



PROGRAMA DE MESTRADO
CIÊNCIA JURÍDICA

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

ANGÉLICA RODRIGUES ALVES

**MORDENDO PEDRAS: O DEBATE SILENCIADO DOS MOVIMENTOS
DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

JACAREZINHO - PR

2018



PROGRAMA DE MESTRADO
CIÊNCIA JURÍDICA

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

ANGÉLICA RODRIGUES ALVES

**MORDENDO PEDRAS: O DEBATE SILENCIADO DOS MOVIMENTOS
DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial de conclusão de curso. Orientador: Professor Dr. Maurício Gonçalves Saliba.

JACAREZINHO - PR

2018

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

A474m Alves, Angélica Rodrigues
 Mordendo pedras: o debate silenciado dos
movimentos de redução da maioria penal / Angélica
Rodrigues Alves; orientador Maurício Gonçalves Saliba
- Jacarezinho, 2018.
 178 p.

 Direito) - Universidade Estadual do Norte do
Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

 1. Declaração da Proteção Integral. 2. direito
penal simbólico. 3. Estatuto da Criança e do
Adolescente. 4. Redução da maioria penal. 5.
neomenorismo. I. Saliba, Maurício Gonçalves, orient.
II. Título.

ANGÉLICA RODRIGUES ALVES

**MORDENDO PEDRAS: O DEBATE SILENCIADO DOS MOVIMENTOS
DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na Área de Concentração: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão” e na Linha de Pesquisa: “Função Política do Direito”. Banca examinadora:

Presidente: Dr. Mauricio Gonçalves Saliba

Membro: Dr. Eliezer Gomes da Silva

Membro: Dra. Clara Maria Roman Borges

Coordenador do Programa: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Jacarezinho, 22 de agosto de 2018.

*Para que o povo não faça o papel do velho
cão estúpido que morde a pedra que nele bate,
em vez de procurar a mão que a arremessou.*

Tobias Barreto

The Child is father of the Man

William Wordsworth

Dedico este trabalho ao meu pai, José Rodrigues Alves, que iniciou a história de amor que tenho pela histórica Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba, toda gratidão, respeito e admiração, obrigadapor ter me oferecido, além das lições, sua valiosa amizade, que estejamos para sempre ligados por este “parentesco” acadêmico.

Ao Professor Doutor Fernando de Brito Alves, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Campus Jacarezinho, por ser um realizador de sonhos alheios, por quem tenho verdadeiro orgulho, apreço e gratidão.

Ao Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak, diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas desta Universidade, meu orientador no Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude – NEDDIJ, a quem devo grande parte da minha realização profissional e acadêmica, e a quem rendo meus mais sinceros agradecimentos pela generosidade, paciência, amizade, e pelas orientações.

Ao Professor Doutorando Adriano Aranhã, meu coordenador nas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO, toda gratidão por me conduzir nestes passos iniciais da docência.

Aos queridos professores do Programa de Mestrado, com um carinho especial à Carla Bertoncini, Edinilson Donisete Machado, Vladimir Brega, Renato Bernardi, Gilberto Giacóia, Eliezer Gomes da Silva, fontes de inspiração, que marcaram minha passagem por esta etapa.

Meus profundos agradecimentos e admiração à Dra. Clara Maria Roman Borges, avaliadora na etapa conclusiva da presente dissertação, que teceu brilhantes observações e sugestões, as quais me encheram de desafios para o futuro.

Aos meus companheiros de NEDDIJ, onde meu compromisso com a defesa intransigente de um mundo melhor para a infância e juventude teve início, em especial ao Jurandir Ferreira de Paiva Júnior e minha amiga, tão grande amiga Carolina Kazmierczak Marcon.

Aos amigos de mestrado que tornaram ainda mais doce a caminhada, Diogo, Emmanuela, Ana Luiza, Marco, Letícia...

Toda gratidão e admiração à Maria Natalina Costa, motivo de orgulho a todos que passam por este Programa de Pós-Graduação.

Meu agradecimento mais profundo aos meus grandes, melhores e mais maravilhosos amigos, Maria Cleusa, minha doce mãe, e José, meu querido pai, que por toda vida estiveram ao meu lado e que são os responsáveis por todos os sonhos que se tornaram reais em minha vida.

Por fim, todo agradecimento pela compreensão das duas pessoas mais importantes de minha vida, Victor e Pedro, razões da minha existência, sinônimos de amor maior do mundo.

ALVES, Angélica Rodrigues **Mordendo pedras: o debate silenciado dos movimentos de redução da maioria penal**. 2018. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A infância e a adolescência brasileira historicamente foram pautadas pela violência. As técnicas médicas e disciplinares no primeiro quartel do século passado deram origem à primeira legislação especial voltada à infância e juventude em 1927, o Código Melo de Mattos, sendo mantida sua característica assistencialista e ampliada a verve repressora do Estado em 1979, com o Código de Menores, que empreendeu à criança e ao adolescente a doutrina da situação irregular. Esta ótica do controle social foi modificada em decorrência da ampla mobilização que desencadeou a adoção da Declaração da Proteção Integral na Constituição Federal de 1988, bem como a fixação no texto constitucional da inimputabilidade ao adolescente, reservando-lhe a incidência da legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente). No entanto, desde a promulgação da Constituição Cidadã, movimentos tendentes a reduzir a maioria penal dos 18 para os 16 anos se mobilizam no Congresso Nacional. Objetivou-se, assim, a partir do método dedutivo, que teve por fonte a análise bibliográfica nacional e estrangeira, além de dados estatísticos lançados pelas agências oficiais nacionais, empreender a investigação dos interesses silenciados por trás da campanha recrudecedora, com vistas a verificar se a Proposta de Emenda à Constituição nº 115/2015 (Senado Federal) se confirma enquanto emanção do fenômeno nomeado doutrinariamente como Direito Penal Simbólico.

Palavras Chave: Declaração da Proteção Integral; direito penal simbólico; Estatuto da Criança e do Adolescente; Redução da maioria penal; neomenorismo.

ALVES, Angélica Rodrigues. **Biting stones: the silent debate of the movements for reduction of the criminal majority**. 2018. 178 p. Dissertation (Master's Degree in Juridical Science). State University of Northern Paraná (UENP): Jacarezinho, 2018.

ABSTRACT

Historically, Brazilian childhood and adolescence were marked by violence. Medical and disciplinary techniques in the first quarter of the last century gave rise to the first special legislation for children and youth in 1927, the Melo de Mattos Code, maintaining its assistentialist characteristic and extending the repressive verve of the State in 1979, with the Code of Minors, who undertook to the child and the adolescent the doctrine of the irregular situation. This view of social control was modified as a result of the wide mobilization that triggered the adoption of the Declaration of Integral Protection in the Federal Constitution of 1988, as well as the establishment in the constitutional text of the incapacity to the adolescent, reserving the incidence of the special legislation (Statute of the Child and Adolescent) However, since the enactment of the so called Citizen Constitution, movements tending to reduce the age of criminality from 18 to 16 years are mobilized in the National Congress. Thus, this study with the deductive method was based on the national and foreign bibliographic analysis, as well as statistical data from national official agencies, to investigate the silenced interests behind the recrudescing campaign, in order to verify if the Proposed Amendment to Constitution No. 115/2015 (Federal Senate) is confirmed as an emanation of the phenomenon named doctrinally as Symbolic Penal Law.

Keywords: Declaration of Integral Protection; symbolic criminal law; Child and Adolescent Statute; Reduction of the penal age; neomenorism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA NO BRASIL	14
1.1 Declaração da proteção integral.....	34
1.2 Histórico da inimputabilidade no Brasil	40
1.4 O mito da impunidade x responsabilização pelas medidas socioeducativas	46
1.5 Medida socioeducativa de internação	54
2 NEOMENORISMO	58
2.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a permanência de subcategorias	62
2.2 Continuísmos e o caráter bivalente dos princípios norteadores.....	68
2.3 Adolescente: protagonista ou vítima da violência?	73
2.4 Adolescência, drogas e violência.....	79
3 SIMBOLISMO NO DIREITO	83
3.1 Legislação- álibi – prestação de contas ao eleitorado.....	88
3.2 Legislação-álibi – reação do Estado	92
3.3 Direito penal simbólico.....	95
3.4 O papel da mídia na atual conjuntura social	106
3.5 O medo e a expansão do Direito Penal	112
3.6 Opinião pública, clamor social e vontade popular.....	119
3.7 Aspecto contramajoritário dos direitos fundamentais.	124
4 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N°115/2015	128
4.1 Inimputabilidade penal como cláusula pétrea.....	132
4.2 A delimitação do marco etário	141
4.3 Idade penal e Política Criminal.....	148
4.4 Um caminho de pedras.....	153
CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
REFERÊNCIAS	163

INTRODUÇÃO

A infância e a juventude, etapas singulares na vida do indivíduo, caracterizadas como condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, alcançaram, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma mudança paradigmática de suas concepções.

Ao mesmo tempo que são alavancados e reconhecidos como sujeitos de direitos, crianças e adolescente passam a receber a atenção máxima do Estado, pelo menos do ponto de vista formal-normativo, através do princípio orientador da Proteção Especial, gravado no art. 227 da Constituição Federal.

Com vistas à máxima efetividade deste princípio, foi promulgado no ano de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente, sistematizando a promessa constitucional de prioridade absoluta na garantia dos direitos fundamentais desta população, com o indicativo de primazia na consecução de políticas públicas que visem tal estratégia, além da destinação orçamentária privilegiada para tanto.

Refutando o antigo sistema da doutrina da situação irregular e um histórico de estigmas e categorizações da infância e adolescência pobre, abandonada e criminalizada, a proteção integral universalizou a infância e juventude, declarando-os iguais em direitos e garantias.

A legislação especial tratou de estatuir três âmbitos de atuação estatal voltadas à criança e ao adolescente, construídos em uma lógica de garantias de direitos fundamentais, atuação protetiva e responsabilização daqueles em conflito com a lei.

No que diz respeito à responsabilização, o Sistema Socioeducativo, com vistas a realinhar o adolescente aos parâmetros do Estado de Direito e reconstruir os direitos e deveres daqueles que entrem em conflito com a lei, a partir de uma lógica pedagógica e reeducadora, destinou uma forma diferenciada do tratamento criminal previsto aos adultos.

Consagrando o dispositivo constitucional de regime especial, que fixa a idade penal aos dezoito anos, o sistema de responsabilização do adolescente que comete atos infracionais se apresenta como espectro do Estatuto da Criança e do Adolescente que mais se aproxima de uma efetividade ideal, em detrimento da garantia de direitos fundamentais e do sistema de proteção.

Desde a promulgação deste instituto, no entanto, recorrentemente o poder constituinte reformador lança campanhas de redução da maioridade penal com vistas a modificar o teor do art. 228 da Constituição Federal, que fixa a imputabilidade penal a partir

dos 18 anos, movidos pelo clamor da população, fomentada pela mídia, em um círculo que se retroalimenta continuamente.

O presente trabalho buscou analisar as nuances deste movimento, investigando sua categorização enquanto legislação simbólica, especificamente no campo do direito penal simbólico, a partir da análise das funções instrumentais e das latentes da Proposta de Emenda à Constituição nº 115/2015 que tramita no Senado Federal brasileiro.

Para cumprir o proposto, o primeiro capítulo faz um resgate da construção histórica da infância e adolescência no país, centrando o foco na história republicana nacional, sem, no entanto, deixar de buscar fundamentos no período colonial e imperial brasileiros.

Analisando o histórico da inimputabilidade e o avanço no sentido de afastar da legislação critérios subjetivos de discernimento, procurou-se levantar os males da doutrina da situação irregular, que dividiu informal e instrumentalmente a infância e adolescência em: crianças, sendo aquelas cujos direitos fundamentais estavam, de alguma forma, atendidos, e os menores, sob os quais a atuação estatal se voltava com uma perspectiva piedosa ou repressora. Derrubando o mito da impunidade, propalado pelos defensores da redução da maioria, a primeira parte da investigação traça o sistema socioeducativo, descrevendo as medidas socioeducativas, em um item em apartado verificando a medida de internação.

Uma vez analisada a conjuntura histórica, o segundo capítulo procura verificar a permanência de uma força repressora e sectária, que pune muito, e que se volta contra uma população adolescente privada de direitos fundamentais, pobre e negra além da análise do papel que ocupa a adolescência no âmbito da violência urbana, além das considerações e relações entre esta violência e o mercado das drogas.

No terceiro capítulo empreende-se uma investigação acerca da construção doutrinária do fenômeno da legislação simbólica e sua mais perniciosa emanção, o direito penal simbólico. Para tanto, além dos fatores próprios de constatação de suas diretrizes, trilhou-se a análise dos fenômenos que alimentam a produção desvirtuada de leis penais, como o papel da mídia neste contexto, a formação da opinião pública e sua emanção qualificada como clamor público, pautando pela diferenciação entre vontade popular e a mera soma de vontades.

No quarto capítulo, traçando historicamente a tentativa de redução da maioria penal promovida no Congresso Nacional, tendo por termo inicial a promulgação da Constituição Federal de 1988, utilizou-se o relatório produzido pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal para a verificação do possível enquadramento da proposta ao denominado direito penal simbólico.

A escolha por este documento como referencial se deu em razão de representar a etapa mais avançada pela qual o ataque ao art. 228 da Constituição Federal já foi submetido, além do fato de ser este o parâmetro de discussões pela qual se pautarão os embates parlamentares acerca do tema.

Observando o seu conteúdo e o remetendo às considerações pertinentes da declaração de proteção integral, objetivou-se confrontar a proposta de redução da maioria penal com a impossibilidade de atuação do constituinte reformador a partir da análise dos parâmetros utilizados para repactuar a idade penal, bem como a pertinência do tema à política criminal. O último item lança uma provocação, propõe uma adaptação ao campo infracional da perspectiva apresentada de maneira original por Eliezer Gomes da Silva no direito pátrio, indicando a teoria de Amartya Sen em “Desenvolvimento como liberdade” como balizador da análise de culpabilidade (reprovabilidade) coadunante com o Estado Democrático de Direito.

Por fim, como resultado das investigações que foram empreendidas a partir do método dedutivo, que teve por fonte a análise bibliográfica nacional e estrangeira, além de dados estatísticos lançados pelas agências oficiais nacionais, consignou-se as principais conclusões resultantes da pesquisa.

O título do trabalho decorre da advertência lançada por Tobias Barreto para que se busque, sempre, sanar os problemas a partir de suas causas, e não suas consequências, o que se deve observar, com muito mais razão, quando o que está em jogo é a liberdade do indivíduo.

1 INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA NO BRASIL

Em que pese a investigação histórica que se pretende empreender, neste capítulo inicial, sobre a situação da infância e juventude considerar como termo e espaço iniciais o Brasil Republicano¹, interessa tecer breves considerações, acerca dos acontecimentos anteriores ao referido período.

Tem-se assim que a história brasileira é permeada de violência em face da criança desde os seus primórdios². Mary Del Priore (2000, p. 29) descreve que as crianças portuguesas embarcadas para o Brasil, ainda no início da colonização, provinham de uma situação extremamente vulnerável em sua origem, mas, no entanto, tal situação quase não se diferenciava dos riscos da travessia transatlântica que os acometia de doenças, fome, sede, fadiga, inanição, abusos sexuais e outras formas de violência.

Segundo Del Priore, as crianças que embarcavam rumo ao Novo Mundo eram divididas³ entre grumetes, que compunham cerca de 22% dos tripulantes, pajens, 3,8%, e, em que pese em número reduzido, as denominadas “*órfãs do rei*”, que eram meninas recolhidas dos orfanatos portugueses e enviadas ao Brasil, destinadas ao matrimônio aos homens solteiros da baixa nobreza na colônia⁴. “*Em meio ao mundo adulto, o universo infantil não tinha espaço: as crianças eram obrigadas a se adaptar ou perecer*”, sendo “[...] consideradas como pouco mais que animais” (op. cit. p. 20), ou ainda “[...] vistos como adultos em corpos infantis” (op. cit. p. 49).

¹A escolha em narrar a relação institucional da criança e do adolescente no Brasil a partir da Proclamação da República, deu-se em razão de dois marcos importantes: o primeiro diz respeito ao afastamento da Igreja da função de atenção à infância que ocupava, decorrência do Estado Laico declarado na Constituição Republicana, o que criou um vazio responsabilizatório, surgindo a necessidade de obrigar a atuação dos poderes públicos com o afastamento do estágio caridade, o segundo em razão das movimentações internacionais de construção de um direito voltado a infância que ocorriam na mesma época.

² Insta salientar que “primórdios” se refere aqui à chegada dos portugueses ao Brasil e sua relação com a infância, posto que, de acordo com os apontamentos de Gilberto Freyre acerca do tratamento destinado aos filhos pelos nativos, as condições eram diferenciadas do contexto europeu. Não havia, segundo o autor, castigo corporal nem disciplina de pai e mãe entre os indígenas no Brasil, e ainda “*Não faltavam à criança indígena cuidados da mãe pela sua saúde: indicam-no as muitas medidas profiláticas; mostra-o o asseio em que era conservado o columim. E acima de tudo a sua alegria e o seu bem-estar*” (2006, p. 209). “*Pode-se generalizar do menino indígena que crescia livre de castigos corporais e de disciplina paterna ou materna*” (2006, p. 207). Entretanto, fazia parte do “*papel civilizatório*” das missões jesuíticas a mudança de tal comportamento, como pode-se verificar: “Segundo Haubert (in WOLMER, 2006, p. 178), a prática dos castigos públicos nas missões iniciou com as crianças, “*a fim de lhes ensinar a reverência e o temor dos adultos. Mais tarde, os pais que não castigam os filhos serão chicoteados com eles!*” (2006, p. 240).

³ Aos grumetes (que tinham entre 9 e 16 anos) cabiam todos os trabalhos dirigidos aos adultos nas embarcações, sendo que suas condições de estalagem nos navios eram piores, os pajens (também com idade abaixo dos 16 anos) contavam com condições minimamente melhores. As órfãs do rei enviadas ao Brasil eram cerca de duas ou três por ano, entre 14 e 17 anos. (DEL PRIORE, 2000).

⁴ A autora ainda indica a presença de crianças judias nas embarcações enviadas à Colônia, em razão de representarem de mão de obra barata, e, ao mesmo tempo, também servir como estratégia para conter o crescimento da comunidade judia em Portugal.

No Brasil Colonizado (séculos XVI – XVIII) a situação não se demonstrava diferente, conforme aponta Romão (2016, p. 23):

Esse período brasileiro foi marcado, igualmente, por violências praticadas contra crianças, seja pela substituição de mão de obra infantil à adulta, seja pela cobiça sexual das meninas a partir dos doze anos de idade, ou ainda, pela alta mortalidade infantil, mas, nesse contexto, sobrepõem-se os castigos corporais a que estavam sujeitas.

A atenção direcionada aos petizes, no Brasil quinhentista, passou a ser prestada pela Companhia de Jesus, composta pelos padres jesuítas, responsáveis pelo ensino e catequização⁵ das crianças índias, mestiças e portuguesas, e enfrentou maior resistência entre os nativos, em razão de seus “*hábitos abomináveis*” (DEL PRIORE, 2000).

Com a expulsão dos jesuítas a educação, única e escassa atividade direcionada à infância, passou a ser estabelecida pelas preceptoras, na modalidade doméstica, alcançando tão somente os filhos das elites, permanecendo assim até o século XIX, sendo que, “[...] *a alternativa para os filhos dos pobres não seria a educação, mas a sua transformação em cidadãos úteis e produtivos na lavoura, enquanto os filhos de uma pequena elite eram ensinados por professores particulares*”. (DEL PRIORE, 2000, p. 10).

Após a expulsão dos jesuítas, a Igreja Católica não mais se ocupou oficialmente da educação no Brasil, entretanto, através das Santas Casas de Misericórdia, que se responsabilizavam pelas das crianças abandonadas, passou a realizar um encargo que teoricamente não lhe competia, eis que a legislação portuguesa aplicada no Brasil (Ordenações Filipinas⁶) designava tal função como competência dos Conselhos⁷, o que não foi atendido:

No Brasil, englobado na legislação do reino português, teoricamente a responsabilidade deveria estar a cargo das câmaras, mas poucas destinaram verbas para tal assistência. Depois a responsabilidade foi transferida paulatinamente para a Santa Casa de Misericórdia, embora, por lei, fossem os conselhos municipais os responsáveis. A primeira Misericórdia a atender crianças abandonadas foi a de Salvador, mas somente em 1726 que se criou

⁵ Os jesuítas se estabeleceram no Brasil em 1549, pela Companhia de Jesus – Sociedade de Jesus - fundada em 1534 por Inácio de Loyola (1491-1556) com a missão de arregimentar novos “fieis” e arrecadar fundos – necessidade material frente à expansão reformista. Ficava a cargo dos jesuítas a educação no Brasil Colônia, o que era direcionado aos brancos, mestiços e indígenas, dentro dos parâmetros morais e ideário europeu. Permaneceram com tais funções no território até o ano de 1759, quando foram expulsos por Marques de Pombal.

⁶ Ordenações Filipinas, Livro Primeiro, Título 88: Dos Juizes dos Órfãos. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p206.htm>

⁷ Os Conselhos, ou também denominada Câmaras Municipais eram compostas por chanceleres, contadores e vereadores que exerciam funções administrativas, judiciárias e policiais no Brasil Colônia.

a Roda dos Expostos. No Rio de Janeiro, a Roda foi instituída em 1738. O comum, para o resto do Brasil, foi a exposição de crianças em casas particulares ou, em alguns casos, em logradouros públicos, como ruas, becos, praias, etc. (VENÂNCIO, 2010, p. 83)

Assim, as questões relacionadas com a infância consubstanciavam-se, na prática, em pauta não governamental, em especial as voltadas para as camadas mais pobres deste segmento. Esse período, que vai até meados do século XIX, denominado por Maria Luiza Marcílio (1998, p. 134) como “*fase caritativa*”, teve o assistencialismo marcado pelo “*sentimento da fraternidade humana, de conteúdo paternalista, sem pretensão a mudanças sociais*”.

No texto da Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824) não havia “[...] *qualquer referência aos direitos dos menores no título correspondente às garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*” (ROMÃO, 2016, p. 31), sendo que, a questão educacional foi disciplinada pelo Decreto 1331-A⁸ de 17 de fevereiro de 1854 “(*Approva o Regulamento referente ao ensino primário e secundário do Município da Côrte*)”, chamada Lei “*Coutto Ferraz*”⁹, prevendo, além das questões descritas, a criação de Asilos para oferta de um sistema de recolhimento aos infantes pobres.

Irene Rizzini (1995) aponta a criação legislativa acerca da instituição dos asilos como uma contribuição do Governo Imperial no âmbito da assistência pública, com o modelo de atendimento voltado especialmente para os meninos desvalidos, com a vocação imaginada possível para tal camada social: a capacidade de trabalhar.

Este modelo de asilo, criado durante o Império, será mantido durante a República, “*quando o Estado adotar uma política de atendimento baseada na internação, com o objetivo de educar ou recuperar o ‘menor’*” (RIZZINI, 1995, p. 245).

Entretanto, a implementação de instituições imperiais voltadas para o atendimento dos *menores* não ocorreu de forma a atender a imensa maioria das crianças em situação de abandono, permanecendo como tarefa adotada e realizada, não oficialmente, pela caridade

⁸ Em seu artigo 69, o Decreto determina: *Não serão admitidos à matrícula, nem poderão frequentar as escolas: 1º Os meninos que padecem moléstias contagiosas, 2º Os que não tiverem sido vacinados, 3º Os escravos.* Tais critérios eram consideravelmente restritivos, ademais, o Instituto Vacínico do Império foi criado tão somente em 17 de agosto de 1846. O Decreto 1331-A ainda previa, no art. 72, como meio disciplinar, entre outros, “*outros castigos que excitem o vexame*”.

⁹ Art. 62. *Se em qualquer dos districtos vagarem menores de 12 annos em tal estado de pobreza que, além da falta de roupa decente para frequentarem as escolas, vivão em mendicidade, o Governo os fará recolher a huma das casas de asylo que devem ser creadas para este fim com hum regulamento especial.*

eclesiástica, o que passaria lentamente a ser atividade estatal após a Proclamação de República.¹⁰

O modelo assistencialista utilizado até então prolongou-se com a criação de internatos, institutos, reformatórios, escolas premunitórias¹¹ e correccionais para precaver, sob uma ótica determinista, situações futuras de criminalidade e realinhar os já desviados. Em sentido correccional, recolhia-se os “*vadios, vagabundos e capoeiras*”¹² e aqueles já envolvidos na criminalidade. Tal situação foi caracterizada por Rizzini (1995, p. 247), como atividade governamental “*repressiva, para qual a orfandade e a pobreza justificam a apreensão do menor*” com a finalidade de “*sanear a cidade e isolar os indesejáveis*” (1995, p. 248).

Boris Fausto (1995) apresenta os seguintes dados relacionados ao período: a população brasileira, no ano de 1890, foi calculada em 14.333 milhões, dentre os quais os mulatos constituíam 42%, os brancos 38% e os negros 20%. Há que se considerar que, entre

¹⁰ Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, inicia-se lentamente o deslocamento das atividades burocráticas de cunho governamental realizadas pela Igreja Católica para o exercício estatal, com a separação Igreja – Estado. O atendimento à criança e ao adolescente passaria a compor uma pauta urgente e necessária de atuação institucionalizada. Sobre o momento de cisão, apresentamos Maurício de Aquino: “*Os calorosos debates e conflitos envolvendo matéria religiosa foram encerrados, no plano constitucional, com a promulgação da primeira Carta Magna republicana, datada de 24 de fevereiro de 1891. Os artigos pertinentes à matéria religiosa carregaram as marcas do decreto 119-A. O princípio liberal da separação entre Estado e Igreja foi preservado e sustentou as determinações de secularização dos cemitérios, de reconhecimento estatal apenas do casamento civil, da liberdade de culto desde que respeitadas as leis republicanas, do ensino laico na escola pública, da inelegibilidade de cidadãos não alistáveis, da proibição de voto aos submetidos a juramento de obediência e do impedimento de subvenção de cultos ou obras religiosas da parte da União ou dos Estados. Apesar de os bispos católicos não obterem maiores privilégios para a Igreja, as propostas anticlericais, como aquelas relacionadas à confiscação de bens das ordens e congregações pelos direitos estatais de mão-morta, ou a proibição da entrada de novas congregações estrangeiras, bem como a expulsão dos jesuítas, não apareceram no texto constitucional de 1891. Os direitos de enfiteuse da Igreja nem mesmo foram mencionados*” (AQUINO, 2012, p. 149).

¹¹ Escola Premunitória era aquela destinada a recolher crianças em situação de “abandono moral” com vistas a tutelar e impedir o envolvimento com a criminalidade, tendo como tarefa o ensino de ofício a fim de transformar o *pivette* em um adulto útil. Eram inspecionadas e gerenciadas pela polícia. Criadas pelo Decreto nº 8203, de 8 de setembro de 1910, e tinham como público: Art. 2º *Compreendem-se como abandonados os menores de 14 annos, maiores de nove que, por serem orphãos, ou por negligencia, ou vicios, ou enfermidades, ou falta de recursos dos paes, tutores, parentes ou pessoas em cujo poder, guarda ou companhia vivam, ou por outras causas, forem entregues ás autoridades judicarias ou policiaes, ou forem encontrados habitualmente sós na via publica, entregues a si mesmos e desamparados de qualquer assistencia natural. Art. 3º Sendo a escola destinada a menores que, por viverem ao abandono ou pertencerem ás classes pobres, necessitem apenas do ensino e da educação sufficientes para garantir-lhes um futuro honesto e proveitoso, a instrucção ministrada na mesma não ultrapassará o que fôr indispensavelá integração do internado na vida social. Dar-se-lhes-ha a instrucção primaria, a educação moral e o cultivo necessario ao exercicio profissional. Aquelles, porém, que revelarem dotes superiores durante o estagio ou fim do mesmo, serão admittidos a qualquer estabelecimento de ensino secundario ou artistico, custeado pela União, com preferencia sobre quaesquer outros.*

¹² O art. 402 do Código Penal (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) capitulava: *Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou inculcando temor de algum mal: Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes. Paragrapho unico. E' considerado circumstancia agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.*

1887 e 1930, 3,8 milhões de estrangeiros chegaram ao Brasil oriundos principalmente da Europa (2,94 milhões entre os anos de 1881 e 1915). O índice de analfabetismo entre os escravos (1872) era de 99,9% e, entre a população livre, 80% dos homens e 86 % entre as mulheres. Em relação às crianças e adolescentes até quinze anos, apenas 16,85% frequentavam escolas, sendo que o número de pessoas com Ensino Superior não ultrapassava 8 mil em todo o país.

