conformação com políticas simbólicas, faz com que o Brasil ainda tenha que realizar.

Neste contexto o papel da academia é essencial ao denunciar e não se conformar com poucas políticas ilusórias porque simbólicas, como a redução da idade penal. Especialmente nós, juristas, devemos viver uma utopia que é capaz de reduzir desigualdades e liberar energias para a construção de uma possível democracia social – e aqui o caminho parece até curto: a resistência via legalidade constitucional como forma de manutenção subversiva contra um *status quo* violador dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima:* códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 2. Florianópolis: Boiteux, 2002.

_____. A Ilusão da Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* As consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do direito penal. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastas Editora, 1999.

_____. Infancia y Democracia. In: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Compiladores: Emílio Garcia Mendez; Mary Beloff. Bogotá: Editora Temis, 1998.

BELOFF, Mary. Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, nº 2, 2001.

BOCK, M. B.;.M; GONÇALVES, M. da G. M.; FURTADO, O. *Psicologia Sócio-histórica:* uma perspectiva crítica em Psicologia. São Paulo, Cortez, 2001.

BRASIL. Decreto 16.272 de 20 de dezembro de 1923.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 julho de 1990.

CARBONELL, Miguel. Teoria del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007.

COHEN, Albert. *Delinquent Boys*. The Culture of the Gang. London: Routledge e Kegan Paul, 1974.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Final do Programa Justiça ao Jovem no Estado de Pernambuco. Brasília, 2010.

DEL PRIORE, Mary (org.). História das Crianças no Brasil. 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: a criança no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FORADORI, A. El Psicólogo en las Cárceles y en las Colonias para Menores Delincuentes. *Archivos de Criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas Conexas,* II 4, oct./dic. 1938, p. 340-359.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir.* História da Violência nas Prisões. Petrópoles: Vozes, 2009.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Situação Mundial da Infância 2011. New York: UNICEF, 2011.

GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. *Infancia. De los Derechos y de la Justicia.* 2. ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

_____. Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano, Porto Alegre, *Ajuris*, ESMP-RS, 2000.

IBGE/Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) – 2005/2006. Brasília, 2007. KOLLER, Sílvia Helena (org). *Adolescência e Psicologia: concepções, práticas e reflexões críticas*. Rio de Janeiro, Conselho Federal de Psicologia, 2002.

MERTON, Robert King. Sociologia Teoria e Estrutura. Trad. Miguel Maillet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Série Pensando O Direito Sumário Executivo Relatório de Pesquisa Responsabilidade e Garantias ao Adolescente Autor de Ato Infracional: Uma Proposta de Revisão do ECA em seus 18 Anos de Vigência. Brasília, 2010.

_____. *Direito Penal da Emoção:* a inimputabilidade penal do menor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Perfil das Vítimas e Agressores das ocorrências registradas pelas Polícias Civis* (Janeiro de 2004 a Dezembro de 2005) – SENASP-MJ, Brasília, ago. 2006.

MOURA, Esmeralda. Crianças Operárias na Recém-industrializada São Paulo. In: *História das Crianças no Brasil.* Mary Del Priore (org.). 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000.

OLIVEIRA, Luciano. A "JUSTIÇA DE CINGAPURA" NA "CASA DE TOBIAS". Opinião dos alunos de Direito do Recife sobre a pena de açoite para pichadores. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, nº 40, p. 53-61, jun. 1999.

OTERO, Juan Manoel. A Hipocrisia e a Dor no Sistema de Sacões do Direito Penal. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e sociedade*, Rio de Janeiro, p. 45-57.

PAIVA, Denise Maria Fonseca. *Mapeamento Nacional da Situação do Atendimento dos Adolescentes em Cumprimento de Medidas Sócioeducativas.* Brasília, 2002.

PASSETTI, Edson. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: *História das Crianças no Brasil.* Mary Del Priore (org.). 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000.

PLATT, Anthony. Los Salvadores de la Infancia. La Invención de la Delincuencia. Mexico: Siglo XXI, 1977.

REALE, Miguel. Da Responsabilidade Civil à Penal. *In: Jornal do Estado de São Paulo.* p. A2, 25 de maio de 2002.

RIAL, Ana Mosquera. Niños, Niñas y Adolescentes Vulnerados y Ameazados su Situación em el Nuevo Código de la Niñez y la Adolescência, *Revista de Derecho Penal*, nº 15, oct, 2005, p. 39-46.

RIZZINI, Irma. Pequenos Trabalhadores do Brasil. *In: História das Crianças no Brasil.* Mary Del Priore (org.). 2. ed., São Paulo: Contexto, 2000.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito coma Lei: da indiferença à proteção integral.* Uma Abordagem sobre a Responsabilidade Juvenil. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Desconstruindo o Mito da Impunidade: um ensaio de Direito Penal Juvenil. Brasília: do autor, 2002.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010. Brasília, 2011.

SILVA Enid Rocha Andrade; GUERESI Simone. *Adolescentes em Conflito com a Lei: situação do atendimento institucional no Brasil.* Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2003.

SPOSATO, Karyna Batista. A Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como Barreira à Redução da Idade Penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 17, nº 80, set./out., p. 81- 118, 2009.

TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias Evolutivas em la Proteccion del Niño y del Adolescente: de la situacion irregular a la proteccion integral, *Capitulo Criminologico*, v. 24, nº 2, 1996, p. 119-136.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais no Brasil: evolução. Bauru: Jalovi, 1980.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres*. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.