Em relação às atividades econômicas, segundo dados de 1872, cerca de 80% da atividade humana estava centrada na agricultura, 13% nos serviços (sendo que, mais da metade deste percentual fazia referência a serviços domésticos) e 7% na indústria (FAUSTO, 1995, 236-237)

Neste período, com o início do desenvolvimento industrial no Brasil, em grande parte por investimento da elite cafeeicultora que aplicava no setor secundário parte dos lucros da atividade agrícola, principalmente em São Paulo e Rio de Janeiro e, em especial, no setor têxtil e de calçados, os postos de trabalho eram ocupados por crianças e adolescentes. Entretanto, a imensa maioria dos infantes não possuíam colocações laborais ou educacionais (FAUSTO, 1995).

Conjugando os dados com aqueles apresentados por Del Priore, os “*dejetos da escravidão*” estão, nas duas primeiras décadas do regime republicano, envoltos ao processo de urbanização e industrialização marcados pelo solapamento do modelo escravagista, e a entrada maciça de imigrantes em território nacional:

Neste contexto, verifica-se o surgimento ou agravamento de crises sociais que outrora eram pouco relevantes no cotidiano da cidade. A criminalidade avolumava-se e tornara-se uma faceta importante daquele cotidiano, quer pela vivência dos fatos materiais, quer pela interiorização da insegurança que em maior ou menor grau atingia as pessoas. O aumento da ocorrência de crimes é acompanhado pelo aumento e especialização dos mecanismos de repressão, gerando uma maior incidência dos conflitos urbanos, numa clara manifestação do agravamento das tensões sociais (DEL PRIORE, 2000, p. 214).

Entretanto, a força repressiva se voltava frente à criminalidade infantil, abandonada moralmente, fato que, por exemplo, se relacionava ao crime de vadiagem¹³.

¹³ Código Penal (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) Art. 399. *Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupaçãoprohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes: Pena - de prisão cellualar por quinze a trinta dias.§ 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15*

A autora apresenta outros dados de criminalidade no município de São Paulo, baseados em relatórios, apresentados à época pelo chefe de polícia da capital ao secretário de Justiça e Segurança Pública (1904 – 1906): entre 1900 e 1906 o coeficiente de prisões por 10 mil habitantes correspondia a 307,32 de indivíduos maiores e 275,14 menores; entre 1904 e 1906 as ocorrências cometidas por menores estavam delimitadas em 40% de desordens, seguidos por 20% de vadiagem, 17% de embriaguez, 16% e furto e roubo e 6,9% dos homicídios.

Do total de crimes cometidos, eram de responsabilidade dos *menores*: 22% do total de delitos de vadiagem, 22% de desordens, 26% de “*gatunagem*”¹⁴, 27% de furtos e roubos, 20% de defloramentos e 15% de ferimentos. Do número total de homicídios praticados, 93,1% eram perpetrados por adultos.

Os fenômenos urbanos da prematura república transformaram a “*cidade como local privilegiado para a eclosão do banditismo*” (DEL PRIORE, 2000, p. 214), sendo que a criança e o adolescente eram vistos como perigo para a coletividade e não vítima desta e do contexto socioeconômico.

Se para Philippe Ariès (1981) a categoria infância, em um contexto europeu, passou a existir na segunda metade do século XVII¹⁵, no Brasil, tardiamente, tal classificação etária não havia sido “*inventada*”¹⁶ aos filhos das classes populares até o final do século XIX. No Brasil Império a criança ainda era encarada como um pequeno adulto, modificando sua posição, lentamente, na transição republicana. “*A criança era entendida como um adulto em miniatura, um homúnculo, com problemas similares aos dos adultos. Vestia-se, comportava-se e trabalhava como adulto. Era considerada como escravo, sem nenhum privilégio*” (TRINDADE, 1996, p. 35).

Foi no final do século XIX, e início do século XX, que a criança começou a ocupar lugar na problematização social (SCHUCH, 2009, p. 107) onde médicos e juristas passaram a demonstrar tal preocupação, apontando Mauricio Gonçalves Saliba que “*a criação do Estado*

dias, contados do cumprimento da pena. § 2º Os maiores de 14 anos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, onde poderão ser conservados até a idade de 21 anos. (Grifo nosso)

¹⁴ Gatunagem, ato de gatunar, era como denominavam-se no Brasil os crimes de furto e pequenos roubos no final do século XIX e início do século XX, termo popularizado pela imprensa escrita e amplamente utilizado no linguajar policial, geralmente associado à prática realizada por adolescentes.

¹⁵ “*No sec. XVII, entretanto, a criança, ou ao menos a criança de boa família, que fosse nobre ou burguesa, não era mais vestida como os adultos. Ela agora tinha um traje reservado à sua idade, que a distinguia dos adultos. Esse fato essencial aparece logo ao primeiro olhar lançado às numerosas representações de crianças no início do século XVII*” (AIRÈS, 1981, p.70).

¹⁶ Referência à POSTMAN, Neil. *O desaparecimento da infância*. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

Nacional brasileiro coincidiu com a implantação das técnicas disciplinares e da higiene médica” (2006, p. 75), prossegue:

O século XX é reconhecido como o século do controle, e tem como *locus* privilegiado a infância. O aperfeiçoamento institucional de práticas disciplinares marcou a passagem do suplício para o controle, fazendo emergir a infância como alvo dessa estratégia que se estende até a família e o cidadão. A nova estrutura da sociedade industrial exige, a partir desse momento, a conservação das crianças e o gerenciamento de sua vida. É nesse contexto que os cuidados e a preservação das crianças se tornam uma obrigação social. (2006, p. 38)

Sobre o mesmo fenômeno, Patrice Schuch aponta como o primeiro modelo de intervenção “*uma preocupação higiênico sanitaria destinada à produção de populações saudáveis e civilizadas*” (2009, p. 106):

O objetivo de formar uma população sadia e com hábitos civilizados significava ter que expandir as formas de governo para o gerenciamento dos hábitos familiares, espaços públicos, assim como também organizar uma rede legítima instituições para a normalização e vigilância das condutas. (SCHUCH, 2009, p. 110)

O movimento higienista aparece simultaneamente ao início do debate acerca da necessidade de uma justiça especializada para a infância e juventude, diferenciada da justiça criminal. Com o lema “*Ordem e Progresso*”, sob os auspícios do positivismo, a questão da delinquência juvenil passa a contar com influências e elaborações a partir das ciências médico-biológicas (positivismo bioantropológico), que emprestaram a lógica da prevenção à atividade repressiva-interventora do Estado.

Ao incidir na esfera de liberdade do *menor*, esta orientação autorizava a atuação em um momento pré-delinquência, a depender das probabilidades de envolvimento de crianças e adolescente, no futuro, com a criminalidade.

Os primeiros documentos produzidos pela atenção jurídica e médica acerca do diagnóstico da juventude apontavam a relação de criminalidade à precariedade material (Lyra, 2013, p. 20):

A essa característica somava-se outra, igualmente presente, que procurava associar tal contexto a uma defasagem civilizatória, um lapso moral que apartaria o jovem de dinâmicas coletivas sadias, repelidas em nome de suas convicções individuais deturpadas. Para explicar esse entrelaçamento, dois argumentos muito comuns costumavam ser mobilizados. O primeiro se referia à desestruturação da família. Nesse caso, o núcleo familiar seria desprovido de bases morais sólidas capazes de conduzir os jovens aos

valores tradicionais da sociedade. O abandono, a dissolução do casal, a falta de cuidado, a exploração, a violência ou o vício seriam alguns fatores alegados como prova dessa situação lastimável.

Lyra apresenta a descrição produzida por João Bonumá (1913, p. 47), juiz e ex-delegado de polícia, apresentada em sua obra “*Menores abandonados e criminosos*”, sobre as razões do envolvimento de adolescentes com a violência/criminalidade:

Uma das causas do aumento espantoso da criminalidade nos grandes centros urbanos é a corrupção da infância que, balda de educação e de cuidados por parte da família e da sociedade, é recrutada para as fileiras do exército do mal (BONUMÁ, 1913, p. 47, *apud* LYRA, 2013, p. 20)

Outros indicativos apontados por Lyra (2013) versam sobre a constatação, na primeira década do século XX, que as precariedades materiais e degradação ambiental eram tidas como fomentadoras da prática criminosa juvenil, influenciada pela Escola Positivista¹⁷ (científico criminológica), pois a ausência de regulação familiar, moral ou legal eram elementos sedutores para o caminho da *vida fácil*.

O autor exemplifica o apontamento a partir do trecho de “*O banditismo e associações para delinquir (especialmente no Brasil)*” do jurista Chaves de Gusmão, publicado em 1914:

[...] meninos e rapazes, intitulados pivetes, cuja aprendizagem no crime se faz. Assim desde a mais tenra idade, em época em que a maleabilidade de um intelecto, já de si malformado, é capaz de a tudo se adaptar: são os futuros príncipes da criminalidade associativa (CHAVES DE GUSMÃO, 1914, *apud* LYRA, 2013, p. 21)

A delinquência, amparada nos fundamentos de fragilidade moral e material, associada ao aparato das ciências médica, iria orientar as mobilizações para a produção legislativa relacionada ao *menor*.

Os primeiros debates acerca de uma atuação diferenciada e protetiva¹⁸ ocorreram simultaneamente ao movimento internacional, sendo que o primeiro evento a abarcar a

¹⁷ A Escola Positiva científico-criminológica, reativa à Escola Clássica, em razão, entre outros vários fatores, da crise do programa clássico no combate à criminalidade (com o declínio do jusnaturalismo) e predomínio de uma concepção positivista da Ciência, com influência de Darwin e Spencer, deslocou o plano da razão na observação do fenômeno criminológico para o plano da *realidade*, sendo inaugurada pelo “*O homem delinquente*”, de Cesare Lombroso (que identifica as causas do crime no próprio criminoso – determinismo orgânico) e Enrico Ferri, que deu origem a Sociologia Criminal, cujo ramo biossociológico, que congrega a investigação acerca das causas do crime em circunstâncias individuais (orgânicas e psíquicas) e ambientais físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social), justifica a defesa preventiva e repressiva da criminalidade (ANDRADE, 1997).

¹⁸ Nos Estados Unidos da América os debates acerca da proteção da infância estavam mais adiantados que na América Latina, em muito se atribui o vanguardismo à história de Mary Ellen Wilson, nascida em 1864, foi entregue à criação para sucessivas famílias após a morte de seu pai e a impossibilidade da mãe em criá-la sozinha. Uma de suas cuidadoras, com quem viveu por anos, perpetrava inúmeros castigos físicos e tratamento

temática nos Estados americanos foi realizado na Argentina, em julho de 1916, denominado “*Primer Congreso Americano del Niño*”, e contou com a presença de representantes de 13 países, tendo como decorrência a promulgação, neste país, da Lei n° 10.903 em 1919, denominada *Ley Agote*¹⁹.

O “*Segundo Congreso Americano del Niño*” foi realizado em 1919, Montevidéu, Uruguai, e o *Terceiro Congreso Americano da Criança* teve por sede a cidade do Rio de Janeiro, realizado, concomitantemente, com o Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, no ano de 1922. Os debates fomentaram tanto a criação do Juízo de Menores, em 1923, como a promulgação do Código de Menores de 1927.

Em 1924 a Liga das Nações incorporou os ditames formulados pela *International Union for Child Welfare* (organização não governamental), transformando-os na primeira Declaração dos Direitos da Criança. Seu conteúdo consistia em:

1. a criança tem o direito de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente; 2. a criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança retardada deve ser encorajada; o órfão e o abandonado devem ser abrigados e protegidos; 3. a criança deve ser preparada para ganhar sua vida e deve ser protegida contra todo tipo de exploração; 4. a criança deve ser educada dentro do sentimento de que suas melhores qualidades devem ser postas a serviço de seus irmãos.

O Juízo de Menores no Brasil foi criado em 1923 pelo Decreto n° 16272 de 20 de dezembro, nos seguintes termos: “*art. 37É creado no Districto Federal um Juizo de Menores, para assistencia, protecção, defesa, processo e julgamento dos menores abandonados e delinquentes*”, entretanto, tal decreto não tinha por objeto somente a criação da estrutura especializada no âmbito judicial, tratando, ainda, da criação do Conselho de Assistência e Proteção aos Menores, (art. 91), além de apontar diretrizes acerca “*da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes*”.

Com o escopo de submeter “*o menor, de qualquer sexo, abandonado ou delinquente*”, pela autoridade competente, às medidas de assistência e proteção, traçou a definição acerca dos termos: “*menores abandonados*²⁰” (Art. 2°), *vadios*²¹ (Art. 2°, § 2°),

cruel e degradante à menina, com então 10 anos. Apesar do Estado de Nova York contar com leis que permitiam a remoção de crianças em razão de maus tratos, as autoridades estavam relutantes em prosseguir com as denúncias efetuadas por populares. O caso foi apresentado à Corte por Henry Bergh, responsável por uma associação de proteção aos animais. (LAZORITZ, 2005).

¹⁹ O projeto de lei, que culminou na primeira lei de proteção da infância da América Latina foi de autoria do Deputado Luis Agote (1968 – 1954) médico higienista portenho, o que demonstra a higiene como instrumento de ordenação social, fenômeno também ocorrido no Brasil.

²⁰Art. 2° Consideram-se abandonados os menores de 18 annos: I, que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desapparecidos ou desconhecidos, ou por não terem tutor, ou

*mendigos*²² (Art. 2º, § 3º), *libertinos*²³ (Art. 2º, § 4º) e *delinquentes*²⁴ (Art. 24), apontando as medidas a serem tomadas pelo poder público referentes a cada uma das situações.

Dentre as soluções para a condição do *menor* estavam elencadas desde a entrega à pessoa idônea ou aos pais até a medida de internação em hospitais, asilos, instituições educacionais, oficinas, escolas de preservação ou de reforma, além da previsão da suspensão ou perda do pátrio poder ou do poder de tutela.

O diploma legal, ainda, previa circunstâncias de atuação voltadas para maiores de 18 anos e menores de 21 que, sendo “*vadios, mendigos ou capoeiras*” poderiam ser internados, de 1 a 5 anos, em estabelecimentos correccionais (Colônias Correccionais).

O Código de Menores, denominado Código Mello Mattos²⁵ (Decreto nº 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927²⁶), consolidou as leis de assistência e proteção ao menor e, apontava, de maneira preliminar, os destinatários de suas regras legislativas:

pessoa sob cuja guarda vivam; II, que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III, que tenham pae, mãe ou tutor, ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para com o filho, ou pupillo, ou protegido; IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrários á moral e aos bons costumes; V, que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem; VI, que, devido á crueldade, exploração ou perversidade dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) victimas de mãos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis á saude; c) empregados em occupaçõesprohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude; d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem; VII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel: a) a mais de dousannos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como co-autor, cumplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

²¹Art. 2º, § 2º São *vadios os menores que, tendo deixado sem causa legitima o domicilio do pae, mãe, tutor, guarda, ou os logares onde se achavam collocados por aquelle a cuja autoridade estavam submettidos ou confiados, ou não tendo domicilio nem alguém por si, são encontrados habitualmente a vagar pelas ruas ou logradouros publicos, sem que tenham meio de vida regular, ou tirando seus recursos de occupação immoral ou prohibida.*

²²Art. 2º, § 3º São *mendigos os menores que habitualmente pedem esmola para si ou para outrem, ainda que este seja seu pae ou sua mãe, ou pedem donativo sob pretexto de venda ou offerecimento de objectos.*

²³Art. 2º, § 4º São *libertinos os menores que habitualmente: a) na via publica perseguem ou convidam companheiros ou transeuntes para a pratica de actos obscenos; b) se entregam á prostituição em seu proprio domicilio, ou vivem em casa de prostituta, ou frequentam casa de tolerancia, para praticar actos obscenos; c) forem encontrados em qualquer casa ou logar não destinado á prostituição, praticando actos obscenos com outrem; d) vivem da prostituição de outrem.*

²⁴Art. 24. *O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção[...]*

²⁵ José Candido de Albuquerque Mello da Mattos, nascido em 19 de março de 1864, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Recife, ocupou as funções de advogado criminalista, promotor de justiça e foi o primeiro Juiz de Menores do Brasil, nomeado em 02 de fevereiro de 1924, teve reconhecimento internacional atuando como Vice-presidente da Associação Internacional de Juizes de Menores, com sede em Bruxelas na Bélgica.

²⁶ BRASIL. Decreto nº 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Revogado pela Lei nº 6.697, de 1979.

Art. 1º O menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistencia e protecção contidas neste código.

Ainda que, adotando uma postura de segregação para correção, ambos diplomas foram considerados, à época, detentores de uma postura avançada, posto que, anteriormente ao primeiro Código de Menores (Decreto nº 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927) e ao Decreto nº 16272 de 20 de dezembro de 1923, não havia diretrizes legislativas sensíveis dirigida aos menores de 18 anos, transformando, nas lições de Méndez (1998), a fase do tratamento penal indiferenciado para em fase tutelar²⁷.

O Código Mello de Mattos previa o aporte dos profissionais de Medicina e Psicologia com vistas analisar a situação de irregularidade dos menores, “[...] *avaliando as condições em que eles viviam, de modo a definir seus predicados morais*” (LYRA, 2013, p. 21). Os diagnósticos apontavam, no mais das vezes, a pobreza como causa constante da situação degradante dos menores.

Os *menores*, sob a ótica apresentada, consistiam em objeto de tutela do Código, em categoria diferenciada das denominadas crianças, em razão de situados dentro dos limites da exclusão, ou seja, em situação irregular, cujas características são apresentadas por Saliba (2006):

[...] a divisão da categoria infância em criança-adolescente e menores, sendo os menores entendidos como os excluídos da escola, de saúde e da família; a criminalização da pobreza, tendo como consequência as internações como privações de liberdade, pelo motivo de carência de recursos materiais e financeiros; não observância dos princípios básicos de direito e até mesmo constitucionais; tendências a patologizar as situações de natureza estrutural e econômicas; extrema centralização de poder na figura do “juiz de menores”, possibilitando um poder discricional; considerar a infância como objeto de proteção. (p.24)

A estrutura do Código de Menores indicava medidas para que “[...] *o menor em perigo ou desajustado*” fosse submetido “[...] *à observação dele próprio e do seu seio familiar*” (CARVALHO, apud ROMÃO, 2016, p. 53), mantendo-o sob uma certa vigília, a qual relaciona-se com Foucault:

²⁷ Emílio Garcia Méndez divide o tratamento destinado à infância e juventude em três períodos: 1) Tratamento penal indiferenciado (até o século XIX), onde não havia diferenciação entre criança, adolescente e adultos na atuação frente ao envolvimento com os delitos; 2) Tutelar (final do século XIX até meados do século XX), atuação estatal voltada aos menores em situação irregular efetuada pelos juízes de menores que atuavam de ofício, 3) Doutrina da Proteção Integral, que apresentou como marco inicial a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, destinando tratamento à infância e juventude compreendendo-os enquanto sujeitos e não como objeto de intervenção estatal.

Toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control, no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer (FOUCAULT, 1996, p. 87).

Em que pese o Código Mello Matos tenha vigorado durante 52 anos, sendo substituído somente em 1979 pelo Código de Menores, (Lei n° 6.697 de 10 de outubro de 1979), em 1943 foi nomeada uma comissão para sua revisão, em decorrência da necessidade de adequá-lo às mudanças legislativas promovidas pelo Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n° 2848 de 07 de dezembro de 1940), e, ainda, as modificações engendradas pelo Decreto-lei n° 3799 de 5 de novembro de 1941, que criou o Serviço de Assistência aos Menores (SAM).

No que diz respeito à criança e ao adolescente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, “*documento de compromisso entre o liberalismo e intervencionismo*” (SILVA, 2010, p. 82) pontuou a orientação constante no art. 121, que proibia o trabalho aos menores de 14 anos, o trabalho noturno aos menores de 16 e os insalubres aos menores de 18 anos.

Além da proteção ao trabalho, a Constituição de 1934 previa a proteção à maternidade e à infância, fixando tal mister aos três entes federativos, que fixariam 1% das respectivas rendas tributárias com vistas à efetivação da proteção²⁸.

A proteção ao *menor*, foi alçada a mandamento constitucional, nos seguintes termos:

Art 138. Incumbe á União, aos Estados e aos Municipios, nos termos das leis respectivas: e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono physico, moral e intellectual;

No entanto, a Lei Maior de 1934, a que menor tempo durou na história constitucional brasileira, foi substituída pela outorgada Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, por Getúlio Vargas.

A Polaca, epíteto da semântica Constituição Federal de 1937, reproduziu o mandamento de proteção ao trabalho esculpido na Carta anterior, alocando-o no art. 137, entretanto, este foi suspenso pelo Decreto n° 10.358 de 31 de agosto de 1942, que declarou estado de guerra em todo o território nacional.

Em seu art. 15, a Constituição outorgada prescrevia como competência privativa da União fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a

²⁸Art 138. Incumbe á União, aos Estados e aos Municipios, nos termos das leis respectivas: c) amparar a maternidade e a infancia; Art 141. É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo á maternidade e á infancia, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.

que deveria obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude²⁹, além de assinalar, no capítulo dos direitos e garantias, que a livre manifestação do pensamento estaria condicionada aos limites da lei, podendo esta prescrever “*medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, especialmente as destinadas à proteção da infância e da juventude*” (Art. 122, n 15, alínea b).

A Constituição varguista apregoou a infância e juventude como objetos de proteção, assegurando retoricamente o aporte assistencial para as famílias garantirem a subsistência da prole, somado ao indicativo de instituições públicas de ensino³⁰, contudo, para tais mandamentos, enquadra-se o aspecto traçado por José Afonso da Silva: “*A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta*”. (2010, p. 83)

No Estado Novo, paternalista, em decorrência de “*inúmeras denúncias sobre as péssimas condições de acolhimento aos menores*” (Lyra, 2013, p. 22) foi criado o Serviço de Assistência a Menores, SAM, em 1941, que tinha por finalidade (Art. 2º, Decreto Lei 3.799/41):

- a) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares;
- b) proceder à investigação social e ao exame médico-psicopedagógico dos menores desvalidos e delinquentes;
- c) abrigar os menores, á disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal; recolher os menores em estabelecimentos adequados, afim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento;
- d) estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para a orientação dos poderes públicos;
- e) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

²⁹Faz parte deste contexto as publicações ditas educacionais “*Getúlio Vargas para crianças*” (BARROSO, Alfredo. *Getúlio Vargas para crianças*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Infantis, 1942) e “*Getúlio Vargas amigo das crianças*” (DEPARTAMENTO DE IMPRENSA E PROPAGANDA. *Getúlio Vargas o amigo das crianças*. Rio de Janeiro, 1940) cujo objetivo era trazer para a escola valores coadunantes com os objetivos do Estado Novo.

³⁰Art 127 - *A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.*

Art 129 - *A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.*

No entanto, a criação do SAM, associado à Legião Brasileira de Assistência³¹, refletiu o paternalismo, populismo e clientelismo³² característicos dos anos Vargas, gerando conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, tal qual aponta Patrice Schuch:

O trabalho do SAM não apenas acentuou os conflitos de autoridade acerca do internamento de crianças e adolescentes, efetivados entre o poder executivo e o poder judiciário, mas também viabilizou uma série de denúncias de descontrole administrativo, clientelismo e más condições de vida dos jovens internos nos aparatos de internamento. (SCHUCH, 2009, p. 114)

Lyra (2013) descreve que, embora criado com base em denúncias acerca das péssimas condições de internações de crianças e adolescentes e propondo a substituir o sistema de repressão pela *assistência e proteção*, o SAM continuou a seguir as premissas sobre pobreza e moral, família e ambiente degradado e focos de contágio social que orientaram a atuação estatal no início do século XX.

Esta ótica passou a perder forças a partir do realinhamento democrático no âmbito interno e nas novas discussões acerca da necessidade de defesa dos direitos da infância em um aspecto internacional.

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, foi declarada como obrigatória a assistência à maternidade, infância e adolescência³³, somada à orientação de amparo de famílias com prole numerosa. Também houve a retomada de proibição do trabalho aos menores de 14 anos, somados a vedação de trabalho insalubre e noturno aos menores de 18, admitidas exceções desde que apreciadas pelo juiz competente³⁴.

Com a promulgação do Código Pan-americano da Criança, no ano de 1948, mesmo ano de proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o paradigma de mecanismo estatal do bem-estar assistencialista da

³¹ A Legião Brasileira de Assistência foi criada em 1942 por Darcy Vargas, primeira-dama, e extinta em 1995.

³²Schuch aponta: “Rizzini e Rizzini (2004) trazem o ponto de vista de Nogueira Filho, diretor do SAM até 1956 – ano em que se demitiu da instituição – sobre o problema da disputa de vagas. Segundo Nogueira Filho, as improbidades administrativas, a corrupção e o clientelismo faziam com que fossem internados ‘falsos desvalidos’ (filhos de famílias que tinham recursos, os quais eram internados nos melhores educandários do SAM), em vez dos ‘autênticos desvalidos’ (aqueles sem responsáveis pelas suas vidas)”. (RIZZINI e RIZZINI, apud SCHUCH, 2009, p. 114)

³³Art. 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

³⁴Art. 157, IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;

criança passou, lentamente, a ser enfrentado pela necessidade de realocação da infância e adolescência enquanto sujeitos de direitos.

A promulgação do Código Pan-Americano da Criança cristalizou a mudança de abordagem, passando da ênfase nos esforços de reforma conduzida eminentemente pelo Estado, para uma relevância de programas diversos de ajuda às famílias, no intuito de que estas conduzissem suas próprias estratégias de sobrevivência (SCHUCH, 2005, p.62).

A renovada perspectiva, entretanto, sofreu uma ruptura de avanço em razão do golpe militar que acometeu o país no ano de 1964. A tomada de poder pelos militares significou a supressão de direitos fundamentais consagrados internacionalmente, reconfigurando o Estado brasileiro a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada em 1967, que “*preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional*” (SILVA, 2010, p. 87), gerando consequências à infância, uma vez que com a militarização, o homem e seus direitos são relegados a segundo plano, figurando a segurança nacional como único bem jurídico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 361).

A Constituição de 1967 previa, de maneira discreta, uma única destinação de direito aos petizes, em seu art. 167, § 4º, prevendo a instituição de assistência à maternidade, à infância e adolescência, também retrocedendo na proteção em relação ao trabalho, posto que baixou a idade de proibição dos 14 para os 12 anos³⁵.

No mesmo ano, a Lei nº 5.258, de 10 de abril de 1967 (“*Dispõe sobre medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais e dá outras providências*”), instituiu a aplicação da medida de internação calcada na pena descrita no Código Penal, cumprindo, o indivíduo entre 14 e 18 anos, por prazo não inferior a dois terços do mínimo e nem superior a dois terços do máximo da pena constante no preceito secundário do tipo penal atacado. A sistemática foi revogada após pouco mais de um ano de vigência, pela Lei 5.439 de 22 de maio de 1968, que vinculou o período de internação à análise de periculosidade do adolescente.

No que diz respeito à assistência, em substituição ao Serviço de Assistência o Menor – SAM, foi criada a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (Funabem)³⁶, (Decreto nº 4.5132, de 1º de dezembro de 1964) já no primeiro ano do golpe. No entanto, a nova estrutura não eximiu as velhas práticas. Os internatos com melhores condições eram destinados a

³⁵Art. 167, X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;

³⁶Art. 5º A fundação Nacional do Bem estar do Menor tem como objetivo formular e implantar a política nacional do bem estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política. Parágrafo único: As atribuições do atual Serviço de Assistência a menores passam à competência a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

membros de famílias “*providos da gazua do pistolão*” (SCHUCH, 2009, p. 121), os demais, abrigavam a infância e juventude pobre.³⁷

Em meio às tensões entre a repressão militar e a mobilização social, o Juízo de Menores ampliou seu objeto de atuação, atingindo uma camada da população bastante distinta dos até então tutelados pelo Código Mello de Mattos: jovens militantes do movimento estudantil, geralmente oriundos das camadas médias da população, que dividiram as atenções do aparelho repressor com os *menores desvalidos* (abandonados e delinquentes). Surge uma nova categorização: os subversivos.

Rosana Ulhôa Botelho (2001) aponta o malsonante movimento dos magistrados, reunidos no Terceiro encontro de Juízes de Menores, realizado entre 7 e 13 de outubro de 1968, em Brasília, onde debateram acerca da perigosa revolução cultural (que trazia “*danos morais*” aos jovens), mas se calaram sobre a violência de Estado e o arbítrio vigente³⁸.

Exatamente no mesmo final de semana, 920 jovens foram presos, simultaneamente, em razão da participação no Congresso da União Nacional dos Estudantes – UNE (POERNER, 2004, p. 273), realizado em Ibiúna, interior de São Paulo.

Acerca desta dissintonia, Botelho narra:

Assim, em 1968, ano que emblemizou a “insurgência juvenil”, os Juízes de Menores se reuniram em Brasília no seu III Encontro Nacional. E, num momento de intensa agitação estudantil, em que mesmo os secundaristas (menores, portanto) eram trancafiados nos porões da repressão, os juízes se alongavam em infundáveis discussões em torno de um projeto de Código de Menores que focalizava sobremaneira a questão dos adolescentes em “perigo moral”, reforçando o poder dos juízes de menores para intervir nos bares, casas noturnas e publicações. (2001, p. 9)

O regime militar, então, traçou uma nova estratégia, alinhando a “*questão do menor*” aos parâmetros da ideologia de segurança nacional, descrito o método por Lyra:

Para de isso, tornou o “menor” objeto de “interesse nacional” e incentivou a pesquisa de novos métodos e técnicas que tinham a missão de reelaborar os princípios norteadores da reintegração do jovem na família e na comunidade. Apesar disso, o “problema do menor”, colocado pela nova política nacional,

³⁷Patrice Schuch apresenta pesquisa realizada no internato Escola de Aprendizagem de Manaus, indicando que, dos 350 internados, 98 declaravam que o almoço era determinante para prosseguirem no local. Ainda, de acordo com o Juízo Tutelar de Manaus, em seus primeiros seis meses de atuação, foram apreendidas 646 crianças, em sua maioria mestiços, analfabetos, com mais de 10 anos de idade, muitas vezes classificados como desocupados (2009, p. 115).

³⁸A título de exemplo das vítimas da ditadura está Ismael Silva de Jesus, dirigente da União Brasileira de Estudantes Secundaristas, que desapareceu em abril de 1970, com apenas 15 anos. Em 1972, foi emitido laudo necroscópico indicando que Ismael teria cometido suicídio no 42º Batalhão de Infantaria Motorizada de Goiás. (MIRANDA, 1999).

tinha uma ideologia bem clara: decorria de uma absorção deficiente de valores morais da sociedade pelo jovem, sobretudo os valores do trabalho, constituindo, portanto, objeto de “reeducação” para a sua futura reintegração no mercado e no mundo social. O que se encontrava implícito nessa premissa, porém, era a imagem de uma juventude que representava tanto um problema à ordem quanto à propriedade, objeto de um “interesse nacional” que, ao fim e ao cabo, não representava mais que um interesse no seu controle. (2013, p. 23)

Assaz, portanto, nesta altura, a leitura de Foucault, efetuada por Saliba (2006) no que diz respeito ao câmbio da estratégia de controle e organização social voltada à infância e juventude: a necessidade da construção do indivíduo integrado à sociedade capitalista contemporânea.

O surgimento da denominada marginalidade urbana brasileira, numa análise interpretativa histórico cultural, apresentada por Schneider (1987) ocorreu no pós Segunda Guerra, a partir da soma dos fatores de modernização do setor agrícola, que produziu a migração para as cidades, a baixa capacidade de absorção da força de trabalho e a taxa de incremento demográfico que conduziram a uma significativa gama de indivíduos passíveis de atividades tão somente de subsistência.

Atribuindo o desenvolvimento tardio e industrialização excludente como condições de surgimento dos marginalizados, a autora descreve o contexto da marginalidade como situação social:

A marginalidade é, pois, caracterizada com relação à estrutura ocupacional. A própria estrutura econômica e social condiciona a existência de “ocupações” marginais. Nestes termos, pode-se considerar a marginalidade como resultado das tendências que assume o modo de produção de uma economia dependente e monopolista. (SCHNEIDER, 1987, p. 23)

Segundo Schneider, em um primeiro momento o contexto marginal surge da lógica espacial urbana, tendo em vista a aglutinação das populações nos entornos das cidades, no entanto, esse contexto foi ampliando para além das questões ecológicas, não somente em razão das populações ditas marginais também se alocarem em partes urbanas centrais degradadas, mas devida a observação de que a privação não se consubstanciava em suas moradias, apenas, e sim no contexto das condições socioeconômicas e culturais.

A escassez de serviços urbanos, as más condições sanitárias, o baixo nível de renda, a baixa qualificação profissional, o subemprego, o desemprego, a anomia, a desorganização familiar e a falta de participação social, entre muitos outros traços adotados para caracterizar a pobreza, foram associados

à precariedade habitacional das populações marginais (SCHNEIDER, 1987, p. 26).

Tais fatores, que pontuam esta população como de pequeno custo urbano, geram, por consequência, um baixo custo de reprodução da força de trabalho, cujos *menores* não adequados naturalmente a compor suas fileiras, em razão do abandono moral ou da delinquência, deveriam ser reconduzidos pelo Estado tutelar, sendo preparados para ocupações instáveis, precárias ou mal remuneradas, ou mesmo o “exército industrial de reserva”³⁹ (MARX, 1989). Para a submissão do indivíduo a estas condições, o controle estatal teve por estratégia a vigília e institucionalização visando disciplinar os *menores marginais desviados*.

Foucault aponta, em *Vigiar e Punir*, uma humanização ilusória dos castigos, a substituição do poder punitivo pela estratégia do controle, e a atuação invisível deste:

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura liga-las para multiplica-las e utiliza-las num todo[...] A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente [...] O poder judiciário não escapará a essa invasão, mal secreta. (FOUCAULT, 1997, p.143)

A estratégia de vigília, utilizando-se da família⁴⁰, escola ou instituições de internação pautaram a elaboração do Código de Menores de 1979 (Ano Internacional da Criança), Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979, apesar de, no plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, ter adotado a

³⁹ Marx, ao tecer a crítica da economia política aponta o exército industrial de reserva como sendo o excedente de trabalhadores, produto da redução dos postos de trabalho pela tecnologia, modernização do setor industrial face aos aglomerados humanos. O fenômeno é vital ao capitalismo por cumprir dupla função: servir ao capital quando em movimento de expansão e fator de redução dos salários dos que estão trabalhando (MARX, 1989).

⁴⁰“Primeiro aparelho normalizador em ação na vida do indivíduo, e que irá acompanhá-lo durante toda a infância e adolescência” (SALIBA, 2006, p. 97)

Doutrina de Proteção Integral⁴¹, persistindo, no entanto, no plano interno, a postura assistencialista e repressora⁴².

Tal instituto jurídico delimitou como seus destinatários os menores até 18 anos, em situação irregular, conforme constante em seu art. 2º:

Art. 2º. 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 em 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 [...]

O Código de Menores de 1979 previa, ainda, a medida de internação destinada aos menores com *desvio de conduta* ou autores de infração penal, o que demonstrava sua orientação tão somente ao controle social, longe de assegurar direitos às crianças e adolescentes, conforme aponta Wilson Donizeti Liberati:

O código revogado não passava de um Código Penal do ‘Menor’, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas de medida de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos (LIBERATI, 2010, p. 15).

O Código de Menores, substituiu os abandonados e delinquentes pelo que nominou menores em situação irregular, “*categoria com referências explícitas à ideia de patologia social, com referências a uma falta de proteção familiar ou a famílias com dinâmicas não-*

⁴¹ A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, apenas foi ratificada pelo Brasil no ano de 1990, pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, posteriormente, inclusive, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴² Aqueles que não se “*submetiam*” ao sistema de vigilância, não alcançando, portanto, a utilidade e a docilidade, estariam destinados a alcançar a maioria no sistema de internação, quando, então, poderiam ser absorvidos pelo sistema criminal.

hegemônicas de educação filial” (SCHUCH, 2009, p. 121), o que seria um reaquecimento das teorias higienistas do início do século XX.

A denominada situação irregular demonstrou-se nada mais que o coletivo das situações estigmatizantes da infância e juventude, autorizatórias da atuação discricionária do Juiz de Menores, aglutinando “*delinquentes, vítimas e pobres*” com aqueles que apresentavam “*desvio de conduta*” ou que estavam sob “*perigo moral*”.

A situação irregular teve fim, em seu aspecto conceitual, com o intenso movimento pela redemocratização do país, que ocorreu a partir de aspectos-jurídicos formais, sendo que, a denominada República Nova, sob o prisma político-eleitoral, foi marcada pela eleição de José Sarney (de maneira indireta) à presidência da República.⁴³

Através das mobilizações em prol da instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte, passaram também a compor as reivindicações uma nova movimentação acerca dos direitos da infância e juventude. A chamada “*situação constituinte*”⁴⁴ é descrita na obra de Zulmar Fachin, conforme apresenta-se:

Milhares de pessoas, espontaneamente, saíram às ruas e encheram as praças, reivindicando a realização de eleições diretas em todos os níveis, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a elaboração de uma nova Constituição e o retorno ao regime democrático. Percebe-se a força do povo, quando este, efetivamente, deseja realizar mudanças (2013, p. 97).

Tal aspecto abarcou também organizações da sociedade civil que militavam em prol da transmutação da visão *menorista* para a proteção integral da infância e juventude. A participação efetiva da população na formulação da diretriz constitucional para a área traduz claramente o conceito de legitimidade democrática apontado por Rothenburg:

A Constituição deve originar-se de uma reivindicação popular, formar-se num processo aberto (participativo) e manter-se em permanente sintonia com as expectativas do povo (2010, p. 35).

⁴³ A proposta de Emenda à Constituição Dante de Oliveira previa a convocação de eleições diretas para presidente da República, que, em que pese ter tido um placar de 298 votos favoráveis e 65 contrários, não alcançou o quórum necessário para sua aprovação (22 votos faltantes). A chapa Tancredo Neves como candidato à presidência, com Jose Sarney (como vice disputou indiretamente, em eleições congressuais, obtendo vitória sobre Paulo Maluf. Tancredo faleceu antes da posse, o que autorizaria Ulysses Guimarães, Presidente da Câmara assumir, entretanto, em uma manobra e com a garantia dos militares, Sarney (que se desfilou do Arena após 20 anos, indo para o PMDB apenas seis dias antes do pleito), aliado de primeira hora da ditadura tornou-se o primeiro presidente da Nova República.

⁴⁴ (SILVA, 2008 *apud* FACHIN, 2013, p. 97.)

Assim sucedeu. Em 1988, aglutinando organizações ligadas aos direitos infanto-juvenis, foi criado o Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua), que articularam as campanhas “*Criança Constituinte*” e “*Criança – Prioridade Nacional*”, que mobilizaram o encaminhamento de emendas populares⁴⁵, sendo aprovadas pela Assembleia Nacional Constituinte, passando a compor o corpo da Constituição em seu art. 227, caput, abaixo reproduzido:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁴⁶.

Vale ressaltar que, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira houve a destinação de um capítulo direcionado a infância e juventude, emancipando-os e alocando-os em condição de sujeitos de direitos, destinatários da proteção integral, com “*a migração do paradigma positivista-discricionário para o humanitário*” (ROSA, 2011, p. XXXI).

A Doutrina da Proteção Integral, incorporada ao ordenamento pátrio em seu topo hierárquico, rompeu formalmente com a orientação da doutrina da situação irregular, sendo regulamentada pela Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto, assim como o movimento de transição para o regime democrático, que não se deu por uma abrupta ruptura, mas sim num lento matizar, o tratamento da infância e juventude, via situação irregular, não foi, ainda, eliminado totalmente da práxis estatal brasileira.

1.1 Declaração da proteção integral

⁴⁵ A Comissão Nacional Criança e Constituinte colheu, ao longo de 10 meses, 1 milhão e duzentas mil assinaturas na Emenda Popular que originou o artigo 227 da Constituição Federal, acerca de tal campanha Afonso Arinos, Presidente e Subscritor da emenda, pronuncia: “*Trata-se de uma campanha que procurou gerar mais consciência social sobre a criança e mais compromisso político com a infância e juventude*” (Emenda PE00001-6/ Emenda 1PO7265-4) (BRASIL, 1987).

⁴⁶ A Emenda Constitucional n° 65 de 2010 incluiu no rol o jovem.

Preambularmente, no que diz respeito à atual orientação principiológica acerca do direito da infância e adolescência, cabe uma reflexão terminológica. Opta-se pelo termo declaração, em detrimento de doutrina. Em que pese consolidada a denominação “Doutrina” da Proteção Integral, há que se fazer uma breve crítica emblemática ao termo consignado.

O termo Doutrina, em sua multiplicidade de acepções, é apresentado por Binetti como oriundo etimologicamente do latim *doctrina*, cuja origem *doceo*, significa ensino. Este prossegue discorrendo:

Ao longo do tempo perdeu-se como significado primário aquele relativo ao ensino e ao termo firmou-se, cada vez mais, como indicador de um conjunto de teorias, noções e princípios, coordenados entre eles organicamente, que constituem o fundamento de uma ciência, de uma filosofia, de uma religião, etc, ou então, que são relativos a um determinado problema e, portanto, passíveis de ser ensinados. (BINETTI, 1997, p. 382)

Para além da questão de relacionar-se, mais comumente, a uma religião (com seus elementos dogmáticos e morais) (*Op. cit.* 382), a inadequação do uso do termo doutrina revela-se em razão de estar pautada em teorias.

Japiassu e Marcondes delimitam teoria, nos seguintes termos:

Teoria (fr. *théorie*, do lat. e do gr. *theoria*) 1. Na acepção clássica da filosofia grega, conhecimento especulativo, abstrato, puro, que se afasta do mundo da experiência concreta, sensível. Saber puro. Sem preocupação *prática. 2. *Modelo explicativo de um fenômeno ou conjunto de fenômenos que pretende estabelecer a verdade sobre esses fenômenos. Determinar sua natureza. Conjunto de hipóteses sistematicamente organizadas que pretende, através de sua verificação, confirmação, ou correção, explicar uma realidade determinada. (2011, p. 183)

Admitir-se o uso do termo doutrina, eis que baseado em teoria, poderia levar a crer em hipóteses⁴⁷, podendo estas culminarem ou não em uma realidade, afirmando-a ou negando-a. Ademais, a proteção integral da infância e juventude, mesmo se tratando de condição inerente a estes indivíduos, não compõe, ainda, a realidade em que estes estão inseridos.

A opção por Declaração em detrimento de doutrina diz respeito à essência da proteção integral, que pode ser verificada como a declaração de que toda criança e todo adolescente, tidos como grupo total - não mais se admitindo outras categorizações como por exemplo: *menor* - são sujeitos de direitos, e, além disso, a atuação do ordenamento jurídico em torno destes se orienta sob a égide dos direitos fundamentais, e não mais de maneira

⁴⁷ Hipótese aqui no sentido de suposição, algo que pode, ou não, ser verossímil.

segmentada e sectarizada, (repressiva e assistencial) voltada tão somente aos que se encontram em situação de extremo risco social.

Há muito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1959⁴⁸, havia proclamado, em seu artigo 6º, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. Este reconhecimento pressupõe, portanto, que tal condição não subiste em razão da lei, mas sim independente dela, sentido confirmado por Comparato (1999, p. 30): “*a dignidade do ser humano, fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer, de todo o direito positivo*”.

Nesta análise, o fato da criança e do adolescente transmutarem, no ordenamento jurídico pátrio, de objeto para sujeitos tão somente com o advento da Constituição Federal de 1988, não significa que estes foram alavancados, ou promovidos, mas sim proclamados, utilizando-se, aqui, analogicamente, a consideração pontuada por Brega Filho acerca justamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

O termo proclamou é bem expressivo e resultou da vontade de evidenciar que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana. Não houve concessão ou reconhecimento de direitos, mas a proclamação deles, revelando que a sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade (BREGA FILHO, 2002, p. 17).

Ora, se a criança e o adolescente deixaram de ser encarados pelo Estado brasileiro enquanto objetos, sendo adequados à sua condição inerente de sujeitos de direitos (“*não-pessoas*” – “*pessoas*”), e tal fato nada mais é que o próprio sentido principiológico da proteção integral, essa não pode ser considerada enquanto uma doutrina, mas sim, como declaração promulgada, validando, portanto, a adoção da terminologia *Declaração da Proteção Integral*, que teria, por se tratar de direitos humanos, caráter irrevogável, sendo vedado seu retrocesso.

O que houve foi o ajuste do direito formal e não a modificação da categoria dos indivíduos na fase da infância ou adolescência, anteriormente vislumbrados como uma

⁴⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: *PREÂMBULO. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo[...]* Artigo 6. *Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.*

espécie de *displaced persons*⁴⁹ etários, aos quais não era garantido direito algum, o que se identifica, de maneira assemelhada, à reflexão de Hannah Arendt:

A melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. Se um pequeno furto pode melhor a sua posição legal, pelo menos temporariamente, podemos estar certos de que foi destituída dos direitos humanos. Pois o crime passa a ser, então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que seja reconhecida como exceção à norma (2012, p. 249).

Desta feita, na condição de não sujeitos, o melhor, para uma imensa gama de crianças e adolescentes submetidos a doutrina⁵⁰ da situação irregular, ainda sim, consistia na categorização enquanto “abandonados ou delinquentes”, significando, com isso, um certo reconhecimento de sua existência⁵¹.

Esta ótica *menorista* denominada “*doutrina da situação irregular*” teve extinção formal com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, em seu art. 227, traçando a mudança paradigmática que inaugurou, no Estado brasileiro, a Proteção Integral.

Considerando essa linha de análise, a mera substituição de uma doutrina por outra, retiraria a força do avanço emancipatório, remetendo o tratamento da criança e do adolescente a meros câmbios retóricos, conforme adverte Moraes da Rosa no que diz respeito à

⁴⁹ Hannah Arendt conceitua: “A expressão *displaced persons* [pessoas deslocadas] foi inventada durante a guerra com a finalidade única de liquidar o problema dos apátridas de uma vez por todas, por meio do simplório expediente de ignorar sua existência” (ARENDDT, 2012, p. 245). Procurou-se, ao associar os denominados *displaced persons* a questão da infância e adolescência em razão da similaridade entre a existência ignorada dos primeiros com o não reconhecimento enquanto sujeitos destes últimos.

⁵⁰ Poder-se-ia optar pelo uso do termo Paradigma da Proteção Integral, no sentido trazido por Kuhn: “*Na ausência de um paradigma ou de algum candidato a paradigma, todos os fatos que possivelmente são pertinentes ao desenvolvimento de determinada ciência têm a probabilidade de parecerem igualmente relevantes*”. (KUHN, 1998, p. 35). Assim, a presença de um paradigma de consagração da infância e juventude enquanto sujeitos de direitos estaria apta a eliminar uma posição contrária a esta, sendo que, para o autor, ao se traçar um paradigma, as divergências seriam eliminadas, não havendo mais a possibilidade de outras interpretações para o mesmo fenômeno, transposto ao campo das ciências sociais e humanas por Edgar Morin (2002). No entanto, um paradigma pode ser cambiável, pode sofrer uma quebra, distintamente do que procurou-se demonstrar com a adoção por Declaração da Proteção Integral.

⁵¹ Tal situação é constatável, por exemplo, a partir da leitura de Vera Malaguti Batista, ao discorrer acerca dos “*Novos excluídos na ordem republicana [...] A figura da mãe no Brasil se decomporia em duas: a de uma mãe biológica, a cujo corpo não se tem acesso mas que é socialmente reconhecida, e a de uma mãe preta à qual se tem acesso, mas que não é socialmente reconhecida. Se as amas-de-leite, as mães pretas, e as babás ofereceram seus corpos e seu leite para os filhos da elite, o que teria acontecido com os filhos das amas-de-leite? Estes foram sempre um estorvo, no mundo escravo e no pós-emancipação, povoando rodas de expostos, vagando pelas cidades, realizando pequenos biscates*”. Segue descrevendo a atividade de “*soldada*”, a qual “*uma família tomava sob sua responsabilidade jovens com idade entre 12 e 18 anos, comprometendo-se a vesti-la, calçá-la, alimentá-la e depositar mensalmente em caderneta da Caixa Econômica Federal quantias que variavam entre 5 a 10 mil réis*”. O tratamento pelas famílias era tão brutal, com toda sorte de abusos descritos pela autora, que não raramente para as “*soldadas*” a institucionalização se apresentava como melhor alternativa (BATISTA, 2003 p. 65,66,67).

transmutação destes de objetos à sujeitos: *“Parece, no entanto, que esta também será a primeira e emblemática metáfora de todo o arsenal linguístico construído com o uso de metáforas e eufemismos e que terá lugar na reforma legislativa a partir da Constituição da República de 1988”* (ROSA, 2011, p. XX).

Identificando a consignação de Marilena Chauí (1989, p. 20) que *“as declarações de direitos ocorrem nos momentos de profunda transformação social, quando os sujeitos sociais têm consciência de que estão criando uma sociedade nova ou defendendo a sociedade existente contra a ameaça de extinção”* no movimento que precedeu a Assembleia Nacional Constituinte^{52,53}, a realidade brasileira apresentava os seguintes dados:

Além da proteção, a situação nacional ensejava que à infância e à juventude fossem dadas prioridade, pois no quadro social à época constatava-se que só no ano de 1986 tinham morrido, por doenças evitáveis, quatrocentas mil crianças até 5 anos de idade, além de sete milhões viverem nas ruas e praças e oito milhões em idade escolar sem acesso à escola. (ROMÃO, 2016, p. 67)

Em que pese intensa mobilização ter garantido a condição de crianças e adolescentes como detentores de direitos fundamentais, e classificado tal garantia como tendo prioridade absoluta, uma das necessidades mais prementes após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi a elaboração de uma lei especial regulamentando o dispositivo constitucional, pautada na visão de universalidade.

Estavam, portanto, criadas as condições indicadas por Hannah Arendt:

A igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído a convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos (ARENDR, apud LAFER, 1988, p. 22)

Nestes moldes, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990, primando pela realização, em todos os aspectos, da orientação do princípio *mor* da dignidade humana da criança e do adolescente, alocando-os como sujeitos plenos de direitos, com especial atenção à sua condição peculiar de pessoas em

⁵² Segundo Romão, *“O lobby em favor dos direitos da criança e do adolescente foi o maior já surgido na Assembleia Nacional Constituinte”* (ROMÃO, 2016, p. 65).

⁵³ As mobilizações pelo direito da criança e do adolescente na Assembleia Nacional Constituinte contaram com intensa participação popular, tendo como protagonistas entidades como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que se aglutinaram no Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, por suas campanhas *“Criança Constituinte”* e *“Criança – Prioridade Nacional”*.

desenvolvimento. Em suma, “*A subjetividade que se estabelece aqui é a titularidade de direitos, em perspectiva emancipatória, fundada nos valores e Direitos Humanos*”. (RAMIDOFF, 2011, p. 22).

Lamenza pontua a Proteção integral nos seguintes termos:

A ratioessendi da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente reside, portanto, na necessidade de garantir a petizes e jovens todos os direitos fundamentais que lhe são inerentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, removendo-se todos os obstáculos que eventualmente surjam no caminho vital que estão a trilhar, mediante a adoção de medidas (nas órbitas comunitária, administrativa, judicial etc.) para a defesa intransigente de seus interesses. (2012, p. 8)

No mesmo norte, acerca da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, encontramos Digiácomo, conforme segue:

[...] reputa-se inadmissível que qualquer das disposições estatutárias seja interpretada – e muito menos aplicada – em prejuízo das crianças e/ou adolescentes que, em última análise, são destinatários da norma e da integral proteção por parte do Poder Público (inclusive do Poder Judiciário). (2013, 22).

Ramidoff aponta as linhas de compreensão da proteção integral dos interesses, direitos e garantias como:

[...] tudo aquilo que é fundamental e mais necessário para a promoção e defesa das liberdades públicas desses novos cidadãos (ação positiva e propositiva) ao mesmo tempo que se impede, dessa forma, todo e qualquer tipo de ameaça e violência atentatórias (ações negativas e limitativas) àquelas liberdades substanciais. (2011, p. 27)

Em suma, a Declaração da Proteção Integral representa a garantia a todas as crianças e adolescentes dos mesmos direitos fundamentais declarados aos adultos, no entanto, tal atenção deverá ser efetuada com observância ao princípio da prioridade absoluta, tendo por parâmetro a condição peculiar de desenvolvimento e a fixação do Estado como responsável primaz, não mais como agente normalizador, mas enquanto espaço e garantia para realização de direitos.

A infância e juventude pontuadas pela declaração da proteção integral com prioridade absoluta sequer necessitaria do Título II – Dos Direito Fundamentais presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente para a concretização da eficácia de seus direitos fundamentais, (uma vez que já indicados pela Constituição Federal), todavia, sua

promulgação, ao indicar a prioridade absoluta como sendo (art. 4º da Lei nº 8.099/90 – a) primazia em receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990), introduziu uma dupla via garantista, dotando tais direitos de uma espécie de ultrafundamentalidade, em razão de uma estratégia de nação.

Ainda assim, é verificável o status de constituição material ao Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme aponta a primeira parte do § 2º do art. 5º (CFFB): “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]*”. Recorrendo a Jose Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p.59), ao discorrer sobre direitos fundamentais sem expresse assento constitucional formal, ou seja, direitos fundamentais extraconstitucionais.

1.2 Histórico da inimputabilidade no Brasil

A imputabilidade, situação pessoal verificável para a censura, sob o aspecto da conduta e agir livre em relação ao entendimento e vontade, é tratado pelo sistema penal brasileiro de maneira negativa, indicando as situações onde o discernimento não se verifica. Imputabilidade “*é o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem o agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento*” (BRUNO, 1984, p.44).

O indivíduo que ainda não alcançou os 18 anos perfaz uma das hipóteses de exclusão da imputabilidade, em razão da imaturidade, conforme o art. 27 (Título III) do Código Penal pátrio (BRASIL, 1940).

A imputabilidade compõe a análise da culpabilidade, que adere, no conceito analítico de crime para a teoria tripartite (doutrina acatada majoritariamente no ordenamento pátrio⁵⁴), aos elementos da tipicidade e antijuridicidade, consubstanciando-se na relação do homem com o agir, trazendo uma verificação subjetiva, ou seja, o exame da “*capacidade do indivíduo de poder representar o valor antissocial de seu ato e fazer com que essa representação influa no processo de determinação de sua vontade*” (MINAHIM, 1989, p.63).

⁵⁴Cezar Bitencourt, Edgard Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Heleno Fragoso, Anibal Bruno, Frederico Marques, Nelson Hungria, Juarez Tavares, Guilherme Nucci, Paulo José da Costa Júnior, Luís Régis Prado, Rogério Greco, Fernando Galvão, João Mestieri, David Teixeira de Azevedo, entre outros.

No que diz respeito ao enquadramento da imputabilidade na análise da teoria do crime, arguta a proposta de reorientação metodológica apontada por Eliezer Gomes da Silva (2007), abalizando que o movimento finalista - que deslocou a análise da culpa e dolo do âmbito da culpabilidade para o campo do elemento subjetivo da conduta – deveria prosseguir com a (in)imputabilidade, eis que constitui-se, mais verdadeiramente, enquanto pressuposto para a aplicação da pena. Desta feita, limitar-se-ia a culpabilidade tão somente aos elementos relacionados diretamente com a reprovabilidade subjetiva da conduta, fundamento central da mediação do injusto penal e a pena àqueles que detêm a “*capacidade penal*”.

Seja na adoção da concepção teórica majoritária ou nessa última, sobre o inimputável etário, eis que não destinatários da pena, recairá a responsabilização via legislação especial, conforme os ditames constitucionais.

Versa, acerca da temática, Jorge Trindade, que assegura:

A nós interessa, entretanto, que o ato humano tem de ser imputável. E, se a imputabilidade física pode ser atribuída a qualquer um, sob o ponto de vista psicológico somente atinge a quem seja capaz de compreender os antecedentes e consequentes de seu agir, de ter plena consciência de seus efeitos imediatos e mediatos. Em síntese somente são imputáveis as condutas humanas, ativas ou omissivas, típicas, antijurídicas e culpáveis, praticadas por pessoas capazes de conhecer em plenitude a realidade de seus atos. A criança e o adolescente não são capazes de conhecer em plenitude a realidade de seus atos (1996, p. 63).

O Estatuto da Criança e do Adolescente orienta-se ao abordar a responsabilização do adolescente pelas regras e princípios do Direito Internacional, cabendo apontar que a preocupação com a questão, em âmbito global, indica que “*os povos, na busca da realização de sociedades justas, vêm expressando o desejo de dispensar ao menor um tratamento jurídico capaz de fazê-lo alcançar a maturidade em seu pleno potencial humano*” (MINAHIM, 1989, p. 14).

Nesse caminho, a legislação especial voltada à infância e juventude está alicerçada na Convenção Internacional sobre Direitos da Criança⁵⁵, de 1989, que, segundo a pesquisa *Cross-national Comparison of Youth Justice*, da *University of Salford* (HAZEL, 2008) não coincidentemente, adota a maioridade penal aos dezoito anos, sendo essa a idade padrão, média entabulada a partir da análise de 54 países.

A sistemática da responsabilidade diferenciada também tem por fundamento as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Infância e Juventude (Regras de

⁵⁵Art. 1. Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Beijing)⁵⁶, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade⁵⁷, Pacto de San Jose da Costa Rica⁵⁸ e da própria Constituição Federal, olvidados pelos partidários da redução da maioria penal, que ainda não se afastaram da doutrina da situação irregular, amparados nas ideologias de opção pelos estigmas e pela atividade repressiva estatal.

Cumprir examinar, neste passo, a história penal brasileira, que contou com três diplomas repressivos, o Código Criminal do Império de 1830, o Código Penal da República de 1890 e o atual Código Penal, promulgado em 1940, sendo que, em cada um deles foram adotados critérios diferenciados na determinação da maioria penal.

Antes, porém, da independência do Brasil, a orientação legislativa colonial era disciplinada pelas Ordenações Filipinas⁵⁹, que sob influência do período medieval, adotava o discernimento como prerrogativa de aplicação da lei penal que estabelecendo critérios diferenciados de aplicação da pena aos menores de 20 anos de idade.

As Ordenações Filipinas entabulavam que:

Quando os menores serão punidos por os delictos, que o fizerem

Quando algum homem ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se for de idade de dezasete annos ate vinte, ficara em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circumstancias delle, e a pessoa do menor, e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade ou simpleza, com que o delicto for commettido. E quando o delinquente for menor de dezasete annos cumpridos, posto que o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba a pena de morte natural, se guardara a disposição do Direito Commum.⁶⁰

⁵⁶ Regras Mínimas Das Nações Unidas Para a Administração Da Justiça De Menores (Regras de Beijing). Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

⁵⁷ Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990.

⁵⁸ O Pacto de São José da Costa Rica, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, cuja adesão ao sistema normativo brasileiro se deu em 1992, tendo caráter de supralegalidade, conforme interpretação pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 466343, (RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009).

⁵⁹ Com a morte ‘presumida’ de D. Sebastião, rei de Portugal em 1578, em decorrência de uma crise pela inexistência de herdeiros, Felipe II, da Espanha tornou-se o rei da União Ibérica, acumulando o trono português, promulgando em 1603 as Ordenações Filipinas.

⁶⁰ **Ordenações Filipinas.** Livro Quinto. Título CXXXU. Disponível em: www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1311.htm Acesso em: 29/06/2015.

Com a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830, deixou-se de aplicar para fins penais as Ordenações, pontuando a idade penal aos 14 anos, no entanto, os menores de 14 que cometessem crimes poderiam permanecer sob custódia estatal, à critério do juízo, conforme a seguinte reprodução:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1º Os menores de quatorze annos.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.

Com o advento da República e a promulgação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto n.º 847 de 11 de outubro de 1.890, em que pese a nova configuração de governo repousar sob ideias iluministas e liberais, o tratamento da criança e do adolescente envolvidos em delitos tornou-se mais grave, prevendo serem estes passíveis de punições penais a partir dos 9 anos, sendo que a responsabilidade entre os 9 e 14 anos estava vinculada ao discernimento do agente, nos seguintes termos:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 annos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

Com a intensificação dos movimentos internacionais em defesa da criança e do adolescente, significativamente com a realização do Primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, realizado em Paris em 1911, “quando foi afirmada a ideia da intervenção estatal ilimitada para supostamente proteger crianças e jovens abandonados e delinquentes” (FROTA, 2002, p. 60) e com a Declaração de Gênova dos Direitos da Criança, adotada pela Liga das Nações em 1924, o Brasil foi levado a minimizar a atuação voltada à infância, transferindo a atuação penal para a tutelar.

Deu-se, assim, a promulgação do Decreto Lei nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, que *in verbis*, “*Approva o regulamento da assistência e protecção aos menores abandonados e delinquentes*”, trazendo a modificação na idade penal, conforme segue⁶¹:

⁶¹ O artigo 24 ainda disciplinava: “§ 1º Se o menor soffrer de qualquer fórma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja ele submettido ao tratamento apropriado. § 2º Se o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver

Art. 24. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva.

Observa-se, assim, que o Decreto Lei n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, aumentou a idade penal de 9 para 14 anos, com pretensa vocação protetiva estatal, que viria a ser pautada exclusivamente por posturas assistencialistas e filantrópicas de uma banda e a atividade repressora de outra, situação subsistente até a promulgação do atual Código Penal de 1940, que elevou a idade penal para 18 anos, assim catalogado:

Menores de 18 anos

Art. 23. Os menores de dezoito annos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial.

Sobre a questão, um dos autores do anteprojeto que culminou no Código Penal de 1940, Nelson Hungria, apontou que a escolha resultou menos de um postulado de psicologia científica que de política criminal, discorrendo:

em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá a sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idonea, por todo o tempo necessario á sua educação, com tanto que não ultrapasse a idade de 21 annos. § 3º Se o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes, ou tutor, ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis”. Segue: “Art. 25. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda. § 1º Se o menor soffrer de qualquer fôrma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado. § 2º Tratando-se de contravenção, que não revele vicio ou má indole, poderá o juiz ou tribunal, advertindo o menor, entregal-o aos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, ou dar-lhe outro destino, sem proferir condemnação. § 3º Se o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma, pelo prazo de um a cinco annos. § 4º Se o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo, e de sete annos, no maximo. § 5º Se fôr imputado crime, considerado grave pelas circunstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe applicará o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal”.

Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez, irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício. O delinquente juvenil é, na grande maioria dos casos, um corolário do menor socialmente abandonado, e a sociedade, perdendo-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa (1955, p.354).

A adoção do caráter puramente biológico pelo Código Penal de 1940 foi combatida no debate do anteprojeto de 1963, com diversas tentativas de retomada do critério biopsicológico, com vistas a deslocar a maioridade penal para 16 anos, a depender da maturidade do infrator, chegando esta regra a compor o Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, o natimorto Código Penal de 1969.

Tendo em vista que tal diploma penal jamais vigorou, a manutenção da regra da maioridade permaneceu aos dezoito anos, tendo a reforma de 1984 modificado tão somente o texto, mas não o conteúdo do mandamento, permutando o termo '*irresponsáveis*' por '*inimputáveis*', explicitando a escolha na Exposição de Motivos:

Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, e naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

Esta fixação foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, além de alocar no topo hierárquico do sistema normativo a idade penal de 18 anos, ainda transmutou a visão legislativa direcionada à criança e adolescente da doutrina da situação irregular para a Declaração da Proteção Integral.

A regra constitucional reproduziu os mesmos termos constantes no Código Penal, qual seja:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Justamente o conteúdo constante no supracitado artigo constitui-se, hoje, em objeto da Proposta de Emenda à Constituição nº 115/2015, em trâmite no o Congresso Nacional, que pretende resgatar critérios subjetivos de aferição para a compreensão do caráter ilícito do fato, condicionando a imputabilidade à avaliação do discernimento, tal qual as regras da Maçã de Lubecca, das Ordenações Filipinas ou do Código Penal da República Velha.

Constata-se, também, a atribuição ao adolescente da responsabilidade pelos altos índices de violência presenciados na sociedade brasileira, sem, contudo, abordar o grau de efetividade do sistema de garantia de direitos, olvidando-se que, no anverso da falácia da impunidade aos menores de 18 anos reside a ineficácia da prioridade absoluta e proteção integral a estes direcionados constitucionalmente.

1.4 O mito da impunidade x responsabilização pelas medidas socioeducativas

A Constituição Federal de 1988, ao afastar a imputabilidade daqueles indivíduos que ainda não completaram 18 anos, dirigiu a estes as implicações da lei especial.

A lei especial foi promulgada quase 2 anos após o advento constitucional, em 13 de julho de 1990, sob o nº 8.069, sendo denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que, sob a ótica da responsabilização por contrariedade à submissão do sujeito à normativa criminal, estipulou em seu Título III, o sistema de sujeição especial destinado aos adolescentes, ou seja, o Direito Socioeducativo.

Em primeiro plano, tratou de nomear a conduta análoga ao crime e à contravenção penal como ato infracional, quando cometida por indivíduos entre os doze anos completos e dezoito incompletos. A dissemelhança com o sistema criminal é consubstanciada por Lamenza:

A diferença fundamental reside no fato de que, quanto aos imputáveis, há a imposição de sanção pelo aparelhamento estatal como retribuição social ao ilícito penal cometido, ao passo que, quanto aos imputáveis, existe a reeducação pelo Estado para que condutas tidas como ato infracional não se repitam (2012, p. 187)

Através da presunção legal, apontada constitucionalmente, os destinatários do Direito Socioeducativo têm pontuada a diferença de tratamento em razão da desigualdade fática que possuem em relação ao adulto, “*um Direito Especial, para uma categoria de pessoas em situação especial, em situação de tratamento jurídico diferenciado do tratamento de um*

adulto” (KONZEN, 2007, p. 22), cujo sentido não é isentar de responsabilidade, mas imputar de maneira diferenciada.

O objetivo é o da ressocialização, sobre a qual Whitaker orienta:

Se a legislação brasileira rompe com o modelo exclusivamente retributivo da doutrina criminal e apresenta a medida socioeducativa como substituto, é porque contempla a ideia de que a ressocialização é um percurso possível de trilhar (2010, p. 52).

Quantos aos fins, portanto, a que se destina, a resposta estatal ao cometimento do ato infracional apresenta-se também diferenciada da função prevista pelo direito penal dirigido aos adultos: “*O que se pretende ao final do processamento do ato infracional não é a liberdade; o objetivo é que a decisão venha a surtir algum efeito como ferramenta de socialização e cidadania*” (JESUS, 2006, p. 80).

Não se trata, assim, de uma medida diferenciada com caráter tão somente procedimental, a diferença reside nos fins a que se destinam, consagrando a declaração de proteção integral que a pauta, de outra forma estaria configurado tão somente um direito penal juvenil, altamente criticado pela doutrina progressista:

A carga punitiva das medidas socioeducativas levou alguns autores a considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente teria instituído um sistema que denominam Direito Penal Juvenil. De acordo com esta teoria, faz-se necessário um maior balizamento na aplicação das medidas socioeducativas, fazendo prevalecer o garantismo penal sobre a tendência subjetiva e discricionária do Direito Infância Juvenil que, a despeito de considerar inimputáveis os menores de dezoito anos, abrigaria um sistema de responsabilidade penal dos adolescentes. Uma das consequências do Direito Penal Juvenil seria a criação de uma Lei de Execução de Medidas Socioeducativas (JESUS, 2006, p. 97)

Jorge Trindade adverte o sentido do câmbio para o sistema estruturado no Estatuto da Criança e do Adolescente

[...] a legislação brasileira relativa à criança e ao adolescente consolida-se não mais em um código, mas em um estatuto especial de proteção e medidas socioeducativas, em que não há penas a serem impostas, nem quando a conduta praticada, por subjacência implícita descritiva, coincide com figura tipificada no Código Penal, porque esbarraria na inimputabilidade. Por isso, a adoção de medidas específicas de proteção, ou socioeducativas, institutos que se levantam inclusivamente contra o direito de punir do Estado [...] fim do direito penal e sua substituição pelo direito reeducador (TRINDADE, 1996, p.61)

Com uma crítica mais contundente, Alexandre Morais da Rosa adverte acerca dos partidários do Direito Penal do Menor – que utilizam tal tratamento em razão de que “a

ausência de aplicação das normas de Direito Penal torna a atuação na seara infracional discricionária” (2011, p. XXXIII) – se tratam, na realidade, de “*menoristas enrustidos, envergonhados*” (2011, p. XXXV).

Ou seja, optar por um direito penal especial em nome do garantismo significa, faticamente, a remissão a um sistema repressivo, legitimando assim a lógica do sistema penal, direcionada na “*distribuição seletiva da criminalidade (imunização das classes altas e criminalização das baixas)*” (ANDRADE, 1997, p 268). E, conforme Jesus (2006, p. 98) “*o Direito Penal Juvenil pode ser considerado desnecessário, eis que já existe um garantismo infanto-juvenil, sem a estigmatização penal, e, portanto, mais adequado a doutrina da proteção integral*”.

A segunda consideração reside no interstício etário de aplicação do Direito Socioeducativo. O grupo de indivíduos em condição peculiar de desenvolvimento encontra-se dividido em duas etapas, a criança (do nascimento aos doze anos incompletos) e o adolescente (dos doze anos até aos dezoito incompletos).

Essa normativa consta do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, a delimitação dos destinatários do sistema socioeducativo encontra-se pontuada, por exclusão, à inteligência do art. 105 (Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101 – quais sejam, as Medidas Protetivas⁶²).

Desta forma, uma vez inimputáveis os menores de 18 anos (art. 104, ECA) e aplicáveis às crianças tão somente Medidas Protetivas, responderá por Ato Infracional aquele entre doze anos completos e dezoito incompletos, podendo, entretanto, cumprir medida socioeducativa o jovem até vinte e um anos, em caráter excepcional⁶³.

A adolescência biopsicológica não se constata de maneira uniforme entre todos os indivíduos. As modificações ocorridas nesta fase, denominada “*moratória psicossocial*” (compreendida entre os 13 e 21 anos, puberdade e adolescência), nas lições de Veríssimo

⁶²Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

⁶³“Não pode ser extinta a execução da medida socioeducativa em razão do jovem ter atingido a maioridade [...] No caso, tanto a imposição da medida como sua execução são de competência exclusiva do Juízo da Infância e Juventude (art. 148, I do Estatuto)”. (LAMENZA, 2012, P. 188)

(2002) abordando a perspectiva da personalidade de Erikson (Erik Homburguer Erikson, 1902 - 1994) é marcada por uma transição entre duas fases muito distintas da personalidade.

Entre esses dois mundos – infância e mundo adulto – “*o adolescente é chamado a desempenhar e lhe é dado a experimentar múltiplos papéis de entre os muitos que se lhe oferecem*”, assim, “[...] *o seu ego, tentando estabelecer um sentido, se pergunta sobre quem é como pessoa, o que vale, qual a impressão que causa nos outros, etc*” (VERÍSSIMO, 2002, p. 19). Tal etapa se apresenta como “*um compasso de espera que a sociedade oferece a seus membros jovens, enquanto se preparam para exercer os papéis adultos*” (PALACIOS, 2007, p. 309).

Para além das mudanças fisiológica e psicológicas, Palácios indica as nuances do período

Para a maior parte, talvez se possa dizer que se trata de uma transição que encerra uma clara complexidade, por várias razões: por um lado, pelo acúmulo de novas demandas nos terrenos cognitivo, social, interpessoal, sexual, etc.; por outro lado, pela tensão, que pressupõe prolongar muito mais além de seu estado natural, um status social mais parecido com o infantil do que com o adulto, quando já se está, de fato, em condições de ser adulto. Nesse sentido, é certo que a adolescência é uma transição do tipo das outras produzidas durante o ciclo vital, mas também é certo que é uma das transições que – pelo menos em alguns adolescentes – realizam-se com menos suporte social, ou, para dizê-lo de outro modo, com maiores contradições sociais, projetando-se sobre o indivíduo em transição (2007, p. 311).

Como se verifica, os termos iniciais e finais da adolescência não são, e nem poderiam ser, uniformes entre todos os indivíduos, bem como a adolescência não se consubstancia em uma passagem ‘*de uma vez*’, assim como o ingresso na vida adulta. Matizam-se. Posta desta forma a questão, é de se dizer que a idade de responsabilidade frente ao Direito Socioeducativo dá-se, arbitrariamente, dos doze anos completos aos dezoito incompletos.

Interessa dizer que a lei ao apontar estes marcos, afasta a discricionariedade de modelos de responsabilização pelo discernimento, adotada remotamente com a ‘*Maçã de Lubecca*’, haja vista que o discernimento não serviria a um modelo garantista, sob a pertinente constatação de Vera Regina Pereira Andrade:

[...] a clientela do sistema penal é composta regularmente em todos os lugares do mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais [...] O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime (1997, p. 267).

Cumprir observar que a opção brasileira não destoa da média mundial, conforme analisado por Neal Hazel (2008), uma vez que a idade média de ingresso ao sistema penal,

entabulada a partir da observação de 54 países é de 18 anos. O mesmo trabalho, no entanto, aponta que a resposta responsabilizatória, adotando um sistema legislativo especial, para na média dos 13,5 anos, superior, portanto ao marco dos 12 anos adotado no Brasil.

O autor aponta a classificação de tipologia elaborada por Winterdyk (2002), referente aos *standarts* cujos grupos apresentam a seguinte divisão:

- A) **Modelo Básico:** Bem-estar. **Foco:** Diagnóstico e tratamento por assistentes sociais. **Países adotantes:** Áustria, Itália, Índia e Escócia.
- B) **Modelo Básico:** Justiça. **Foco:** Processo legal e punição, responsabilidade e direitos. **País adotante:** Rússia e China.
- C) **Modelo Básico:** Justiça diferenciada. **Foco:** Combinação de punição e bem-estar, tratamento e punição pelo trabalho e lei. **País adotante:** Canadá e África do Sul.
- D) **Modelo Básico:** Participativa. **Foco:** Baseada na educação. **País adotante:** Japão.
- E) **Modelo Básico:** Corporativista. **Foco:** Especialistas em justiça e interações implementando políticas multidisciplinares. **País adotante:** Inglaterra e País de Gales e Hong Kong.
- F) **Modelo Básico:** Controle Criminal. **Foco:** Processo legal e punição, prestação de contas e retribuição, encarceramento e proteção da sociedade. **País adotante:** EUA e Hungria.

De maneira aprofundada, reproduz-se a sistematização de Winterdyk (2002) descrevendo os modelos mundiais de justiça juvenil, divididos em participativo, promoção de bem-estar, corporativismo, justiça diferenciada, justiça e controle criminal.

A análise da sistemática indicada, em que pese o Brasil não estar apontado nos estudos originários, remete ao diagnóstico do método adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que mesclaria elementos da denominada Justiça Diferenciada e Controle Criminal, pendendo para este último em razão do atual incremento da adoção da medida socioeducativa mais gravosa, qual seja, a internação.

Tal constatação toma corpo com a análise das críticas apontadas por Neal Hazel aos países que institucionalizam um processo formal de justiça ao adolescente, tendo por base o sistema norte-americano, como falhas na redução da reincidência; preponderância em relação aos destinatários de determinado sexo; falha em proteger os direitos do devido processo legal; participação do adolescente de maneira coercitiva; possibilidade de tomada de decisão arbitrária e injusta e a ampliação da rede de controle social sobre o indivíduo (2008, p.52).

Como se há de verificar, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação ao adolescente de medidas em meio aberto (advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e outras duas, privativas de liberdade (semiliberdade e internação).

Estas medidas apresentam-se como resposta ao chamado conflito com a lei, devendo, para culminar na aplicação de tais medidas, a observância das garantias processuais, elencadas no Capítulo III, Título III⁶⁴, da Lei n° 8.069.

Cumprindo observar, entretanto, que o instituto da remissão, que consiste na exclusão do processo pelo representante do Ministério Público, antes de deflagrado o procedimento judicial, a depender das circunstâncias e consequências do fato ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional (art. 126)⁶⁵, corresponde a *ratio essendi* da doutrina da situação irregular atuando sobre a declaração da proteção integral.

Ademais, ao vincular a remissão a critérios como a personalidade do adolescente, abre-se as portas para um Direito Socioeducativo do autor, e não do fato, possibilidade fática a atender os preceitos excludentes do *Labeling approach*.

A advertência, medida mais branda dentre o rol taxativo aplicável, consubstancia-se na admoestação verbal do adolescente aplicável proporcionalmente a ato infracional de baixa repercussão ou reprovação social. Esta medida, amplamente utilizada na década de 1990, cuja aplicação se voltava principalmente aos adolescentes primários, passou a ter menor incidência atualmente.

Segundo dados expostos por Saliba (2006, p.29) a advertência no Estado de São Paulo atingiu a marca de medida socioeducativa mais aplicada entre os anos de 1995 a 1998 (1995: 14.802; 1996: 15.454; 1997: 15.415 e 1998: 14.130). Comparados tais índices com o número de medidas de advertência lançados no Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNJ), no ano de 2018, onde foram cadastradas 3.056, demonstrando uma *práxis* de recrudescimento pelo Poder Judiciário.

A segunda medida socioeducativa arrolada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente consubstancia-se na obrigação de reparar o dano, ligada principalmente a atos

⁶⁴Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

⁶⁵Em que pese a Súmula n° 108 STJ (“A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz” Súmula 108, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1994, DJ 22/06/1994 p. 16427) ainda sim é fruto da inobservância do devido processo legal, revigorando a discricionariedade do magistrado, espectro do *neomenorismo*.

infracionais patrimoniais, em especial a conduta análoga ao crime de dano. Segundo Lamenza (2012, p. 200) a aplicação pode reverberar em três modalidades:

Restituição da coisa (que deve ser restituída ao legítimo dono nas condições que lhe foi tirada, sem alteração de suas características), ressarcimento do dano (em caso de impossibilidade de devolução, deverá haver o pagamento do correspondente prejuízo) ou compensação de prejuízo por outra forma (como fornecimento de bens, caso não seja possível a entrega de dinheiro para o pagamento do dano causado).

A medida não pode ser efetuada pelos pais ou responsável, vez que tem caráter personalíssimo, assim, em razão de impossibilidade de cumprimento pelo adolescente a reparação de dano é das modalidades socioeducativas a menos utilizada, catalogado pelo Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNJ) com 728 aplicações no ano de 2018, sendo que, de acordo com o mesmo levantamento, são muitas as ocorrências que ensejariam, sob o aspecto formal, a prerrogativa para sua aplicação (Dano: 1450; Furto: 7650; Furto privilegiado: 30; Furto de coisa comum: 29, segundo dados de 2018).

Parte da doutrina, no entanto, tece críticas à medida, posto que *“a obrigação de reparar o dano não é cabível ao menor, que não é civilmente responsável. Cabe aos pais”* (SOTTO MAIOR NETO *apud* CAVALLIERI, 1995, p. 59)

A prestação de serviços à comunidade, segunda modalidade mais aplicada no sistema socioeducativo, com 55.032 ocorrências (CNJ, 2018), recebe as advertências lançadas por Maurício Neves de Jesus para que repercuta positivamente aos fins que se destina:

Quanto à adequação da medida, há que há que se verificar se a comunidade é identificável, se possui limites e órgãos de controle social informal, como igreja, escola, associação de bairro e outros, ou seja, se há uma comunidade a ser valorizada e disposta a valorizá-lo. O adolescente deve agir dentro de sua comunidade, porque esta será o meio de efetivação da medida e de controle posterior (2006, p. 90).

Outra fórmula indicada por Volpi (1997) considera o efetivo acompanhamento da aplicação: *“Entendemos que a prestação de serviços à comunidade será cada vez mais efetiva na medida em que houver o adequado acompanhamento pelo órgão executor, o apoio da entidade que o recebe, e a utilidade real da dimensão social do trabalho realizado”* (1997, p. 24).

No que diz respeito à liberdade assistida, medida socioeducativa mais aplicada do sistema socioeducativo, com 57.015, ano referencial de 2017 (Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei/CNJ) tem por objeto a promoção social do adolescente e

sua família com a inserção em programas de auxílio ou assistência (art. 119, I, ECA), matrícula, supervisão e acompanhamento da vida escolar (art. 119, II, ECA); promover a profissionalização e inserção no mercado de trabalho (art. 119, III, ECA).

Sobre a medida, descreve Alves

Durante o cumprimento da medida, o adolescente, por meio de um acompanhamento técnico (psicossocial) sistemático, é levado a refletir sobre a infração cometida num processo de responsabilização que contribua para a superação e rompimento com a prática de ato infracional. Dessa forma, o adolescente participa dos atendimentos e atividades propostas pelo Programa sem ser retirado do seu convívio familiar e comunitário; é oportunizado a este adolescente o acesso a espaços educacionais, culturais e de lazer, a que, normalmente, antes de cometer o ato infracional, ele não tinha acesso (ALVES, 2010, p. 26).

No mesmo sentido, Liana de Paula reforça

Os discursos sobre as medidas socioeducativas, voltadas a esses adolescentes em conflito com a lei, organizam-se também em torno da tarefa de formar futuros cidadãos. Porém, ao permanecerem sendo pensadas somente para os pobres, as medidas associam infração penal a pobreza e exclusão social, além de explicitarem um ideal de socialização em muito atrelado à concepção moderna desse processo (isto é, centrado nas instituições família, escola e trabalho). Nesse sentido, a liberdade assistida é, declaradamente, uma prática de intervenção no processo de socialização dos adolescentes pobres, a fim de promover os ajustes necessários à sua inclusão na produção (dimensão econômica) e na vida pública. (2011, p. 14)

O contrassenso da medida emerge, em que pese o apontamento de Saliba (2006, p. 29) que, esta “*constitui-se uma medida coercitiva quando se verifica a necessidade de acompanhamento da vida social do adolescente*”, em razão de ser , ou, dever ser, um ajustamento das falhas estatais em garantir direitos fundamentais, transvestida em medida repressiva ao adolescente.

Em outras palavras, o Estado não realiza no momento oportuno direitos indiscutíveis tais como educação, preparação para o mercado de trabalho, assistência à família etc, e depois supre sua falta atribuindo ao adolescente a responsabilidade por estas falhas o remeterem ao conflito com a lei. Sem considerar, ainda, a aplicação tão somente formal, meramente estatística, servindo a liberdade assistida, tão somente como um degrau para poder determinar-se ao adolescente medida mais gravosa (privação de liberdade) em caso de reincidência.

A medida de semiliberdade, de caráter restritivo, nos termos do art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser determinada como originária e inicial, bem como forma de transição entre a internação e o meio aberto.

Aplicada no ano de 2018 a 12.661 adolescentes, apresenta-se como “*um dos mais severos ao adolescente ao qual se atribui a prática de ato infracional*” (LAMENZA, 2012, p. 205). A aplicação deve ser realizada em unidades próximas ao convívio da comunidade de origem do adolescente e com acesso facilitado da família, posto que aos finais de semana há a possibilidade da liberação do adolescente para que permaneça em sua casa.

A escolarização e preparação para o mercado de trabalho são obrigatórias e sua duração segue as disposições dirigidas à medida de internação, ou seja, mínima de seis meses e máxima de 3 anos, no entanto, há no país tão somente 122 unidades de cumprimento da medida, geralmente com superlotação, a exemplo de Alagoas, que segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público, no ano de 2013, permitia o cumprimento de semiliberdade de 175 adolescentes em uma unidade onde havia tão somente 15 vagas (CNMP, 2013, p. 19).

A internação, medida privativa de liberdade, prevista no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão de ser “*a que mais apresenta caráter de ato sancionatório*” (JESUS, 2006, p. 100) será tratada em apartado.

Cumprir observar, ao fim, que as medidas socioeducativas punem, com a finalidade de reeducar, ressocializando o adolescente, em que pese as severas críticas de Morais da Rosa (2011) quanto ao caráter pedagógico, fundamentada no fato de que a autonomia do adolescente deve ser respeitada e as restrições pessoais somente aplicadas se atendido o devido processo legal.

1.5 Medida socioeducativa de internação

A medida socioeducativa de internação⁶⁶, prevista no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, se constitui em privação da liberdade do adolescente a ser regida pela brevidade e excepcionalidade, ao final do Procedimento de Apuração de Ato Infracional, respeitada a condição de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

⁶⁶ A medida socioeducativa aqui traçada diz respeito a internação de mérito, resultado do Procedimento de Apuração de Ato Infracional, via sentença, pois o ECA aponta outras três modalidades de internação: provisória, decorrente de doença ou deficiência mental e por reiteração injustificada no descumprimento de outra medida imposta anteriormente.

Para Maurício Neves de Jesus (2006, p. 103) a privação da liberdade não é, em si, a medida socioeducativa, senão condição para sua aplicação: “*A privação da liberdade é o meio que possibilita a aplicação de instrumentos pedagógicos hábeis a fazer o adolescente compreender e valorizar os vínculos familiares e comunitários*” (JESUS, 2006, p. 103).

No entanto, Juarez Cirino dos Santos (2001) indica que

a medida de internação representa a instituição da privação de liberdade para a juventude, por força da qual milhares de adolescentes entre 12 e 18 anos (podendo ir até 21) são encerrados em instituições totais até 3 anos, com todas as consequências da prisionalização das penitenciárias comuns (2001, p 91).

A previsão estatutária aponta que esta medida será aplicada no caso de atos infracionais cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver reiteração de outras infrações graves ou ainda em caso de descumprimento de outra medida anteriormente imposta. A medida é cabível somente para o adolescente entre 12 e 18 anos incompletos, o ECA demonstra-se mais severo que o Código de Menores de 1979, que apontava marco etário inicial de responsabilização 14 anos.

Além deste fato, há que se ponderar sobre a crítica de Juarez Cirino:

Como se vê, um aspecto daquela lógica diabólica são as inversões da prática legal: a medida de internação, inaplicável se existir outra “medida adequada”(art. 122, § 2º), se transforma no carro-chefe das medidas sócio-educativas, empregada para substituir todas as outras, sem ser substituída por nenhuma; parece que as hipóteses legais de internação (infração com violência, reincidência e descumprimento injustificado de medida anterior, art. 122) são suficientes por si mesmas, independente da ausência de outra medida adequada, como exige a lei(2001, p. 91).

Este espectro nitidamente demonstra a diferenciação entre adolescentes e *menores*. De acordo com Enid Rocha Andrade Silva, “*os problemas do Sistema Socioeducativo são similares do sistema prisional: a seletividade racial, a massificação do encarceramento, a superlotação, assassinatos dentro das instituições, relatos de tortura*” (SILVA, 2015, p. 30)⁶⁷.

A sondagem do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Ministério dos Direitos Humanos – Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente) em seu Levantamento Anual SINASE, 2014, apresentou que, dentre a população brasileira,

⁶⁷ Segundo dados do Levantamento SINASE, 48 adolescentes morreram dentro das instituições de cumprimento de medida socioeducativa no ano de 2014, tendo como causas: morte natural 2%, suicídio 8%, conflito generalizado 13%, conflito interpessoal 31%, outros 46%.

24.042.852 estavam dentro da faixa etária entre os 12 e 18 anos, e um total de 24.628⁶⁸ cumprindo as medidas de internação provisória⁶⁹, semiliberdade ou internação, correspondendo a 0,1% da população total desta etapa da vida (dos quais 1.181 ou 4,8% do sexo feminino).

A distribuição detalhada perfaz os seguintes números: 12 e 13 anos, 411 (2%); 14 e 15, 4.470 (18%); 16 e 17, 13.867 (56%) e 18 a 21, 5.859 (24%).

A proporção raça/cor⁷⁰ subdivide em 55% de adolescentes pretos e pardos e 21% brancos (22% não informaram), em dados do IPEA e Ministério da Justiça, o número de negros chega a 60% (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p.15).

No quesito escolaridade, os dados encontrados no Panorama Nacional – A execução das Medidas Socioeducativas de Internação – Programa Justiça ao Jovem – Conselho Nacional de Justiça – CNJ, indicam que 57% dos adolescentes internados não frequentavam a escola na época do ato infracional, sendo que 86% abandonaram os estudos no ensino fundamental (21% na 6ª. série e 18% na 5ª. série). Um dos dados mais significativos constante neste levantamento é o fato de que 75% dos adolescentes fazia uso de drogas ilícitas. Por fim, 49% não trabalhavam quando cometeram o delito e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres (SILVA; GUERESI, 2003).

Em suma, a grande maioria dos adolescentes cumprindo a medida de internação são jovens das camadas mais pobres da população, não escolarizados, negros, do sexo masculino, não ocupados, majoritariamente entre os 16 e 17 anos, não alcançados pelas garantias de seus direitos fundamentais, tampouco pela rede de proteção (prevista no sistema secundário do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Segundo Silva,

Assim, se é fato que os jovens excluídos enfrentam maiores dificuldades de inserção social, o que ampliam as chances de inscreverem em sua trajetória cometimentos de atos reprováveis, também é verdade que os jovens oriundos de famílias mais abastadas se envolvem tão ou mais com drogas, uso de

⁶⁸ Neste número estão previstos adolescentes de até 21 anos, tendo em vista que a medida socioeducativa aplicada ao adolescente que cometeu o ato infracional não se extingue quando este completa 18 anos, estendendo os efeitos excepcionalmente por mais 3 anos.

⁶⁹ A internação provisória, prevista no art. 108 do ECA (“A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias”) e disciplinada pelo art. 174 do mesmo estatuto (“Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiros dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”). A internação provisória deverá pautar-se pela excepcionalidade, sob o crivo das garantias processuais.

⁷⁰ Critério adotado pelo IBGE – autodeclaração.

armas, gangues, atropelamentos, apedrejamentos, etc. A diferença é que esses possuem mais recursos para se defenderem, sendo mais raro terminarem sentenciados em unidades de privação de liberdade, ao passo que os adolescentes mais pobres, além de terem seu acesso à justiça dificultado, ainda são vítimas de preconceitos de classe social e de raça, comuns nas práticas judiciárias. (SILVA, 2015, p.16)

A lógica aqui é a interpretação de que, o perfil traçado estatisticamente, não corresponde aos únicos autores de atos infracionais, mas sim dos adolescentes que, via procedimento de responsabilização são pinçados e segregados após um histórico de abandono de políticas públicas de proteção e de garantias de direitos. O perfil corresponde ao público alvo do sistema repressivo estatal, tal como, outrora, era o delinquente, abandonado, com desvio moral e privados de condições essenciais à sua subsistência.

Outro indicativo de que persiste a diferenciação de tratamento adolescentes/menores é constatado pelo fato de que, a medida socioeducativa teria cunho de ressocializar o adolescente, funcionando como a última teia antes da vida adulta para o reequilíbrio dos direitos sonogados até o cometimento do ato infracional (com a medida privativa de liberdade tendo por mote a escolarização, o preparo para o trabalho, o atendimento aos programas de saúde, com a participação da família em todo o processo).

Ou seja, falham os sistemas primário, secundário e terciário, contrariando o ordenamento constitucional que os consagra com a característica de prioridade absoluta, atribuindo-se desta forma ao *menor* a culpa pela sua situação de risco social.

Assim, permanece a diferença: como criança e adolescente nomina-se aqueles regularmente inseridos nas políticas públicas básicas, escolarizados, com acesso à saúde, convívio social e comunitário, cujo direito à liberdade, respeito e dignidade foi alcançado. E, enquanto menores, aqueles apartados da regular vida social, produto da agudização da desigualdade social, sem perspectiva de inserção na vida economicamente ativa via escolarização ou trabalho, “*os dois principais mecanismos, considerados lícitos, de mobilidade e inclusão social da nossa sociedade*” (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p. 14), sendo profundamente estigmatizados.

2 NEOMENORISMO

O *menorismo*, etapa correspondente à doutrina da situação irregular, caracterizada pelo binômio piedade-repressão não foi extinto, de uma vez e para sempre, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que “o castigo como meio de reforçar negativamente uma conduta, ressurge em certos períodos com fundamentos científicos” (MINAHIM, 1989, p. 19).

O tratamento diferenciado e pejorativo do menor, que se referia tão somente aos adolescentes situados nas camadas mais pobres da população, cuja condição os remetia a situações classificáveis como abandono, conflito com a lei, ou em risco social, é observada por Maurício Neves de Jesus, versando acerca do fenômeno que reduziu os menores uma categoria fora da cidadania:

Passaram, então, por um processo que os reduziu à condição de objetos manipuláveis por seres superiores, ou maiores, de modo que a palavra menor incorporou definitivamente um juízo de valor negativo, atrelado à imagem das crianças e dos adolescentes sujos, maltrapilhos, supostamente malandros e perigosos, uma redução da condição humana. O menor era (e é) menos cidadão e mais coisa, de onde se diz que passou por um processo histórico de coisificação (JESUS, 2006, P. 19)

Tal coisificação (reificação)⁷¹, presente no momento *menorismo* e associada à Escola Positivista⁷², hoje assume contornos possivelmente verificáveis, eis que constatável a volta da sanha punitivista contra determinada parcela da juventude.

Observando as lições de Jesús-Maria Silva Sanchez, que, com base nos fundamentos de Günther Jakobs⁷³ sobre “*direito penal dos cidadãos*” frente “*ao direito penal do*

⁷¹ Segundo a teoria marxista, a reificação (do lat. res: coisa) é o último estágio da alienação do trabalhador no sentido de que sua força de trabalho se transforma em valor de troca, escapando a seu próprio controle e tornando-se uma “*coisa autônoma*”. Originariamente empreendido por Marx, o termo coisificação do ser humano refere-se a transmutação do homem, que deveria ser o fim de toda a atividade lucrativa, para meio de obtenção por aqueles que os detém enquanto coisa.

⁷² A associação, neste ponto, está alicerçada na “*fórmula do crime como fato natural e social, praticado pelo homem e causalmente determinado, que expressa a conduta antissocial de uma dada personalidade perigosa do delinquente*” (ANDRADE, 1997). Assim, o adolescente pré-determinado à delinquência, por fatores orgânicos, psíquicos e ambientais), maculado enquanto menor, é passível no processo de coisificação.

⁷³ O Direito Penal do Inimigo, apresentado por Jakobs pela primeira vez na Jornada de Direito Penal de Frankfurt, em 1985, enquanto uma crítica descritiva do direito penal alemão naquele momento, inicia uma mudança de perspectiva em 1999, nas Jornadas Berlinenses de 1999, “*A ciência do direito penal ante a virada do milênio*”, promovida por Eser, Hassemer e Burckhardt. A partir de então, para Jakobs (2007) o Direito Penal do Inimigo é voltado para aqueles que “*mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa*” (2007, p. 35) [...] “*Uma ulterior formulação: um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa*” (JAKOBS, 2007, p. 36).

inimigo”⁷⁴ (cujo conteúdo se relaciona com a política criminal) e “*peessoas*” frente a “*não peessoas*” (substrato jusfilosófico – dogmático – do direito penal) lança a crítica de que a teoria do direito penal do inimigo autoriza novas combinações de seus elementos.

Günther Jakobs (2003) apresenta:

Certamente são possíveis situações que ocorram inclusive nesse momento, em que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigência se se espera com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada [...] então o direito penal de inimigos também só pode ser legitimado como um direito penal de emergência, que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos [...] (JAKOBS, 2003, p. 143).

Para Sanchez (2007) em se admitindo a abordagem de Jakobs, seria admissível recombinações, desencadeando, entre outros, um “*direito penal de cidadãos para peessoas*” e um “*direito penal de cidadãos para não peessoas*”, sendo a “*não peessoa*” aquele sujeito que certamente defrauda as expectativas normativas não oferecendo garantia alguma de não voltar a reincidir.

Aplicando a lição ao contexto, a declaração de igualdade que se dirige a toda a criança e adolescente; a garantia de direitos fundamentais; proteção e observação da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, estariam dirigidos àqueles considerados “*peessoas*” (os que não estão envolvidos em situação de conflito grave com a lei).

Mesmo em caso de aplicação de medida socioeducativa ao adolescente em conflito com a lei, em casos atos infracionais brandos, defende-se a aplicação da lei especial. A imputabilidade deve permanecer afastada destes adolescentes, em razão das expectativas normativas penais não se dirigirem a eles, eis que admitidos enquanto inimputáveis.

Aos adolescentes coisificados, rebaixados, desumanizados⁷⁵, taxados de responsáveis “*pelos alarmantes índices de violência cruel*”⁷⁶, afasta-se o critério de igualdade

⁷⁴Sintetizando o Direito Penal do Inimigo, Carpentieri descreve: Essa corrente do pensamento considera um determinado grupo de pessoas, em virtude de seus hábitos criminosos, está fora do sistema social. Esses indivíduos são considerados inimigos e, assim, não lhes são aplicados os princípios penais básicos. O direito penal do inimigo, um direito de emergência, dá legitimidade às práticas contrárias aos direitos humanos [...] insere-se no contexto da atual tendência expansiva do direito penal [...] a legislação penal contemporânea de tendência punitiva absorve, em maior ou menor grau, seus pressupostos (CARPENTIERI, 2012, p. 192 – 193).

⁷⁵Significativa as impressões cunhadas por Vianna (1999, p. 18): “O ano era 1993 e as manchetes dos jornais traziam fotos e reportagens sobre a “chacina da Candelária”. As suspeitas de que os responsáveis pelo assassinato dos meninos que dormiam nas ruas estavam ligados de alguma forma ao corpo regular de policiais já se faziam notar, ao mesmo tempo em que trocadilhos com “chacina” e “faxina” podiam ser ouvidos pela cidade. O evidente processo simbólico de desumanização presente nessa analogia entre pessoas assassinadas e

(reconhecimento de que todo e qualquer adolescente é sujeito de direitos), bem como alija-se o critério de desigualdade enquanto pessoa em situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, enquadrando-o enquanto “*não pessoa*”, tornando-os destinatários aceitáveis do “*direito penal de cidadãos para não pessoas*”.

As incompreensões do reconhecimento das igualdades (toda e qualquer criança e adolescente são sujeitos de direitos e garantias fundamentais) e das diferenças (toda e qualquer criança e adolescente são consideradas pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, com tutela estatal diferenciada do adulto), dão azo ao ressurgimento das hostilidades em relação ao adolescente em conflito com a lei.

Para que seja disseminada enquanto opinião pública, a ideologia de recrudescimento estatal atua reestigmatizando o adolescente *incorrigível*, reconduzindo-o à condição de coisa (extinta, pelo menos do ponto de vista formal-constitucional em 1988).

Se o reconhecimento de igualdade eleva, a coisificação rebaixa, autorizando, portanto, o afastamento de direitos fundamentais, uma vez que *coisa* não se enquadra enquanto destinatário deste. Coisificar, hodiernamente, é *neomenorizar*.

García Méndez (2010, p.16) indica que a primeira vez em que teve contato com o termo neomenorismo, foi ao final da década de 1990, no Brasil, através de Antônio Fernando do Amaral da Silva, juntamente com Antônio Carlos Gomes da Costa (o primeiro em sentido jurídico e o último em sentido sociológico) indicando, naquele momento a acepção do termo: “*o Estatuto do Brasil não teria assumido o caráter de ruptura paradigmática que o distinguiu como pioneiro*” .

O autor pontua o neomenorismo como o retorno às raízes da “*compaixão-repressão*”, denunciando, no entanto, a nova lógica, que abandona o foco da formação do cidadão útil, cambiando seu sentido:

Já não mais como originalmente, ao coagir grandes quantidades de marginalizados para introduzi-los ao mercado, mas acima de tudo para

a sujeira a ser removida das ruas parecia ser algo além de um sinal de crueldade particular ou de ‘barbárie’, antítese por excelência dos valores da civilização. Essa analogia parecia informar não só sobre uma desigualdade primordial da condição humana, já que os mortos não poderiam ser percebidos simplesmente como ‘crianças’, mas também sobre um estranho desejo de que tais criaturas fossem removidas do cenário comum a todos, e que houvesse pessoas capazes de fazê-lo”.

⁷⁶ A Proposta de Emenda à Constituição n° 171/1993, aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados, em 19 de agosto de 2015, remetida para apreciação pelo Senado Federal, estabeleceu a redução da maioria penal de 18 para 16 anos nos casos de crimes hediondos, como estupro, sequestro, homicídio qualificado, latrocínio, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, categorizando um “direito penal de cidadãos para “não-pessoas”, para os demais atos infracionais, entretanto, estaria configurada a incidência da legislação especial – Estatuto da Criança e do Adolescente, “direito penal de cidadãos para pessoas”, seguindo a análise apresentada por Silva Sanchez.

“resolver” uma das manifestações sociais mais graves que afetam e colocam em risco as frágeis democracias da região. Refiro-me aos problemas que se apresentam em razão dos jovens pobres das periferias dos grandes conglomerados urbanos. Problemas que até hoje algumas pessoas pretendem, de modo torpe, resolver com a destruição sistemática das garantias, a fim de utilizar a privação de liberdade não como uma forma de resposta forte e séria do Estado diante dos graves delitos cometidos por menores de idade, senão como uma forma de “política social reforçada” para tais jovens. Essa tendência, me arrisco a afirmar, constitui um dos componentes centrais da questão da infância na América Latina atual (García Méndez, 2010, p.11).

Tais considerações levam à suposição de que, a atividade tutelar, própria da doutrina da situação irregular, que institucionalizava os menores (abandonados, delinquentes, vadios, mendigos, gatunos, pervertidos etc) com vistas a torná-los aptos a ocupar os baixos postos do operariado, transmutou-se em instrumento de segregação, em razão do improvável enquadramento dócil à sociedade excludente, ou ao fenômeno da “*massa marginal*”⁷⁷, sendo este um dos vários aspectos possíveis do neomenorismo.

O neomenorismo estaria, sob essa ótica, também orientado pela Teoria do Etiquetamento⁷⁸ (*Labelling approach*) de Becker (2008).

Os menores: “*não pessoas*”, os “*inimigos*” em Jackobs, ou ainda os “*rotulados*” de Becker, são alvos de uma estratégia ideologizante, que tem por escopo a aplicação da privação de liberdade do adolescente negro e pobre, alvos centrais. Nas palavras de Marielle Franco:

A forma como a polícia militarizada do Brasil trata jovens negros, pobres, como inimigos em potencial do Estado de Direito precisa produzir uma impressão, na população, de que está em jogo a defesa de todos. Ou seja, produz no imaginário social a diferenciação de classe e a diferenciação

⁷⁷ José Nun, no ano de 1969, em “*Superpoblación relativa, ejército industrial de reserva y masa marginal*” atualiza e reanalisa os conceitos marxistas superpopulação relativa; de exército industrial de reserva (sempre funcional), que cumpre o papel de produto e alavanca da acumulação capitalista. Nun, então, cria o conceito de massa marginal que, ao contrário da funcionalidade do exército industrial de reserva, baseia-se na afuncionalidade ou na disfuncionalidade com relação ao mercado de trabalho: “*Llamaré “masa marginal” a esa parte afuncional o disfuncional de la superpoblación relativa. Por lo tanto, este concepto - lo mismo que si de ejército o industrial de reserva - se situa a nivel de las relaciones que se establecen entre la población sobrante y el sector productivo hegemónico. La categoría implica así una doble referencia al sistema que, por un lado, genera este excedente y, por el otro no precisa de él para seguir funcionando*” (NUN, 1969, p.21). Em suma, “*massa marginal*” é o contingente de trabalhadores supérfluos ao capitalismo.

⁷⁸ Howard S. Becker precursor da análise social acerca das condutas desviadas, na obra *Outsiders*, autodenominando sua pesquisa como teoria intervencionista do desvio – eis que discordava da forma com que fora batizado seus estudos (“teoria da rotulação”) traça que “*Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como ‘certas’ e proibindo outras como ‘erradas’.* Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um outsider” (BECKER, 2008, p. 15).

racial, uma vez que são justificadas as incursões que vitimam o público descrito acima (FRANCO, 2014, p. 41)

Até mesmo o caráter educativo e protetivo garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, na prática, é utilizado para tal postura ideológica, conforme denuncia Sposato (2011), discorrendo ser este o pano de fundo que “*favorece interpretações demagógicas da legislação, sempre em prejuízo e cerceamento da liberdade dos adolescentes*”.

O autor traça que a “*indeterminação do prazo de duração das medidas e o descabimento de regras e princípios processuais penais*”, compõe um conjunto onde “*todos os elementos citados configuram um neomenorismo fundado na pretensa proteção e ausência de limites para a intervenção socioeducativa*” (SPOSATO, 2011, p. 111).

Neomenorismo, contudo, não se limita a um fenômeno singular, podendo assumir diversas perspectivas, inclusive dos incautos defensores da proteção integral, desde que a crença na pedagógica função das medidas socioeducativas ofusque o contexto socioeconômico desigual em que o Estatuto da Criança e do Adolescente opera, a etapa neoliberal atualmente experimentada, e, pontualmente, a escalada conservadora em que o país vivencia.

Méndez (2008) de maneira enfática delimita:

O conceito “neomenorismo” designa a posição assumida por aqueles que, em geral, tendo participado do processo de derrocada das velhas leis de menores e de sua substituição por leis baseadas na doutrina da proteção integral, pretendem hoje um uso tutelar e discricional da legislação garantista. (2008, p.33)

Conclui Emílio García Méndez, apontando a essência do neomenorismo: “*Se da perspectiva conservadora o modelo da responsabilidade penal dos adolescentes conspira contra a eficácia do controle social repressivo; da perspectiva progressista o mesmo modelo conspira contra a eficácia da bondade*” (2008, p.34).

O debate acerca do fenômeno *neomenorista* torna-se, portanto, central, uma vez que encoberto pelo *mantra* de que o Estatuto da Criança e do Adolescente se constitui, em tese, como a mais avançada legislação latino-americana para a área, práxis e interpretações ultrapassadas ampliam-se despercebidas.

2.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a permanência de subcategorias

A doutrina da situação irregular, teoricamente extinta do ordenamento pátrio pelo Estado Democrático Constitucional em 1988, traz em sua nomenclatura o que foi a essência da atuação estatal legislativa e judiciária voltada à infância e juventude.

Tanto o Código Melo de Mattos de 1927 quando o Código de Menores de 1979, tinham como destinatários aqueles até os 18 anos incompletos e pertencentes a grupos determinados: no primeiro, os abandonados ou delinquentes e no último àqueles privados de condições essenciais à sua subsistência, vítimas de maus tratos ou castigos imoderados, os impostos a perigo moral, os privados de representação ou assistência legal, com desvio de conduta e autores de infração penal.

Tais indivíduos, desclassificados enquanto *crianças*, configuravam-se em objeto de tutela estatal, sendo que “o ‘tutelado’ sempre o tem sido em razão de alguma ‘inferioridade’ (teleológica, racial, cultural, biológica, etc.) [...] psiquiatrizados ou considerados ‘inferiores’, e, portanto, necessitados de ‘tutela’” (ZAFFARONI, 1992, p. 640).

A tutela era pautada não por uma retomada de humanidade, mas por uma atuação repressora e estigmatizante, que, com vistas a corrigir e prevenir a delinquência, retirava-os do convívio social, com a justificativa de torná-los dóceis e uteis, segundo a crítica *foucaultiana* (FOUCAULT, 1997).

O coletivo *menoridade*, cujo elemento era o *menor*, adjetivado pela sua condição excludente (delinquente, abandonado, vadio, gatuno, capoeira) significavam à sociedade uma ameaça, real ou latente, constituindo uma subclasse, categoria do gênero infância e juventude, desencadeando de acordo com o enquadramento determinada atuação estatal. Segundo Vianna (1999, p. 26) “ao se considerar que a classificação produzida (menores abandonados, vadios etc) correspondiam determinados procedimentos – internação em instituições estatais, soltura mediante pedidos devidamente aprovados dos responsáveis etc”.

Em que pese o termo *menor* ter sido consagrado no aspecto jurídico terminológico⁷⁹, inclusive conservado no texto constitucional de 1988 (Art. 228. São penalmente inimputáveis os *menores* de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial), a concepção ampliou-se para aspectos sociais excludentes e deterministas.

⁷⁹Código Criminal do Império (1930):Art. 10. *Tambem não se julgarão criminosos - 1º Os menores de quatorze anos; Código Penal Republicano (1890):Art. 27. Não são criminosos - § 1º Os menores de 9annos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento. Código Penal (1940):Menores de dezoito anos - Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Código Civil (1916): Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos; Código Civil (2002): Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.*

Vianna em sua pesquisa⁸⁰, investiga o termo justamente por esta construção social, reconhecendo a atividade policial de recolhimento e classificação, entre os anos 1910 e 1920, no Rio de Janeiro, como construtora deste “*personagem específico, genericamente denominado de menor*” (1999, p. 167).

O sistema, composto pela classificação e intervenção sobre os menores, a depender dos *tipos específicos* consubstanciavam-se em atividade legítima das funções policiais, que possuía “*atuação como produtora de regras e representações e não apenas como importadora de campos formalizados de conhecimento, como o campo jurídico ou o médico*” (VIANNA, 1999, p. 168).

Vianna, então, aponta a diferenciação entre o menor e a criança

Ou seja, as explicações construídas sob os rótulos do abandono, da má formação familiar, da vadiagem, de uma vida descontrolada, enfim, que os transformava em perigos potenciais para a sociedade, teriam por efeito naturalizar determinadas formas de intervenção sobre eles. A desautorização familiar, que os retira do domínio a que estão ligados os indivíduos legal e simbolicamente representados como crianças, é parte do processo de sua inscrição em um determinado âmbito de poderes. O poder – policial, estatal – que passa a ser exercido sobre eles não encontra, para além de limites muito estreitos, a mediação familiar. A remoção para outros locais, a internação, a transferência para diferentes instituições, enfim, todo o conjunto de práticas usualmente adotadas pela polícia nos casos observados, torna evidente a radical diferença entre uns e outros.

A atuação policial seria a instância histórica-institucional inaugural da construção de tal desigualdade, sendo seguida pelo Código de Menores de 1927, que, formalizando a lógica policial, trouxe novos operadores de classificação e intervenção.

Ao tutelar a infância excluída, traçada em Vianna (1999) como “*forma de conceber relações de dominação*” os Códigos menoristas, reforçaram o tom pejorativo e depreciativo, fazendo o termo menor tornar-se “*naturalmente incorporado na linguagem, para além do círculo jurídico*” (RIZZINI, 2002, p. 81).

Segundo Romão, as críticas ao teor implícito do vocábulo menor surgem no “*período da Constituinte de 1987 – 1988 e no pós-Constituição Cidadã*” (2016, p. 48), tendo a insurgência levado a introdução, do uso de “*criança e adolescente*” na legislação pátria⁸¹ (art. 227).

⁸⁰“O mal que se adivinha. Polícia e menoridade no Rio de Janeiro 1910 – 1920”, ganhador do prêmio Arquivo Nacional de Pesquisa de 1997,

⁸¹ O termo criança é encontrado na legislação anterior à Constituição Federal de 1988 tão somente no Código Penal de 1940, no tipo constante no artigo 135, “*Omissão de socorro: Deixar de prestar assistência, quando*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, na via inversa, utiliza a palavra menor unicamente em sentido de limitação etária, entretanto, a nova postura formal-linguística não se apresenta suficiente para extirpar o uso do *menor* e seu conteúdo histórico excludente.

Nesse ponto, evidencia-se a relevância dos apontamentos acerca da temática, eis que, em que pese a consagração de toda criança e adolescente como sujeitos de direitos, permanece, na *práxis* estatal, no senso comum e na atividade midiática a subclassificação segregatória dos infanto-adolescentes pobres e marginalizados.

A universalidade, mesmo passados trinta anos de sua proclamação, inaugurada pela nova perspectiva constitucional da proteção integral, não está concretizada, padecendo da mesma criminalização histórica justamente a infância e juventude excluída de seus direitos fundamentais, revigorando as ideias higienistas e tutelares que orientaram a transição entre os séculos XIX e XX.

Assim, surgem duas perspectivas, a primeira no sentido que o sistema primário⁸² traçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não transformou a sociedade brasileira, tendo em vista que parcela significativa da infância e juventude não foi alcançada pela garantia, em regime de prioridade absoluta, de seus direitos fundamentais.

Em uma segunda perspectiva, o mesmo diploma, no denominado sistema terciário⁸³, rege a responsabilização do adolescente em conflito com a lei, atingindo de maneira repressiva majoritariamente a camada pobre e excluída destes indivíduos.

O sistema primário diz respeito aos direitos fundamentais, traçados no Título II do Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinado nos capítulos que regem o direito à vida e a saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e o direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”.

⁸² O Estatuto da Criança e do Adolescente está dividido em três sistemas principais, sendo o primário aquele que garante os direitos fundamentais, em regime de prioridade absoluta, preconizado pelo art. 4º do ECA, orientados pelas Disposições Preliminares, presentes no Título I do Estatuto e pormenorizado no Título II (direito à vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, lazer, esporte, profissionalização e proteção no trabalho). O sistema secundário preconiza o regime de proteção da criança e do adolescente na eventual falha no sistema de garantias (primário) indicando as medidas protetivas cabíveis para a readequação da situação de risco por ameaça ou lesão aos direitos fundamentais, por ação ou omissão estatal, pais ou responsáveis ou em razão de sua própria conduta. Estas medidas estão descritas no Título II (Das Medidas de Proteção) nos arts. 98, 99 100, 101 e 102 do Eca.

⁸³ O sistema terciário, socioeducativo, versa acerca da responsabilização do adolescente em conflito com a lei, ao qual, com fundamento nos direitos e garantias processuais é aplicada a medida cabível em resposta ao cometimento do ato infracional, com vistas a reeducação e recondução do adolescente ao convívio social e seus direitos fundamentais.

Tais direitos e garantias fundamentais, consagradas nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal (categorizados como direitos de primeira e segunda dimensão), possuem aplicabilidade imediata (5º, § 1º), tendo como destinatários todas as pessoas, tal qual descritos no caput, “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Ao atribuir a titularidade de maneira universal, traçou a regra de igualdade formal, no entanto, no art. 227, ao destacar o regime de prioridade absoluta aos direitos fundamentais de titularidade infanto-juvenil, consagrou a igualdade material.

Nessa linha, podemos pontuar que a Declaração da Proteção Integral representa a garantia a todas as crianças e adolescentes dos mesmos direitos fundamentais declarados aos adultos, entretanto, a Constituição Federal (1988) a qualifica com o princípio da prioridade absoluta, retirando, portanto, a mera faculdade do Poder Público, fixando-a como atuação inafastável (LAMENZA, 2010, p. 6).

Outro princípio orientador da legislação especial diz respeito à cooperação entre a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Estado no dever de assegurar aos infantes e jovens seus direitos fundamentais, entretanto, o Estado é quem detém melhores e maiores condições materiais para a garantia plena destes direitos, o que deve realizar a partir da priorização na formulação de políticas públicas com tal intento, ademais, pela posição estratégica que a proteção da infância e adolescência representa ao Estado, este fixa-se como o principal construtor da efetividade dos direitos elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A atuação da sociedade e comunidade apresenta-se, também como um múnus, eis que claramente corresponsabilizada constitucionalmente, no entanto, o protagonismo social deve ser desempenhado quando formatar o exercício das instâncias de democracia participativa, em especial, os conselhos de direitos, ou até mesmo o Conselho Tutelar, sob pena de esvaziar a função precípua do Estado e relegar direitos fundamentais a uma prática voluntarista ou assistencialista, tão ultrapassada quanto à doutrina da situação irregular.

Há de se considerar, ainda, o duplo dever estatal de atenção voltada à infância e adolescência, posto que pontuar o Estado como principal responsável na garantia dos direitos fundamentais não significa excluir os deveres inerente à família, mas sim alocá-lo como garantidor e apoiador de tal exercício, pois assim indica o art. 226, caput da Constituição Federal: “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. Cabendo, ainda, apontar que os membros adultos da família, uma vez privados da concretização de seus direitos fundamentais, não possuem condições de garanti-los aos filhos.

Pontuando, portanto, o Estado em uma posição central, ao qual os outros corresponsáveis encontram-se subordinados, podemos vislumbrar a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente não somente como mandamento primaz do Estado Democrático de Direito, mas também, como uma postura necessária para um investimento social que se apresenta, ao mesmo tempo, garantidor da dignidade da pessoa humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é composto, também, de um sistema secundário, que tem por instrumento as medidas protetivas, aplicáveis pelo Conselho Tutelar (medidas administrativas que, no Código de Menores estavam apontadas como prerrogativa do juiz de menores) cabíveis quando constatada falha na eficácia do sistema primário.

O sistema terciário prevê a responsabilização do adolescente que comete o ato infracional, conduta descrita como crime ou contravenção penal realizada pelo adolescente entre 12 e 18 anos incompletos, aos quais são previstas as medidas de advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação, sendo as duas últimas consubstanciadas na restrição e na privação de liberdade. Este é o espectro que mais nitidamente demonstra à diferenciação entre adolescentes e *menores*.

Goffman, pelo viés da antropologia social, investigou acerca dos indivíduos estigmatizados, que conceitua como a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena (2015, p. 4), apontando:

Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser - incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável - num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande - algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem - e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real. Observe-se que há outros tipos de discrepância entre a identidade social real e a virtual como, por exemplo, a que nos leva a reclassificar um indivíduo antes situado numa categoria socialmente (GOFFMAN, 2015, p.6)

Neder, (2008) aponta a mídia como responsável por tal fenômeno, indicando que o uso do termo menor, amplamente utilizada pelos veículos de comunicação, além de deslocar o problema da infância e juventude é responsável pela estigmatização dessa população específica, conforme aponta:

O deslizamento semântico (do discurso jurídico para as manchetes de jornais) indica que a proteção à infância e juventude desfavorecida é um tema menor na pauta das questões sociais. Ao designar parcela importante da população como ameaça social, responsável pelo aumento da violência, o discurso jornalístico reforça uma estrutura social excludente.

Em razão desta postura, a ANDI (Agência de Notícias dos Direitos da Infância), em 2012, publicou o trabalho “*Adolescentes em conflito com a lei. Guia de referência para a cobertura jornalística*”, apontando o uso do termo menor como inadequado, nos seguintes termos:

Sem o qualificativo “de idade”, o termo “menor”, usado para designar crianças e adolescentes, em geral tem sentido pejorativo. A definição remete ao Código de Menores, que foi revogado pelo ECA. Normalmente, seu uso ocorre quando estão em foco meninos e meninas para os quais o Código se destinava, ou seja, em situação de abandono, de trabalho precoce ou em conflito com a lei. (2012, p. 77)

O estigma que paira sobre os destinatários do sistema socioeducativo condiciona a adolescência a um paradoxo, por um lado o alijamento da concretização de seus direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que empreende a máxima efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente na aplicação de suas medidas de responsabilização, e, justamente contra estes, incidirá proposta de rebaixamento etário penal.

2.2 Continuísmos e o caráter bivalente dos princípios norteadores

Justamente em razão de ser massivamente considerada como legislação modelo, o Estatuto da Criança e do Adolescente padece de uma certa imunidade contra a construção de críticas sobre sua sistemática, em que pese a advertência de Sergio Adorno: “*é uma legislação muitas vezes ambígua*” (1991).

Adverte-se, no entanto, serem cabíveis as considerações apontadas por Juarez Cirino dos Santos (2001):

A crítica ao Estatuto da Criança e do Adolescente é mera indicação de desajustes entre política legal e mecanismos criados para realizar essa política – jamais rejeição de um monumento legislativo que constitui marco internacional na disciplina legal da infância e da juventude (2001, 90).

De fato, ao pormenorizar os critérios de garantia dos direitos fundamentais e apontar a prioridade absoluta, na denominada categoria de constituição material, o estatuto, além de inovar, representa uma *virada de Copérnico* legislativa.

No entanto, se antes da Constituição Federal de 1988 a atenção normativa voltava-se tão somente aos ditos *menores*, objetos únicos de tutela, a infância universalizada pela proteção integral teve consagrados todos os espectros da dignidade humana.

Contudo, sem adentrar aqui no mérito da eficácia alcançada por este novo paradigma, tais direitos já estavam garantidos ao restrito grupo encarado como *crianças* pela doutrina da situação irregular, não em razão de uma política de Estado, mas em razão das condições culturais e socioeconômicas de suas famílias.

Em outros termos, se carecem de alcance à totalidade da infância e juventude, os direitos fundamentais, mesmo passados quase três décadas de sua constitucionalização enquanto sujeitos, antes de tal advento, ainda que sem garantias legislativamente construídas, as crianças (socioeconomicamente privilegiadas) de outrora já os exercitavam em detrimento dos *menores*, para os quais eram voltadas tão somente as ações preventivas-repressoras.

A transição da situação irregular para a proteção integral é, para Alexandre Moraes da Rosa “*na maioria dos Juizados deste imenso país, de fachada*” (2011, p. XXIX), ao que atribui o autor, entre outros, ao fato⁸⁴ de que

As leis não mudam os atores jurídicos, ainda mais quando a grande maioria deles foi formada sem querer abrir o ECA. Os cursos de direito dedicam – e quando dedicam – uma disciplina, em regra optativa, para o estudo do Estatuto. Daí que os atores jurídicos não podem aplicar o que não conhecem (2011, p. XXX)

As críticas quanto à dificuldade de implementação a contento do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que diz respeito a efetivação dos direitos fundamentais, surgiram logo que o mesmo foi promulgado, como apontou Yvone Bezerra de Mello,

Uma em cada três crianças nesta cidade é oriunda de favelas. Essas crianças vivem em estado de miséria absoluta. Para elas, o Estatuto deveria ser uma conquista. Só que estão muito longe de sua tentativa de sobrevivência, o que as leva às drogas, prostituição, violência roubos e, cada vez mais, as empurra para a morte violenta. Mas, no mesmo momento que essa lei foi elaborada, não foi votada uma dotação orçamentária para que ele fosse cumprido. Infelizmente, e apesar de todos esses instrumentos legais existirem, nada foi

⁸⁴O primeiro curso de direito a instituir disciplina acerca do tema foi o da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, ao mesmo tempo em que uma obra específica foi lançada, *Direito do Menor*, de Alyrio Cavallieri, em 1976. (JESUS, 2006, p. 55). Hodiernamente, as Diretrizes Curriculares do Curso de Graduação em Direito, Bacharelado, disciplinadas pela Resolução CNE/CES nº9, de 29 de setembro de 2004, emanada pelo Conselho Nacional de Educação (Câmara de Educação Superior) não indicam a disciplina de Direito da Infância e Juventude dentre as obrigatórias constantes em seu art. 5º, II – Eixo de Formação Profissional. Ou seja, a área consignada enquanto prioritária constitucionalmente sequer é priorizada na formação de seus futuros profissionais.

feito no plano judicial para tornar efetivo esse direito das crianças com base nas inovações que se apresentaram no Estatuto (MELLO, 1993, p. 167).

Tal advertência, como um prenúncio remete a constatação de que, hodiernamente, segundo dados do Ministério da Saúde (Tabnet/DataSus), o número de mortes evitáveis⁸⁵ que acometeram crianças entre os 0 e 5 anos de idade, no ano de 2015, foi de 43.096 (acúmulo decenal de 473.531 mortes para a faixa etária); entre os 5 e 9 anos (2015) 3.266 (41.522 nos últimos 10 anos); entre 10 e 14 anos 4.893 mortes (com 55.702 nos últimos 10 anos) e 21.356 óbitos na faixa dos 15 aos 19 anos (200.083 entre 2006 a 2015).

No total foram 770.838 mortes de crianças e adolescentes, nos últimos 10 anos, que poderiam ser evitadas se presentes ações efetivas de prevenção e tratamento pelo Sistema de Saúde (BRASIL, 2015).

Estes dados confrontam o regramento constante no art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prescreve:

É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Utilizando-se este dado pontual, que versa acerca de direito fundamental à vida, que se constitui em objeto principal do espectro de políticas públicas de saúde, 770.838 crianças e adolescentes foram alijados de suas garantias, para estes o advento de serem considerados sujeitos de direitos não alcançou repercussão factual.

No que diz respeito ao direito à educação, em que pese a legislação especial a tríplice função de conduzir ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, e assegurar a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 53 *caput* e inciso I), entre os 6 e os 14 anos, 966.305 não frequentam a escola e, entre 14 e 17 anos o número sobe para 1.727.523 (IBGE – Censo 2010).

Segundo dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP (2016), a distorção idade série (acima de 2 anos) alcançou um patamar de 21% dos matriculados no 5º ano, entre o 6º e 9º ano, 26% e no Ensino Médio alcançou 28%.

⁸⁵“As causas de mortes evitáveis ou reduzíveis são definidas como aquelas preveníveis, total ou parcialmente, por ações efetivas dos serviços de saúde que estejam acessíveis em um determinado local e época[...] poderiam ser evitáveis na presença de serviços de saúde efetivos” (MALTA, 2007).

Outro fator que demonstra a inefetividade do sistema primário de garantia dos direitos fundamentais da infância e adolescência diz respeito ao trabalho infantil, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios/ PNAD – 2015 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) 2,7 milhões de indivíduos entre 5 e 17 anos trabalham no Brasil, sendo que somente 15% destes, com idade a partir de 14 anos, possuem Carteira de Trabalho assinada.

Tal conjuntura suplanta a vedação localizada no art. 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente, proibindo qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

A mesma amostragem (PNAD/IBGE – 2015) indicou que 17,3 milhões de pessoas entre 0 e 14 anos encontram-se em situação domiciliar de baixa renda (renda *per capita* mensal igual ou inferior a meio salário mínimo) e 5,8 milhões, compreendidos no mesmo parâmetro etário, encontram-se em situação de extrema pobreza (renda *per capita* igual ou inferior a um quarto do salário mínimo).

Acerca dos princípios norteadores, o Código de Menores de 1979 indicava em seu art. 5º que sua aplicação teria privilegiado o interesse do menor, que sobrelevaria qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. Vislumbra-se correspondência ao atual *melhor interesse da criança e do adolescente*, princípio orientador do Estatuto da Criança e do Adolescente. A correspondência que se apresenta demonstra que a retórica principiológica não é capaz, por si só, de garantir o atendimento da infância e juventude de maneira condigna.

Tanto no Código de Menores, como no ECA, o interesse do menor no primeiro e o melhor interesse noutro, são capazes de fundamentar medidas reversas⁸⁶.

A internação, medida socioeducativa voltada ao adolescente em conflito com a lei, cuja orientação deve ser pautada por brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento, escapa à última *ratio*, servindo a outras razões⁸⁷, assim como

⁸⁶ Nesse sentido, apontamos a fala do Procurador da República Guilherme Schelb (SCHELB, 2012): “*Muitos que estão internados nessas instituições, que são verdadeiros locais de tortura, mas esses locais, muitas vezes são (sic) a única forma dele permanecer vivo. Porque está envolvido com droga e tráfico, ou está envolvido com a criminalidade avançada, ou é perseguido pelos familiares de vítimas, porque muitas vezes eles praticam o crime na própria localidade onde moram. É preciso ter uma visão de que não estão ali porque estão precisando ser ressocializados apenas, muitos deles estão de tal forma imersos na criminalidade que vai ser uma situação muito mais complexa, porque ele não está ali para ser reavaliado, ele já está no crime há muitos anos*”. Notoriamente *neomenorista*, essa postura enquadra-se ao pensamento orientado pelo Código de Menores, de 1979, exposto por Maurício Neves de Jesus: “*Figurava como defensor do ‘menor em situação irregular’ o promotor de justiça, contudo quando aquela situação decorria de uma infração penal, o promotor de justiça passava a ser um acusador sob o manto de defensor: pedia a internação do adolescente para protegê-lo, e como a medida era de proteção, não havia ampla defesa, o princípio do contraditório e garantias processuais. Havia a privação da liberdade direta, admitida sob a máscara chamada internação*” (JESUS, 2006, p. 79).

⁸⁷ A Internação provisória, que ocorre no curso do Procedimento de Apuração de Ato Infracional, é aplicada mesmo em casos de atos infracionais que não suscitem como medida socioeducativa aplicável ao caso *in tesis*. É o que a doutrina denomina “internação susto” ou “internação pedagógica”.

ocorria sob a égide do Código de 1979, que prescrevia, em seu art. 40, que somente seria determinada caso fosse inviável ou malograsse a aplicação das outras medidas previstas (BRASIL, 1979).

As medidas aplicáveis aos adolescentes, preconizadas no Código de Menores, também encontram correspondência no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que a diferenciação ocorria em razão de estarem aglutinadas no mesmo artigo que capitulava medidas destinadas aos pais ou as que hoje são denominadas protetivas.

O art. 14 da revogada lei previa a advertência; entrega aos pais, responsáveis, ou pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto; imposição de regime de liberdade assistida; colocação em casa de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado (BRASIL, 1979).

Havia, ainda, o mandamento constante no art. 103, no revogado Código de Menores, indicando que sempre que possível e se fosse o caso, o juiz deveria tentar a composição do dano causado pelo *menor* (BRASIL, 1979), uma correspondência ao que hoje se consagra na medida socioeducativa de reparação de dano. As demais outras medidas socioeducativas elencadas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente constituem-se em advertência, prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

O paralelismo das medidas aplicáveis aos *menores* em relação as que hoje estão em voga, direcionadas ao adolescente em conflito com a lei (autor de ato infracional) merece um destaque: a doutrina da situação irregular previa a liberdade assistida no art. 38 (Código de Menores de 1979), disciplinando que tinha por fim *vigiar, auxiliar e orientar o menor*, sendo que o ECA indica, em seu art. 118 que, a liberdade assistida recairá sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de *acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente*.

A diferença entre as duas legislações reside no fato de que no atual regramento, a liberdade assistida será aplicada tão somente ao autor de ato infracional, e no revogado, a aplicação ampliada abrangia também o adolescente com desvio de conduta, o menor em grave inadaptação familiar ou comunitária e o autor da antes denominada infração penal.

Em ambas legislações havia o indicativo do fortalecimento dos vínculos familiares, *in verbis*: “art. 13. Toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio-familiar” (BRASIL, 1979) (Capítulo I – Das medidas aplicáveis ao menor -

Código de Menores) e “*art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários*” (BRASIL, 1990) (Capítulo II – Das medidas específicas de proteção - Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tais apontamentos indicam que, no que diz respeito à infância e à adolescência mais vulneralizada em razão da ausência de direitos, carência de políticas públicas e em agravado risco social, a sistemática, tanto no paradigma da situação irregular como no da proteção integral, foi pautada em vanilóquios, incapazes de conduzir uma grande gama de crianças e adolescentes a construção de uma vida adulta cidadã.

A eloquência legislativa foi vazia antes e permanece sendo. Se antes da declaração de proteção integral existiam crianças e adolescentes (termos sociologicamente construídos antes do advento da Constituição Federal de 1988 como aqueles plenos em direitos e garantias, em razão de suas condições pessoais de vida), após tal declaração continuam existindo os *menores*, cujo significado alcança aqueles destituídos de direitos fundamentais, vulneráveis e marginalizados.

A divisão da infância e juventude em categorias transpôs o século, como é possível vislumbrar na categoria não incluída pela declaração de proteção integral, dos quais fazem parte aqueles adolescentes em conflito com a lei, cumprindo medidas socioeducativas (em razão de cometimento de ato infracional) ou da infância e juventude privada de seus direitos fundamentais básicos.

2.3 Adolescente: protagonista ou vítima da violência?

A atribuição da responsabilidade pelos altos índices de violência aos adolescentes tem sido uma constante nos informes midiáticos, assim como nas justificativas de Propostas de Emenda à Constituição⁸⁸ apresentadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

⁸⁸ A justificativa apresentada pelo Deputado Benedito Domingos (PP/DF) no texto original do Projeto de Emenda à Constituição da Câmara dos Deputados nº 171/1993, projeto este aprovado pela Câmara baixa em 2015, remetido ao Senado Federal sob o nº 115/2015, trazia em seu bojo: “*O noticiário da imprensa diariamente publica que a maioria dos crimes de assalto, de roubo, de estupro, de assassinato e de latrocínio, são praticados por menores de dezoito anos, quase sempre, aliciados por maiores*” (BRASIL, 1993, p. 10). O teor, na Proposta de Emenda à Constituição do Senado Federal, de autoria do Senador Álvaro Dias, consiste em: “*Nesses acontecimentos, não é raro apontar-se a presença de jovens. Nas imagens veiculadas pela mídia, cada vez mais frequentes, há cenários dramáticos de jovens, alguns até no limiar entre a infância e a adolescência, audaciosos, violentos, dispostos a tudo e prontos para qualquer tipo de ato infracional, inclusive a matar gratuitamente*”. (BRASIL, 2013, p. 3).

Waiselfisz (2015), no entanto, em seu trabalho *Mapa da Violência 2015, Adolescentes de 16 e 17 anos*, lança a questão: “*nos dias de hoje, marcados por profundos desentendimentos e polêmicas sobre a maioria penal que afeta nossos adolescentes de 16 e 17 anos de idade. Esses jovens são vítimas ou algozes de nossas duras violências cotidianas?*” (2015, p, 6).

Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no Censo Demográfico de 2010, o total de adolescentes entre os 16 e 17 anos era de 6.782.946, representando 3,6% do conjunto total da população brasileira.

O trabalho, analisando as causas e taxas de mortes por causas externas neste intervalo etário, constatou que entre os anos de 1980 e 2013, o número de adolescentes mortos em acidentes de trânsito teve um aumento na ordem de 71% (subindo de 661 para 1.136), os suicídios, 156 para 282, representando um aumento de 80% e, por fim, a constatação do aumento em 640,9% das vítimas de homicídio, cuja posição inicial era de 506, e em 2013 vitimou 3.749 adolescentes entre os 16 e 17 anos (IBGE, 2015, p. 17) o que representa quase a metade da mortalidade total neste recorte, 46%. Em um contexto ampliado, segundo apontamentos realizados pela UNICEF, (Datusus, 2014), no ano de 2014, 30 crianças e adolescentes foram assassinados por dia no país.

A totalidade de mortes por causas externas ficou fixada em 77,5% do total, sendo que a média de adolescentes entre 16 e 17 anos vítimas de homicídios foi na ordem de 10,3 mortes por dia.

Entre as vítimas há uma preponderância extremada entre as de sexo masculino, 93% do total. A taxa de adolescentes negros (entre 16 e 17 anos) foi de 66,3 mortos para cada 100 mil habitantes, número 173,6% mais elevado que a mesma taxa para adolescentes brancos (2015, p. 28).

Dentre os homicídios perpetrados contra adolescentes de 16 anos, 81,9% ocorreram com arma de fogo, sendo que este número sobe para 84,1% aos 17 anos.

O trabalho também analisou os anos de estudo das vítimas, relacionando que dentre as vítimas de homicídio, entre 16 e 17 anos, 20,2% concentravam entre 1 a 3 anos de estudo, e, 4 a 7 anos de estudo era característica de 62,1% das vítimas de homicídio.

Waiselfisz (2015) apresenta, ainda, que em uma análise entre 85 países, realizada pela Organização Mundial de Saúde, o Brasil figura na terceira posição no quesito de mortalidade por homicídio entre 15 e 19 anos, ficando atrás apenas do México (1º) e El Salvador (2º).

Uma das conclusões apontadas por Waiselfisz (2015), diz respeito à “*naturalização*” e aceitação social dessas mortes, fator que atribui a

culpabilização das vítimas, como mecanismo justificador das violências dirigidas, principalmente, a setores subalternos ou particularmente vulneráveis que, pelas leis vigentes, deveriam ser objeto de proteção específica [...] Os mecanismos dessa culpabilização são variados: [...] o adolescente é denominado marginal, delinquente, drogado, traficante; pela admissão de castigos físicos ou punições morais com função “disciplinadora” por parte das famílias ou instituições, etc. A própria existência de leis ou mecanismos específicos de proteção: estatutos da criança, do adolescente [...] do idoso; Lei Maria da Penha, ações afirmativas, etc. indicam claramente as desigualdades e a vulnerabilidade existentes. Se todos fôssemos tão iguais perante a lei e perante a sociedade, não seriam necessárias leis “especiais” e/ou protetivas para determinados grupos ou categorias (2015, p.69).

Percebe-se a mesma constatação levantada no capítulo 1, acerca das características dos adolescentes cumprindo medida socioeducativa de internação: a grande maioria dos adolescentes vítimas de homicídio são jovens das camadas mais pobres da população, não escolarizados, negros, do sexo masculino, majoritariamente entre os 16 e 17 anos.

Entretanto, o foco das discussões parlamentares se volta à criminalização do adolescente, tal como o seguinte trecho do Relatório da Comissão de Constituição e Justiça do Senado (PEC 115/2016):

Demais disso, por um rápido exame, verificamos que a opinião pública tem indicado que o crime constitui, na atualidade, um dos principais problemas sociais com que se defronta o cidadão brasileiro. Não são poucos aqueles que têm uma história a ser contada: já foram vítimas de alguma ofensa criminal, especialmente furtos e roubos. Nesses acontecimentos, não é raro apontar-se a presença de jovens. Nas imagens veiculadas pela mídia, cada vez mais frequentes, há cenários dramáticos de jovens, alguns até no limiar entre a infância e a adolescência, audaciosos, violentos, dispostos a tudo e prontos para qualquer tipo de ato infracional, inclusive a matar gratuitamente (BRASIL, 2016)

Seguindo os dados do Anuário Brasileiro de Segurança, (ano referência 2013), 2.206 homicídios foram cometidos por menores de 18 anos, em um universo total de 51.063 registrados no mesmo período, ou seja, 4,3% tiveram como autores adolescentes, contra 95,7% que foram perpetrados por adultos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015).

Um importante dado que compõe o anuário diz respeito à efetividade do sistema socioeducativo, pois, dentre os percentuais apontados, foram esclarecidos ou tiveram

inquéritos relatados 16.553 homicídios cometidos por adultos, e 1.724 por adolescentes, ou seja, 32,5% dos homicídios cometidos por maiores foram elucidados, enquanto na justiça juvenil o índice chegou a 78% (*op. cit.*, p. 91). Esta consideração é capaz de obstaculizar qualquer proposta de redução da maioria que tenha por fundamento a impunidade do adolescente.

Mesmo constatada a baixa resolução para o mundo adulto, o sistema carcerário brasileiro alcançando o número de 716.712 presos, o Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, do Conselho Nacional de Justiça (2014) revelou a existência de 373.991 mandados de prisão abertos. Em comparação, o número de adolescentes cumprindo medida de internação (que recai sobre os atos infracionais mais graves) perfazia, em dezembro de 2017, segundo o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNJ, 2017) era de 32.434 adolescentes (entre 12 e 21 anos), o que representa 4,5% do total de adultos no sistema prisional, ou, 8% do total de mandados de prisão em aberto.

Cumprir observar que os estudos de Waiselfisz (2015), aborda apenas os casos de mortes de adolescentes por fatores externos, não estando incluídos dados de violência física, moral, sexual e psicológica, intra e extrafamiliar, violência policial, violência institucional, permeados por um contexto de extremas desigualdades, conforme considera o UNICEF - Brasil (Fundo das Nações Unidas para a Infância):

Embora o País tenha feito grandes progressos em relação à sua população mais jovem, os avanços não atingiram todas as crianças e todos os adolescentes da mesma forma. O Brasil é ainda um dos países mais desiguais do mundo. Por exemplo, enquanto 37% das crianças e dos adolescentes brancos viviam na pobreza em 2010, esse percentual se ampliava para 61% entre os negros e pardos (Censo Demográfico 2010).

Evidencia-se, assim, a dicotomia entre a subintegração e a sobreintegração, fenômeno descrito por Marcelo Neves, como característica do Estado na modernidade periférica e que impedem a realização do Estado Democrático de Direito:

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não tem acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas (NEVES, 2008, p. 249)

Os adolescentes, portanto, subcategorizados, subintegrados aos benefícios declarados com o sistema de proteção integral são alvo recorrente do populismo legislativo, sempre à espreita.

Não se pretende traçar um paralelo da pobreza como causa da criminalidade, pois, conforme indica Saporì e Soares

O crime é fenômeno social complexo, não podendo ser compreendido pela representação simplória de que este ou aquele fator é sua causa determinante. A diversidade das teorias criminológicas evidencia que é mais prudente tratar o crime como produto de múltiplas causalidades, o que não significa ignorar a influência das condições socioeconômicas, incluindo a pobreza e a desigualdade (2014, p. 62).

Tal influência, segundo os autores ocorre, de acordo com as teorias da desorganização social⁸⁹, da eficácia coletiva⁹⁰ ou da anomia⁹¹, ocorrem pelo fato de que

Os indivíduos submetidos a contextos de carência de saúde, infraestrutura urbana e emprego são mais vulneráveis ao desenvolvimento de motivações criminosas. Isso decorreria de eventual embrutecimento diante das necessidades básicas de sobrevivência, ou da incapacidade das comunidades empobrecidas de exercerem controle social informal, não ignorando também a relativização de parâmetros morais quando os sonhos de enriquecimento e consumo defrontam-se com as limitações da posição social. A ênfase da teoria da anomia, na verdade, recai menos sobre a pobreza absoluta e mais sobre a desigualdade social (SAPORI; SOARES, 2015, p. 62).

⁸⁹ A teoria da desorganização social, elaborada por Sampson e pesquisada empiricamente pela primeira vez por Sampson e Groves, na Inglaterra e País de Gales, cujos resultados foram publicados pela Universidade de Chicago: *The American Journal of Sociology*, em 1989, em trabalho intitulado “*Community Structure and Crime: Testing Social-Disorganization Theory*” ébaseando-se em *insights* recentes da teoria das redes sociais e uma conceituação em nível macro de estruturas familiares e comunitárias e sua relação com os crimes. Especificamente, a análise empírica estabeleceu que as comunidades caracterizadas por redes esparsas de amizade, grupos de colegas adolescentes sem supervisão e baixa participação organizacional tinham taxas desproporcionais de violência e delinquência, emergindo a criminalidade como consequências indesejáveis na organização destas relações sociais (SAMPSON; GROVES, 1989, p. 799).

⁹⁰ Consistente em um desdobramento da teoria da desorganização social, a teoria da eficácia coletiva diz respeito às relações comunitárias enquanto efetivo meio de controle social. A teoria foi aplicada em pesquisa a respeito das comunidades cariocas por Alba Zaluar, que descreve a importância da sociabilidade das comunidades na diminuição de índices de criminalidade: “*O pressuposto [...] é que as pessoas fazem parte de apenas uma vizinhança, estabelecida pela sua relação com o espaço físico, social e simbólico, onde estão os vizinhos com os quais constroem um local carregado de símbolos de pertencimento, de problemas comuns, de memórias, de dádivas que criam obrigações de retribuição no futuro, de conflitos resolvidos pela conversa entre as partes, criando confiança nos circunstantes [...] as noções de confiança e capacidade de intervir ou de se organizar localmente*”. (ZALUAR; RIBEIRO, 2009, p. 1).

⁹¹ A teoria da anomia, desenvolvida inicialmente por Robert K. Merton (*Harvard University*) em 1938 descreve a situação em que os fatores desencadeantes para a delinquência dizem respeito as impossibilidades do indivíduo alcançar as metas por ele traçadas, como sucesso econômico. A pressão social pelo sucesso e prestígio tendem a eliminar a efetiva restrição social sobre os meios empregados para esse fim e o “*the-end-justifies-the-means*” torna-se um princípio orientador para a ação quando a estrutura cultural exalta indevidamente tais valores, no entanto, a organização e estrutura sociais limita possibilidades por meios lícitos. (MERTON, 1938, p. 681).

Para Juarez Cirino (2001) a relação entre desigualdades sociais se vincula ao “*surgimento*” do adolescente “*infrator*” em decorrência do processo de produção social da criminalização, posto que adolescentes primários possuem melhores condições de escolarização que os reincidentes (77% no primeiro caso e 56% no segundo) e de emprego (primários 35% e reincidentes 12%), levando-o a relacionar que

Variáveis como escolarização deficiente e desemprego explicam, em parte, as distorções da cifra negra e, segundo, que o sistema de controle social atua sobre jovens socialmente prejudicados e deficitários mas, em especial, sobre os segmentos mais prejudicados e mais deficitários da juventude. Assim, é legítima a suposição de que variáveis sócio estruturais podem determinar a criminalidade como comportamento do sujeito, mas parece igualmente legítimo supor que essas variáveis teriam ainda maior poder determinante sobre a criminalização da juventude deficitária, como atividade seletiva do sistema de controle baseada no status social do adolescente: carências e déficits sociais não seriam, simplesmente, variáveis independentes no sentido de causas da criminalidade atuantes sobre o indivíduo, mas a própria origem da filtragem do processo de criminalização que produz a clientela do sistema de controle social (CIRINO DOS SANTOS, 2001, p. 91).

As exclusões das possibilidades lícitas de implemento socioeconômico e cultural, qual sejam, o sistema escolar e o mercado de trabalho são os responsáveis pelo surgimento da marginalização (“*privação dos meios de sobrevivência*”) (op. cit. 2001, p. 94), assim como são a origem da “*desumanização da juventude [...] relações sociais desumanas e violentas produzem indivíduos desumanos e violentos como inevitável adequação pessoal às condições existenciais reais*” (op. cit. 94).

Constata o autor que na realidade brasileira, a teoria da normalidade do desvio é preenchida pela necessidade do desvio “*como resposta individual inevitável de sujeitos colocados, por sua posição social, em condições existenciais diversas*” (2001, p. 94) este desencadeamento decorre da sobrevivência com meios ilegítimos, pois inexitem outros, “*vendem e usam drogas, furtam, assaltam e matam – e sobre eles recai o poder repressivo do Estado, iniciando a terceira e decisiva consequência da exclusão criminal, a criminalização de marginalizados rotulados como infratores*” (2001, p. 94).

Estes, também alcunhados *menores*, são então institucionalizados, e, pelo desejo populista penal da proposta de emenda constitucional seriam encarcerados, o que desencadeia hoje (e seria potencializado no sistema penitenciário) caminho para uma “*carreira criminosa definitiva*” (CIRINO DE SOUZA, 2001, p.94).

Assim, a violência produzida pela juventude se constata como fruto de uma violência perpetrada contra a juventude, sendo infinitamente mais produtora de ataques às causas que as consequências, o que se apresenta como política mais adequada aos auspícios civilizatórios atuais.

2.4 Adolescência, drogas e violência

Com a passagem do Estado Ditatorial brasileiro para o Estado Democrático de Direito, houve a migração do elenco “*inimigo interno*” da figura do subversivo para o traficante (BATISTA, 2003, p. 40).

No mesmo sentido, ao investigar as consequências da ausência de Justiça de Transição entre as rupturas ditatoriais-democráticas, José Carlos Moreira Silva Filho (2010) inclui ao fenômeno do “*novo inimigo interno*” a repetição da violência de contenção estatal, ao novo alvo: que “*deixa de ser especificamente o ‘esquerdista’ e o ‘subversivo’ e passa a ser o ‘suspeito’, o ‘traficante’*”⁹² (2010, p. 205).

A construção desse estereótipo, que conta com a operatividade da mídia, centra-se

na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestindo com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda (BATISTA, 2003, p. 40).

E, uma vez assim constatados,

Não merecem respeito ou trégua, são os sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousa incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado (op. cit., 2003, p. 40).

⁹²Silva Filho aponta que “*Importante constatar também que os movimentos sociais organizados, assim como os defensores de direitos humanos, sempre que se colocam em uma posição de protesto e reivindicação, na qual não raro desafiam interesses relacionados às antigas relações patrimonialistas do país, passam a ser alvo de uma forte tendência de criminalização, passando, com isto, a serem objeto do mesmo tipo de “tratamento” que os criminosos comuns*”. A título de exemplificação, reproduzimos o pronunciamento do Deputado Major Olímpio, PDT-SP, na votação do tema na Câmara Federal, em 30 de junho de 2015: “*Tem essa turma do “mimimi”, essa turma que fala no diminutivozinho: “Ele só deu uma matadinha. Ele só deu uma estupradinha. Ele só é um aviãozinho do traficozinho.” Leve-o para a sua casa, porque a desgraça está batendo à porta da maioria dos brasileiros*” (BRASIL, 2015, p. 213). Ou do parlamentar Paulo Maluf (PP/SP): “*Sr. Presidente, pelo Partido Progressista, como provavelmente o mais antigo político desta Casa, com 48 anos de vida pública, sendo que 70% da minha vida pública foi no Executivo, eu posso dizer aos meus companheiros daqui que direitos humanos são para os humanos que são direitos. Para os bandidos de São Paulo, a ROTA ia para as ruas, e a população podia ir tranquila e sossegada para o trabalho. Portanto, o Partido Progressista vota “sim”, pela família*” (op. cit, p. 230).

Para Vera Malaguti (2003) não há novidades nessa “*crise urbana brasileira*”, eis que o processo de formação das cidades historicamente ocorreu em torno da concentração de “*descendentes de ex-escravos nas tarefas informais que um mercado de trabalho excludente e aviltador vem criando através do tempo*” (2003, p. 40). A situação e origem social permanecem inalterada, mudando tão somente a forma de produção, pois os “*dejetos da escravidão*” (Del Priore, 2000) da República Velha se tornaram os “*dejetos do tráfico de drogas*” da República Nova.

O “*recrutamento dos jovens para o tráfico de drogas, a partir da consolidação da cocaína no mercado internacional na conjuntura*”, é analisado por Vera Malaguti Batista:

Esse jovem traficante, vítima do desemprego e da destruição do Estado pelo aprofundamento do modelo neoliberal. É recrutado pelo poderoso mercado de drogas. Com a consolidação da cocaína no mercado internacional, o sistema absorve o seu uso mas criminaliza o seu tráfico, efetuado no varejo pela juventude pobre da periferia carioca. Importante do ponto de vista cultural, high-tech e narcísica, a cocaína movimenta um mercado paralelo milionário, cujos circuitos de comercialização e produção são controlados pelos países centrais. Num mundo onde nenhuma lei vale mais do que a da oferta e da demanda, a cocaína transforma-se numa mercadoria altamente valorizada (2003, p. 41).

O mercado de trabalho “*excludente e recessivo*” remete uma parcela considerável dos jovens a relações estruturais com o tráfico de drogas, operando no varejo, em situação de extrema volatilidade, em razão principalmente dos altos níveis de apreensão do jovem em razão desta atividade, bem como das mortes por causas externas que os vitima nessa ocupação: “*um exército de jovens queimados como carvão*” (BATISTA, 2003, p. 41).

Segundo o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei⁹³ (CNJ, 2017) o tráfico de drogas figura na primeira posição entre os atos infracionais mais registrados, 32.048, sendo que os registros de posse de droga para consumo pessoal perfazem o número de 4.525; colaboração com grupo, organização ou associação destinadas à produção ou tráfico de drogas, 557; associação para a produção e tráfico e condutas afins, 3.342 e 20 atos infracionais relacionados a financiamento ou custeio de produção ou tráfico de drogas (CNJ, 2017).

Não há pesquisas seguras e gerais indicando a relação do uso de drogas e envolvimento dos adolescentes em outros atos infracionais, no entanto, a relação é presumida,

⁹³O mesmo Cadastro indica atos infracionais que mereciam uma investigação mais acurada, como, por exemplo, a ocorrência no ano de 2017, de apenas 5 condutas de preconceito de raça ou cor em todo território brasileiro; ou o registro de adolescentes cumprindo medida socioeducativa pelo ato infracional equiparado ao crime de corrupção de menores perfazendo 38 ocorrências (CNJ, 2017).

como por exemplo no acesso facilitado à armas de fogo (no ano de 2017, os registros de atos infracionais por infração ao sistema nacional de armas foi na ordem de 5.331) ou da conduta assemelhada ao crime de quadrilha ou bando que o Cadastro Nacional aponta 516 ocorrências (CNJ, 2017).

Outro fator que relaciona as drogas à prática de ato infracional é o número de adolescentes usuários entre 75% dos adolescentes fazia uso de drogas ilícitas (CNJ, 2017).

Segundo a pesquisa de Saporì e Soares (2014), *“a expansão do tráfico de drogas nas periferias urbanas em décadas recentes constitui a principal matriz geradora de crimes violentos”* (2014, p. 79), concluindo que

Jovens residentes nesses territórios foram e continuam sendo recrutados para o mercado ilegal das drogas, que lhes oferece ganhos econômicos e simbólicos bastante atrativos. A arma de fogo passou a ser amplamente utilizada não apenas como instrumento de poder e resolução de conflitos, mas também de ostentação e *status* (2014, p. 79).

Neste debate, as advertências são muitas, como, por exemplo, o fato de que *“não convém esquecer que, apesar da enorme desigualdade existente neste país, são poucos os jovens pobres que enveredam pela carreira criminoso”*⁹⁴(ZALUAR, 1997, p. 2). Em números: 0,1% de adolescentes cumprindo medida socioeducativa de internação, que correspondem aos atos infracionais mais graves, 0,3% de atos infracionais de tráfico de drogas e 0,66% em todas as medidas (161.003 foram o total de guias de cumprimento de medidas socioeducativas em 2017).

Outra questão, também apontada por Alba Zaluar diz respeito às diferentes formas de abordagem, em razão do contexto socioeconômico do usuário de drogas:

A grande diferença, e aqui está outra manifestação da desigualdade neste país, é que os usuários pobres não têm o mesmo acesso a serviços de saúde para tratá-los no caso de abuso, nem para defendê-los no caso de problemas com a Justiça. Em suma, sem uma política pública que modifique a atual criminalização do uso de drogas, sem uma política de redução do risco do seu uso na área da saúde e sem um projeto educativo de prevenção de seu uso entre os jovens não conseguiremos modificar o atual cenário de violência e injustiça existente no país (1997, p. 3).

⁹⁴Reproduzindo (1º Capítulo, p.): “O levantamento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Ministério dos Direitos Humanos – Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente) em seu Levantamento Anual SINASE, 2014, apresentou que, dentre a população brasileira, 24.042.852 estavam dentro da faixa etária entre os 12 e 18 anos, e um total de 24.628⁹⁴ cumprindo as medidas de internação provisória⁹⁴, semiliberdade ou internação, correspondendo a 0,1% da população total desta etapa da vida”.

O tráfico de drogas, portanto, é, ou melhor, deveria ser pauta de uma política criminal com a necessária inversão de foco de combate, tirando da mira os que se concentram na ponta inferior da atividade criminosa, mirando para “*os que fazem fortuna traficando drogas e armas*” (ZALUAR, 1997), reservando outros âmbitos da política estatal aptas a uma abordagem mais adequada voltada à população infanto juvenil, delimitados por sua condição especial de pessoas em desenvolvimento.

Em que pese a temática ser fundamental para se estancar uma fonte sagaz de violência, não compõe a pauta congressista, servindo tão somente para fomentar a sanha punitivista dos adeptos à redução da maioria.

3 SIMBOLISMO NO DIREITO

No estudo etimológico de símbolo, verifica-se a origem do termo, ocidentalmente reconhecido, no grego *súmbolon*/σύμβολον, segundo Koutantus:

[...] designa um elemento representativo que está (realidade visível) em lugar de algo (realidade invisível) que tanto pode ser um objeto como um conceito ou ideia, determinada quantidade ou qualidade. O "símbolo" é um elemento essencial no processo de comunicação, encontrando-se difundido pelo cotidiano e pelas mais variadas vertentes do saber humano. Embora existam símbolos que são reconhecidos internacionalmente, outros só são compreendidos dentro de um determinado grupo ou contexto (religioso, cultural, etc.) (KOUTANTUS, 2007)

Dentre as mais diversas utilizações do símbolo, o étimo já traça uma correspondência remota, porém, prelibatória do sentido que importa ao fenômeno legislativo-jurídico em questão.

Marcelo Neves aponta a extrema complexidade⁹⁵ na diferenciação semântica (social e cultural) dos termos “*simbólico*”, “*símbolo*” e “*simbolismo*”, apontando uma breve investigação acerca de seus significados sob os aspectos da estrutura social, psicanálise, semiótica, lógica, sociologia⁹⁶, apontando a necessária delimitação do termo “*legislação simbólica*”(2011).

Para tanto, Neves aponta uma incompatibilidade, em razão da redundância, dos sentidos propostos por Cassier, Levi-Strauss e Lacan, em razão destes remeterem à ideia de que toda produção humana de sentido é simbólica, e a “*legislação simbólica*”, enquanto tal, também o é. Haveria certa aproximação com a teoria *freudiana*, pela construção do simbolismo dicotomizado em significado latente e significado manifesto, (2011, p. 23), no

⁹⁵ Desperta interesse a elaboração do Vocabulário técnico e crítico da Filosofia de Lalande, apresentado pelo autor a partir de ECO (ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia dellinguaggio*. Turim: Einaud [trad. Bras. Semiótica e filosofia da linguagem. São Paulo: Ática, 1991a] onde símbolo seria “um dos momentos mais patéticos da lexicografia filosófica”.

⁹⁶ O autor apresenta o símbolo, simbolismo e simbólico pela antropologia estruturalista de Levi-Strauss: “Toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos em cuja a linha de frente colocam-se a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência, a religião” (NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 7); bem como apresenta notas da psicanálise, em Lacan, onde “o simbólico apresenta-se como uma forma de mediação entre o sujeito e o outro”, ou, ainda, na sociologia, com Luhmann (LEMAIRE, Anika. Jacques Lacan. 6ª. Ed. Bruxelas: Pierre Mardaga [trad. bras.: Jacques Lacan: uma introdução. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989), que, apesar de não excluir o uso do simbólico no sentido utilizado em A Constitucionalização Simbólica, deve ser afastado, assim como os anteriores, eis que “incompatível com o uso da expressão “legislação simbólica”. A aproximação verificada pelo autor se perfaz em Freud, “na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto”, como aponta Marcelo Neves, (Op. cit., p. 21) bem como verifica-se o sentido de direito simbólico em Hassemer a ser apresentado no decorrer dos apontamentos.

entanto, em Gusfield (1986), Neves constrói o vértice inicial de sua delimitação terminológica.

Localizando na obra do sociólogo americano Joseph Gusfield (Universidade de Chicago) a relação de “*legislação simbólica*” com as distinções entre as variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas, Neves consigna:

As funções instrumentais implicariam uma relação de meio-fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação [...] Afastando-se de outros autores que abordam o problema da política simbólica, Gusfield distinguiu o simbólico não apenas do instrumental, mas também do expressivo. Em contraposição à atitude expressiva e semelhantemente à ação instrumental, a postura simbólica não é caracterizada pela imediatidade da satisfação das respectivas necessidades e se relaciona com o problema da solução de conflito de interesses. Diferentemente das variáveis instrumentais, a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio-fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente. (NEVES, 2011, p. 22)

Constatar-se-ia, portanto, relação entre ação instrumental com o sentido denotativo, e ação simbólica com o sentido conotativo, sendo que a distinção entre estas é possível tão somente na *práxis* dos sistemas sociais, onde as três variáveis estarão presentes (instrumental, expressiva, simbólica) preponderando uma ou outra delas.

Outra consignação de fundamental importância é a distância que deve se travar entre direito⁹⁷ simbólico e legislação simbólica, vez que, o direito possui uma carga simbólica necessária, sob a qual é possível a construção de sua legitimidade, sobre a qual o autor reflete:

[...] a noção de direito como simbolismo é incompatível com o conceito de legislação simbólica: partindo-se de que toda a atividade jurídica, tanto na prática quanto teórica, seja primariamente simbólica, perde o sentido o tratamento como problema específico de um sistema jurídico (NEVES, p. 2011, p. 26).

Simbolismo delimitaria um conteúdo validado em razão de compor a própria essência do fenômeno social jurídico, sendo caracterizado, inclusive, por corresponder ao desejo ambicionado com a produção normativa, neste caso, de antemão, a função projetada corresponde ao objetivo perseguido. Há que se constatar, no entanto, que o fenômeno do

⁹⁷ Direito aqui no sentido que empreendeu Montoro, enquanto norma jurídica, que “*é, em primeiro lugar, uma regra de conduta social. Seu objetivo é regular a atividade dos homens em suas relações sociais*”, que, dentre as diversas normas que regem a vida social se apresenta como da espécie “*normas jurídicas: que, distinguindo-se das demais, constituem o campo do direito*” (1995, p. 305). De maneira mais específica, o direito como legislação, sendo a lei pontuada em seu sentido estrito e próprio, “*a norma jurídica aprovada regularmente pelo Poder Legislativo*” (Op. Cit. p. 328).

simbolismo neste contexto fica delimitado pelos princípios que pautam cada ramo do direito, eis que a validade do conteúdo varia com maior ou menor grau a depender dos limites por estes impostos. A legislação simbólica apresenta-se como uma faceta desvirtuada deste simbolismo, onde os limites referidos não foram observados ou, voluntariamente, foram extrapolados.

Com vistas a fixar conteúdo ao temo, Marcelo Neves lança:

A esta altura, surge uma delimitação: Legislação simbólica aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento das funções jurídico-instrumental (NEVES, 2011, p. 23).

No entanto, legislação simbólica não pode ser assentada, tão somente, enquanto posição antagônica à legislação instrumental, eis que seu conteúdo alude a uma função normativo-jurídica, e, de maneira abstrusa, se afasta, conformando finalidades políticas e jurídicas não instrumentais. Em outras palavras, a legislação pode ser originada com o sentimento político e jurídico de função normativa e passar a cumprir, independentemente da vontade do legislador, apenas uma função hipertrófica simbólica. O fenômeno adverso também é possível, ou seja, a sua produção se orienta para fora dos limites do simbolismo adequado, com alto teor de função desvirtuada e passa, voluntariamente, em razão dos fenômenos sociais diversos a cumprir um papel instrumental valorável.

Tal argúcia do direito, *doctrina et usu*, é levantada por Fuziger

Visto sob um prisma totalizante, nota-se que o direito é uma grande amálgama de incongruências. Eis que surge a ciência jurídica com a função de implementar uma certa logicidade ao Direito. No entanto, todo esforço para edificar uma estrutura normativa é arriscado quando perniciosas sutilizas são empregadas dentro da legislação, como em situações nos quais sentidos latentes são suscitados em leis manifestamente simbólicas. (2015, p. 41)

Buscando o sintetismo, enfim, legislação simbólica, para fim e ao cabo, é “*caracterizada por uma hipertrofia da sua função simbólica em detrimento da concretização normativa do respectivo texto legal*” (NEVES, 2011, p. 32).

Harald Kindermann, no artigo “*Symbolische Gesetzgebung*”⁹⁸, (1988) sistematiza a legislação simbólica em três possibilidades, em acordo com o objetivo a que se destina:

⁹⁸Harald Kindermann publicou o trabalho *Symbolische Gesetzgebung* 1988, enquanto era professor de Teoria Jurídica na Universidade Justus Liebig de Giessen (*Justus-Liebig-Universität Gießen*), compondo a obra *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Teoria legislativa e política legal) indicando que a temática da

confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e o adiamento de solução de conflitos sociais.

No primeiro enquadramento, confirmação de valores sociais^{99,100}, o pronunciamento legislativo se pauta, frente a um conflito social, na declaração de quais valores se sobrepõe aos outros, empreendendo uma “*vitória legislativa*” a um deles (NEVES, 2011, p. 33) sendo que, aos não contemplados, “*busca-se também através da legislação proibir as condutas específicas dos perdedores. Em ambas as situações a mera expedição da lei é o bastante para afirmar a ideologia vencedora*” (MIRANDA, 2010, 225).

Há um conteúdo moral tendente a parametrizar os valores expressos na legislação, no entanto, a legislação não cria valores, mas consigna aqueles que conseguiram, na correlação de forças, serem expressos com maior adesão no momento legislativo, os que sucumbiram deverão estar adstritos a uma vontade majoritária, sendo que, a norma produzida não será capaz de repercutir no câmbio das crenças valorativas dos derrotados.

Identifica-se, assim, a ideia de Joseph Gusfield que “*a medida que os grupos de status competem entre si para mudar ou defender sua alocação de prestígio, eles o fazem através de objetivos simbólicos, e não instrumentais*”¹⁰¹ (1963, p. 21) ao uso da legislação para fixação do prestígio vencedor enquanto posição oficial.

legislação simbólica surgiu em 1935 com Thurman W. Arnold, sendo contemporâneo ao trabalho produzido a influência dos sociólogos Joseph R. Gusfield e Murray Edelman.

⁹⁹Como exemplo de legislação simbólica para confirmação de valores sociais, Marcelo Neves (2011) elenca a tese central de Gusfield (1963), base das considerações de Kindermann, que sustentava que a Lei Seca nos Estados Unidos tinha por objetivo latente fixar os valores preponderantes entre a disputa ideológica do grupo nativo protestante contra os católicos imigrantes. *Our attention to the significance of drink and abstinence as symbols of membership in status groups does not imply that religious and moral beliefs have not been important in the Temperance movement. We are not reducing moral reform to something else. Instead, we are adding something. Religious motives and moral fervor do not happen in vacuo, apart from a specific setting. We have examined the social conditions which made the facts of other people's drinking especially galling to the abstainer and the need for reformist action acutely pressing to him. These conditions are found in the development of threats to the socially dominant position of the Temperance adherent by those whose social respect and honor are diminished, the sober, abstaining citizen seeks for public acts through which he may reaffirm the dominance and prestige of his style of life. **Coverting the sinner to virtue is one way; law is another*** (GUSFIELD, 1963, p. 4, grifo da autora). Nossa atenção ao significado da bebida e da abstinência como símbolos da participação em grupos de status não implica que as crenças religiosas e morais não tenham sido importantes no movimento da Temperança. Não estamos reduzindo a reforma moral a outra coisa. Em vez disso, estamos adicionando algo. Motivos religiosos e fervor moral não acontecem no vácuo, além de um cenário específico. Examinamos as condições sociais que tornaram os fatos da bebida de outras pessoas especialmente irritantes para o abstinente e a necessidade de ação reformista pressionando-o profundamente. Essas condições são encontradas no desenvolvimento de ameaças à posição socialmente dominante dos adeptos da Temperança por aqueles cuja honra e respeito sociais são diminuídas, o cidadão sóbrio e abstinente busca atos públicos através dos quais ele possa reafirmar o domínio e o prestígio de seu estilo de vida. **Converter o pecador para a virtude é um caminho; a lei é outro.** (Tradução desta autora).

¹⁰⁰ O exemplo pode se expandir para temas como a criminalização x legalização do aborto, uso de células tronco x grupos religiosos, recepção de imigrantes e refugiados x xenofobia, utilização do nome social por pessoas travestis e transexuais x preconceito de gênero, escola sem partido x educação emancipadora, entre outros.

¹⁰¹ No original: “*As status groups vie with each other to change or defend their prestige allocation, they do so through symbolic rather than instrumental goals*” (Tradução da autora).

Invertendo a ordem¹⁰² apresentada por Kindermann, o espectro da legislação simbólica enquanto instrumento dilatatório de compromissos sociais¹⁰³, tem por objetivo latente a transferência do conflito para o futuro, sendo que “*assim, é produzida uma norma com dispositivos dificilmente aplicados, fruto de um acordo político para postergar a solução, levando ao povo a ilusão de que a matéria está sendo devidamente regulamentada*” (SILVA, 2007, p. 22). Segundo Marcelo Neves, “*nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei*” (2011, p. 41).

As condições objetivas momentâneas não caracterizam campo fértil para a efetividade normativa-jurídica, se prestam a outros fins, conhecidos e consensualizados por aqueles que optam por objetivos fora deste âmbito, com vistas a produzir a norma simbólica. No âmbito de uma leitura política, pode, por vezes, funcionar como um pacto postergatório de confronto ideológico, uma trégua na disputa.

A derradeira hipótese, denominada legislação-álibi¹⁰⁴, tem por objeto fortalecer “*a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral no Estado*” (KINDERMANN, 1988, p. 234). O legislador, sob pressão da massa, é instado a agir, utilizando-se da produção legislativa para a retomada do controle, produzindo a falsa sensação de retomada de estabilidade. Segundo Neves, (2011, p. 36) “*através dela o legislador*

¹⁰²A inversão da ordem é metodológica. Harald Kinderman pontuou sua tricotomia da seguinte forma: a) confirmação de valores sociais; b) legislação-álibi; c) legislação como forma de compromisso dilatatório. Na presente pesquisa a legislação-álibi, neste item, é apresentada por último, unicamente em razão da sistemática escolhida para a apresentação do tema, em razão de ser essa modalidade a elencada para fundamentar o objeto da pesquisa.

¹⁰³O exemplo apresentado por Marcelo Neves (2011) reproduzindo Kindermann, versa acerca de uma lei norueguesa que previa a regulamentação do trabalho doméstico, cuja a eficácia era restrita, dada a insignificância das medidas sancionatória em caso de inobservância pelos empregadores. A opção do constituinte em prever o imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VIII, Seção III – Dos Impostos da União – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) parece fixar uma modalidade de compromisso dilatatório, vez que, passados quase 30 anos da promulgação não há, ainda, legislação infraconstitucional regulamentadora do preceito, assim como ocorre com o tema da regulamentação do setor de comunicação. Há que se consignar que não se trata de eficácia, já que, de acordo com José Afonso da Silva (1968) estas normas, ditas “programáticas” possuem eficácia jurídica imediata, eis que “estabelecem um dever para o legislador ordinário; condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram a ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (1968, p. 150). O que caracteriza, portanto, os referidos exemplos enquanto legislação simbólica é justamente a previsão constitucional com necessária regulamentação, o que adia a solução da questão.

¹⁰⁴Como exemplo o próprio objeto de investigação da presente pesquisa, a proposta de redução da maioria penal no Brasil, empreendida sob a justificativa normativa-jurídica de redução dos índices de violência, entretanto, sem base em dados, em apontamentos, ou estatísticas que lastreiem qualquer eficácia da medida, evidenciando seus sentidos latentes, hipertroficamente simbólicos.

procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos”.

Nesta modalidade, conclui-se por duas categorias de legislação-álibi: a) resposta à pressão dos cidadãos em razão de temas que suscitam clamor popular – demonstração que o Estado detém o controle; b) prestação de contas em razão de pleito eleitoral, como forma de angariar votos, em temas geralmente plebiscitários¹⁰⁵. Em ambos, a resposta do legislador não está lastreada em situações realísticas de resolução do conflito em xeque.

Utilizando-se a necessidade de delimitar-se o contexto, a construção acerca da legislação simbólica estará fixada nos limites da fase legislativa de produção das normas, em especial atenção àquelas que compõe o âmbito penal, entretanto, preambularmente, em razão da explícita possibilidade de exemplificar a legislação-álibi com a proposta de redução da maioria penal, emerge a necessidade de observar os fenômenos que pautam a especificamente esta classificação de Kindermann.

3.1 Legislação- álibi – prestação de contas ao eleitorado

Fernando de Brito Alves (2013), descrevendo as características do mandato representativo, afasta tal modalidade do mandato civil¹⁰⁶, uma vez que *“os representantes tomam suas decisões livremente, estabelecem seus programas políticos e são responsáveis por discernir e escolher aquelas opções políticas que julgarem melhores”*. Há, no entanto, um vínculo periódico, ao qual o representante se coloca à prova frente ao eleitorado, seguindo a lógica do mercado do voto.

Ao apresentar as teorias adjetivas da democracia, sob o aspecto da democracia agregadora, o autor indica que

Com as transformações tecnológicas ocorridas no século XIX, sobretudo do trabalho, aparecem novas concepções de democracia. A democracia, aos poucos vai se restringindo a um método específico de escolha dos dirigentes,

¹⁰⁵Empresta-se ao termo, nesse sentido, a aceção de temas complexos reduzidos a um maniqueísmo, a um sistema de escolha dual de decisão.

¹⁰⁶O mandato é contrato pautado numa relação de confiança, segundo lições de Luiz Guilherme Loureiro, “as exigências da boa-fé contratual se tornam ainda mais relevantes em sede de mandato” (LOUREIRO, 2004), e, no mesmo diapasão, Maria Helena Diniz, “[...] o mandato é contrato *intuitu personae*, baseado na mútua confiança” (2006, p.121), ao qual são legalmente delimitados direitos e deveres às partes. Dos deveres do mandatário, o mais significativo consiste na obrigação de prestar contas, que envolve, além de exigência de, mediante forma pormenorizada, narrar os atos desempenhados em nome do mandatário

em um contexto de competição política pelos votos dos cidadãos (ALVES, 2013, p. 96).

Ao ponderar acerca do modelo *schumpeteriano*, Fernando de Brito Alves indica que, reduzida a democracia a este sistema, a legitimidade estaria condicionada à análise dessa representação, sendo este considerado razoavelmente representativo porque: 1) “*os que assumem as representações públicas são “espíritos públicos”*”, 2) “*o cidadão por meio do voto, consegue distinguir entre os bons e os maus candidatos*”, 3) “*os cidadãos usam o voto para ‘ameaçar’ os políticos que se afastam dos valores e interesses do povo*”, 4) “*a separação dos poderes é capaz de garantir que o interesse da maioria seja observado*”(2013, p. 98).

Subsumindo tal consideração ao atual modelo democrático brasileiro, o legislador, seja prestando contas de sua atividade na legislatura finda, ou apresentando propostas à vindoura, elabora pautas de soluções fáceis e superficiais para complexos problemas da sociedade, elegendo as propostas mais sedutoras para oferecer ao eleitor no ‘momento voto’.

No mais das vezes, o marketing político, a partir da avaliação dos aspectos psicológicos do eleitorado e objetivando traçar estratégias para o sucesso da candidatura, constitui-se no carro chefe do pleito eleitoral, traçando propostas que apresentam potencial para atrair votos (VEIGA; GODIN, 2010, p. 1). Pois “*tanto como sucede em el marketing comercial, es impensable abordar um mercado – sea comercial o electoral – sin contar com información previa y confiable*” (GUTIERREZ, 2011, p. 100).

Há um desvirtuamento no processo de escolha, posto que as plataformas políticas não se apresentam, no caso, como genuínas elaborações dos candidatos que são lançadas para angariar identificação de parcela do eleitorado e, conseqüentemente, votos. O caminho é invertido, de modo que a construção das propostas a serem apresentadas são construídas a partir da demanda desejada pelo eleitorado, optando-se por falar o que se quer ouvir.

Marcus Figueiredo, apontando o perfil do eleitorado indica que

Os indivíduos, eleitores ou não, são simultaneamente trabalhadores, proprietários, moradores, consumidores, contribuintes, têm preferências religiosas, uma etnia e outros atributos. Ao longo da vida os indivíduos adquirem algum sistema de crença, formam uma visão do mundo em que vivem e esboçam, ainda que rudimentarmente, uma ideologia. Cada indivíduo olhado isoladamente é depositário de um conjunto destes ingredientes. Cada indivíduo ao nascer tem uma probabilidade, historicamente estimável, associada a diferentes subconjuntos de atributos sociais, que em maior ou menor grau condicionam as suas chances e oportunidades sociais (FIGUEIREDO, 2008, 16).

O autor indica, ainda, que “*quando os indivíduos são chamados a optar politicamente através do voto, toda sua história social contribui para sua decisão: primeiro, decidem se participam ou não do ato de votar; em seguida, decidem para quem darão seu voto*”. (2008, p.17) A proposta de redução da maioria penal serve, então, como um atrativo não só de participação, como de adesão ao candidato que oportunamente apresenta plataformas favoráveis a essa questão.

Dalmo Dallari (2001) adverte para o “*caráter demagógico e eleitoral*” por traz desta questão, eis que, devido à comoção social promovida pela mídia quando esta destaca casos de violência perpetrados por adolescentes, a temática da redução da maioria penal se apresenta como proposição oportunista capaz de alavancar candidaturas.

Este fenômeno não se concentra tão somente nesta proposta, em geral as temáticas criminais possuem este apelo, como argumenta Wermuth (2011)

Entre as razões principais da utilização política do Direito Penal encontra-se o fato de que, por meio dele, o legislador adquire uma “boa imagem” em face da sociedade, na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais atende às demandas sociais por segurança, obtendo, assim, reflexamente, um grande número de votos (2011, p 57).

Uma enquete promovida pela Câmara Alta brasileira, através do DataSenado e Agência Senado, entre os dias 17 de fevereiro e 5 de março de 2014, via rede mundial de computadores, na página oficial do Senado Federal, lançou a seguinte questão: “*Você é a favor ou contra o projeto que visa acabar com a maioria penal, permitindo que crianças e adolescentes sejam julgados por seus atos como adultos (PLS 147/2013)*¹⁰⁷?”

Participaram da consulta 4.200 pessoas, apresentando um índice de 81% de aprovação e 19% de opiniões desfavoráveis, consignando que a proposta se dirige à criança e ao adolescente, sem indicar parâmetros etários mínimos para que sejam ‘julgados’.

Outra consulta, também realizada pelo Senado Federal, nos mesmos moldes, lançou o questionamento: “*Você é a favor ou contra a proposta que estabelece a maioria civil e penal aos 16 anos?*”. Realizada entre os dias 17 a 31 de outubro de 2011, alcançou

¹⁰⁷ O projeto de Lei do Senado nº 147/2013, de autoria do Senador Magno Malta (PR – ES) Propõe a revogação do art. 27 do Código Penal, nos seguintes termos: “*Art. 1º Fica revogado o art. 27 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal*”. Em tese, para o proponente, uma vez revogado o dispositivo, a inimputabilidade não mais alcançaria o menor de 18 anos. Dentre as justificativas, destaca-se: “*Atualmente, essa presunção absoluta, que o jovem com idade inferior a 18 anos não possui capacidade de entender o caráter ilícito de seus atos e de determinar-se de acordo com esse entendimento, tem gerado **revolta na sociedade brasileira**, que presencia, quase que diariamente, a prática de diversos delitos penais por crianças e adolescentes, valendo-se, inclusive, da impunidade que a sua condição particular lhe proporciona*”. (Grifo da autora).

87,3 % de aprovação contra 12,7% de rejeição, no universo de 4.109 participantes. Note-se que a proposta não se limita à responsabilização criminal, expandindo-se para a cível, o que acarreta severas modificações no âmbito do direito¹⁰⁸, sem que o eleitorado possua informações acerca do significado prático de sua escolha.

Significativa, nesse ponto, a análise de Marcelo Neves (2011), da questão apresentada por Kindermann (1988):

Nos períodos eleitorais, por exemplo, os políticos prestam conta do seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. É secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente “desejados”, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas. Importante é que os membros do parlamento e do governo apresentem-se como atuantes e, portanto, que o Estado-Legislador mantenha-se merecedor da confiança do cidadão (NEVES, 2011, p. 37).

Não se pretende com as considerações apontadas traçar um *modus operandi* da totalidade dos parlamentares, eis que este é um universo plural e não unânime, ademais, “*parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido[...] líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas*” (NEVES, 2011, p. 40).

Vale consignar, também, que a proposta de redução da maioria penal, para a denominada “*direita conservadora*”¹⁰⁹ não se basta a uma manobra eleitoreira, mas faz parte de sua ideologia “*securitária-autoritária*” (FAGANELLO, 2015 p. 146).

¹⁰⁸ A redução da maioria civil para 16 anos, significaria uma mudança de marco etário que refletiria na permissão para o casamento sem consentimento dos pais, a permissão para conduzir veículos automotores, o fim do dever de sustento dos pais, autorização para o consumo de bebidas e tabaco, composição de corpo de jurados, elegibilidade, entre outras.

¹⁰⁹ Ao tratar acerca da denominada onda conservadora, Marco Antônio Faganello expõe que “*a direção política e social da direita brasileira contemporânea é o produto resultante de diversas forças, que estão em justaposição, mas acenam em direções próprias. Nesse sentido, cada fenômeno pode ser interpretado como uma pequena onda, mas que no plano geral configuram, portanto, uma maré conservadora* (2015, p. 146) Prossegue o autor identificando as forças que compõem a unidade conservadora: “*Uma radiografia geral do perfil do parlamento na atual legislatura nos permite a identificação de três grupos de direita mais ou menos coesos: em primeiro lugar, uma bancada empresarial; expressiva em termos numéricos, defensora do liberalismo econômico e de medidas de redução da presença do Estado na economia; em segundo, uma bancada composta por religiosos conservadores, principalmente evangélicos mas também apoiado por uma forte presença de lideranças católicas.8 Estes defendem os chamados direitos da família e a moralização dos costumes, contrapondo-se principalmente a políticas dos defensores dos direitos homossexuais, bem como a direitos reprodutivos e a legalização do aborto. Um terceiro grupo, por fim, se concentra em torno das chamadas questões securitárias, defendendo a redução da maioria penal e da revogação do Estatuto do Desarmamento.9 Informalmente chamada de Bancada da Bala, advoga medidas repressivas no combate à criminalidade e compõe-se majoritariamente por ex-policiais militares e delegados da polícia civil*” (2015, p. 146).

Nesse contexto, ao fim, a legislação-álibi, na vertente ‘prestação de contas ao eleitorado’ apresenta-se como uma hipertrofia em sua função simbólica de forma a contemplar a lógica do ‘mercado do voto’, relegando ao plano ilusório a missão legislativa de concretização normativa, sendo que, no que diz respeito ao rebaixamento etário penal, tal decisão não apresenta concretude para sanar os problemas a que se propõe, configurando a sobreposição oculta do sentido latente sobre o manifesto. Serve, portanto, para parecer corresponder às exigências e expectativas populares.

2.2 Legislação-álibi–reação do Estado

Outra vertente do Direito Simbólico sob o aspecto da legislação-álibi consubstancia-se na atuação do Estado, em seu espectro legislador, frente às pressões sociais. *“Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata”* (NEVES, 2011, p. 37). A atuação legislativa volta-se, então, para uma tomada de decisão normativa que não visa o objeto do incomodo popular, mas como medida a aplacar o fenômeno de insatisfação.

A iniciativa legislativa, sob o aspecto formal-jurídico, significa o ato que deflagra o processo de formação da lei, por seu legitimado constitucional¹¹⁰, no entanto, Costa Júnior (2011) aponta que a iniciativa passou a compor um espectro político, significando a tomada de escolhas, opinando que

É exatamente nessa encruzilhada entre os mundos do direito e da política que a atuação da legística material revela toda a sua utilidade prática. Neste momento crucial para o processo de criação do direito e para o processo de materialização dos programas políticos do Governo, ela poderá atuar de forma incisiva para evitar que o direito novo padeça dos vícios que o envenenam e para que as políticas governamentais, instrumentos de realização do interesse público, não se transformem em promessas frustradas (2011, p. 117).

O autor aprofunda, no que denomina envenenamento do ordenamento jurídico, apontando a necessidade inafastável de se buscar a utilidade da lei, posto que *“pensar a lei significa pensar a respeito de seus resultados, em quais alterações da realidade serão por ela*

¹¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil (1998) Seção VIII, Do Processo Legislativo.

produzidas” (2011, p. 125). Sem significar uma imposição de limites ao legislador¹¹¹, o que seria inadmissível, podendo tal atividade ser balizada tão somente pela Constituição Federal¹¹², aponta a boa legística para a implementação de sistemas de análise *a priori* da proposta legislativa e *a posteriori*, do produto da atividade legiferante.

Adotando este pertinente sistema, se não fosse possível combater por completo o fenômeno da legislação-álibi, ao menos com a gestão de projetos haveria uma proteção mais acurada dos bens jurídicos colocados em risco pela atividade parlamentar capciosa.

Convém ponderar que os tímidos esforços para orientar a produção legislativa no Brasil podem ser verificados na Lei Complementar n° 95 de 25 de fevereiro de 1998 (*“Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”*) e no Decreto n° 9.191 de 1° de novembro de 2017 (*Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado*). Ambos diplomas, em que pese consubstanciarem em um prelúdio, padecem paradoxalmente de instrumentalidade.

Se por um lado o intenso desejo popular de pronunciamento do Poder Legislativo pode figurar como a manutenção de certa confiança no Estado, por outro pode demonstrar o potencial de manipulação que a mídia exerce sobre a opinião pública, e, reflexamente, detém poder para pautar a atividade legiferante, sendo oportuno reproduzir Eduardo Carone Costa Júnior:

No mais das vezes, essa pressão é exteriorizada pela mídia como uma situação de inadequação do ordenamento jurídico para a qual a classe política não se atentou ou perante a qual, para atender a interesses setoriais, prefere se quedar inerte. Com a intensificação do clamor social por mudança e, muitas vezes, manifestações de desgosto públicas pela inércia do legislador, algumas das autoridades às quais a Constituição conferiu o poder de açular o processo legislativo apresenta uma proposta de legislação que

¹¹¹ Acerca de um sistema de avaliação da produção de normas penais, Ferández adverte: *“No se pretende substituir con ello el proceso de decisión política sino, más bien, proponer la construcción de un sistema de principios o reglas que impida a los políticos adoptar decisiones legislativas irracionales y, a la vez, les introduzca a aptar decisiones racionales em este ámbito, al tomar em consideración los efectos o consecuencias de las mismas [...] el consejo científico, reiteramos, nunca puede substituir a la decisión política”* (RODRIGUEZ FERRANDEZ, 2011, p. 206).

¹¹² A exemplo, as Cláusulas Pétreas, dispositivos constitucionais que não podem ser alterados nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4°. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais, da qual o art. 227 faz parte, conforme disposto no presente trabalho.

será vista como uma resposta à sociedade, mesmo que suas normas sejam inexecutáveis (2011, p. 144)

Ilustrando a assertiva, enquadra-se a pesquisa realizada pela ANDI - Agência de Notícias dos Direitos da Infância (2012) que monitorou 54 jornais diários no país no ano de 2007, relacionando 3.970 matérias tendenciosas sobre a temática da redução da maioridade penal, destas, 1.334 estavam concentradas no mês de fevereiro em razão de um homicídio que contou com a participação de um adolescente, sendo que este se tornou um dos assuntos mais veiculados em rede nacional (*Caso João Hélio*)¹¹³. No mesmo contexto e período foram protocoladas três Propostas de Emenda à Constituição cujo objeto era a modificação do art. 228, antecipando o marco da idade penal.

Outras nove Propostas de Emenda à Constituição, com o mesmo objetivo, foram deflagradas entre os meses de novembro de 2003 a março de 2004, movidas pela repercussão do chamado *Caso Champinha*¹¹⁴. Nos anos anteriores, a média de notícias com o propósito de alteração da idade penal era de 370, significando um aumento da veiculação na ordem de 1.072%.

O clamor social, fruto desta mobilização midiática, faz erigir a atividade legiferante hipertrófica, pode-se, portanto, “*afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de*

¹¹³João Hélio (João Hélio Fernandes Vieites, 2000 – 2007) foi vítima de latrocínio em 07 de fevereiro de 2007, durante um assalto ficou preso ao cinto de segurança pelo lado de fora do veículo, sendo arrastado pelo carro em que estava. Participaram do latrocínio 4 maiores de 18 anos e um adolescente. Além de fomentar a redução da maioridade penal, com a apresentação de Propostas de Emenda à Constituição, uma semana após o fato, em 14 de fevereiro de 2007, em clima de comoção a Lei nº 11.464/07 foi aprovada, com unanimidade e em regime de urgência, na Câmara Federal, empreendendo modificações na Lei de Crimes Hediondos, em seu art.; 2º: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado; § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Acerca dos fatos, no dia 15 de fevereiro daquele ano a UNODC lançou a seguinte nota: “*O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) manifesta profundo pesar diante da tragédia ocorrida com o menino João Hélio Fernandes Vieites, de 6 anos, arrastado e morto por assaltantes no dia 7 de fevereiro no Rio de Janeiro. O UNODC se solidariza com a família e amigos da vítima - e com toda a sociedade brasileira, abalada pelo fato. Para o UNODC, sozinhos, os debates sobre a questão penal não irão solucionar os problemas da violência, que também se referem a questões sociais. “A violência pede uma abordagem de diversas frentes”, segundo Giovanni Quaglia, representante regional do UNODC para o Brasil e Cone Sul. “A dificuldade de desenvolver plenamente as capacidades pessoais e profissionais, a urbanização acelerada marcada por desigualdades intraterritoriais, a deterioração de redes sociais e laços familiares, a criminalidade das redes de tráfico, o uso de armas de fogo e o abuso de álcool e drogas ilícitas agravam o quadro.”*”

¹¹⁴Roberto Aparecido Alves Cardoso (“Champinha”) em coautoria com 4 adultos torturaram e assassinaram Felipe Silva Caffé (19 anos) em 2 de novembro de 2003 e sua namorada Liana Bei Friedenbach (16 anos), mantida sob cárcere privado por 3 dias, em Embu-Guaçu, São Paulo, morta em 5 de novembro de 2003. As vítimas foram rendidas enquanto acampavam na localidade.

manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica” (Neves, 2011, p. 40).

Não há indicativos, pesquisas, dados seguros que levem à conclusão de que a redução da maioria penal sirva como vetor para diminuição dos índices de violência no país, nem prospectivas acerca das consequências diretas da adoção desta medida, entretanto, em razão do chamado que o Estado-Legislador recebe da população, há a necessidade de atuar. A atuação, entretanto, desfoca o objetivo da resolução do problema para satisfação do anseio popular.

Constata-se, então, a sobreposição da função simbólica da lei produzida sobre a função instrumental, inalcançável pela atuação eleita. Verifica-se o triunfo do objetivo latente da norma frente à sua função manifesta.

Sob esse raciocínio, Neves (2011) elucida

No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes [...] Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um alibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor (2011, p. 38)

Sob este aspecto, surge a relação com o direito penal simbólico, pois a legislação-álibi, enquanto demonstração dissuasiva de controle de situações emergenciais que são pleiteadas pelo clamor popular, é, das modalidades elencadas por Kindermann (1988), a que mais se identifica a esse campo de produção legislativa.

3.3 Direito penal simbólico

Projetando os conceitos elaborados por Kindermann (1988) acerca do direito simbólico para o campo das ciências jurídico-penais constata-se a identificação existente entre a legislação-álibi e o fenômeno que afasta a norma criminalizante de sua instrumentalidade.

Em Fuziger (2015) encontra-se uma tentativa de localizar as notas iniciais sobre o fenômeno do Direito Penal Simbólico,

Há uma acurácia cronológica nas menções doutrinárias acerca da origem do Direito penal simbólico, muito embora não haja uma inequívoca precisão de

quando decididamente ele surgiu, até porque não se trata de um evento único, mas sim de uma pluralidade de fatos assemelhados dentro de um espaço de tempo razoavelmente definido – meados da segunda metade do século XX – na história do Direito penal. O mesmo argumento que prejudica a definição de uma data de origem do “Direito penal simbólico” também se aplica à impossibilidade de pontuar o seu local de surgimento (2015, p. 118).

A mesma imprecisão é posta pelo autor no que diz respeito a uma construção doutrinária unívoca acerca do fenômeno, entretanto, fosse possível a aplicação de um *mínimo múltiplo comum delimitativo*, inclusive ligando-o à legislação-álibi, seria a preponderância dos efeitos simbólicos sobre os efeitos instrumentais, inflando o sentido conotativo do produto da atividade legislativa, em detrimento do sentido denotativo.

Os limites do termo simbólico, portanto, delimitam as diferentes construções teóricas a respeito do tema. Winfried Hassemer sopesa que “*quien relacione derecho penal y ‘efectos simbólicos’ se convierte em sospechoso*”, arguindo que tal aspecto se encontra presente, por exemplo, na prisão preventiva, na pena privativa de liberdade, pena de multas e obrigação de testemunhar e que, ao patamar que se encontra o direito penal (sob olhos atentos acerca de sua efetividade e justiça, sob a ótica científica e política) não seria aceito se este tivesse efeito exclusivamente simbólico (1991, p. 17).

Hassemer (1991) aponta que desde a década de 1960, sociólogos, políticos e criminólogos analisam o fato de que a política não está concentrada apenas no poder e nos interesses, mas também em promover e defender, ou eliminar e dar concretude aos símbolos. Prossegue indicando o “*fenómeno norteamericano de la prohibición*”, que não vem ocupando apenas a função de evitar ou minimizar os comportamentos proibidos, compreendendo, para além destes, valores culturais e morais que simbolizam certo estilo de vida. O faz com referências a Gusfield (1963), mesma fonte utilizada por Kindermann (1988) ao tracejar a legislação simbólica em seu espectro de confirmação de valores.

Em razão das várias articulações entre o direito penal e o simbolismo, somado à grande repercussão acerca da temática, Hassemer traça suas considerações, elaborando uma classificação que não resvala para longe das categorias apontadas por Harald Kindermann, mas, projetam-se em sentidos diferenciados, nomeando-as “*formas simbólicas de direito*”,

quais sejam: a) leis de declaração de valores¹¹⁵; b) leis de apelo moral¹¹⁶; c) respostas substitutivas do legislador (álibi)¹¹⁷; e d) leis de compromisso¹¹⁸.

Dentre estes modelos, o simbolismo está destacado em razão da pena, em seu princípio fundamental de defesa do ordenamento jurídico, estar conjugada com o papel simbólico de “*conservação da confiança do povo no direito*”, ou, na “*confiança do povo na invulnerabilidade do direito e na proteção do ordenamento jurídico frente a ataques delitivos*” (HASSEMER, 1991, p. 20).

A carga simbólica, portanto, assume papel destacado em âmbito penal, o que se dá principalmente em decorrência de sua Teoria da Prevenção Geral Positiva¹¹⁹, cuja sanção tem, por fim, a estabilização da norma. O reforço das expectativas normativas decorre da própria aplicação desta, e, a cada aplicação, há o seu reânimo, fortalecendo a crença a ela dirigida, passando, então, a ser seguida por todos. Há, por conseguinte, uma retroalimentação do sistema, a partir de seu uso.

Winfried Hassemer, indica

En tanto que esta función implica más que un mero adiestramiento y cruda modificación de comportamientos, esta obligada a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios (el delincuente condenado en el caso de la resocialización y todos en los modelos preventivos-generales). Debe implantar una determinada visión del derecho penal en las mentes de la gente, que enfatice la invulnerabilidad, la y la libertad, ya que de otra forma no puede esperarse una aceptación de las partes. Cuánto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean sus fines, tanto más claramente aparece su contenido simbólico: persiguen, con la ayuda de una intervención instrumental del derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica), transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al derecho (1991, p. 21).

¹¹⁵“Aborto – entre a exigência moral da mulher à sua determinação e descendência, por um lado, e por outro, a confirmação da proibição de matar” (HASSEMER, 1991, p. 20).

¹¹⁶“Direito penal do meio ambiente com o objeto de dotar de consciência ecológica pessoas que ocupam posições relevantes” (op. cit., p. 20).

¹¹⁷“Leis que servem de álbi, leis de crise – exemplo – leis contra o terrorismo com o fim pelo menos de tranquilizar os protestos públicos” (Op. Cit., p. 20).

¹¹⁸“Cláusulas Penais gerais, as pouco decisórias – sempre tem um núcleo central para satisfazer a ‘necessidade de atuar’” (op. cit., p. 20).

¹¹⁹ Apresenta-se a advertência de Welzel apud. Silva Sanchez: “O conceito de prevenção geral é utilizado em dois sentidos diferentes, o que frequentemente passa despercebido: no sentido mais restrito, que é predominante, consiste na intimidação da coletividade mediante a cominação penal abstrata e a punição do indivíduo. No sentido mais amplo, consiste na confirmação do Direito como ordem ética, e só secundariamente como intimidação. (...) Em nome da clareza conceitual, seria conveniente evitar a utilização do termo ‘prevenção geral’ para designar o segundo conteúdo, mais amplo” (SILVA SANCHEZ, 2011, p. 352). A posição de Hassemer é identificada com a segunda espécie.

Sintética e elucidativa, a mensagem é

[...] la sanción penal se orienta tanto al pasado como al futuro. La sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio l'artpourl'art, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro (HASSEMER, 1999, p. 112).

Com base nesta análise, o simbólico conotativo em detrimento do denotativo se orienta de maneira particularmente restrita, posto que a carga simbólica é substância atrelada aos fins do direito penal. Inicia a delimitação do que seria o direito penal simbólico oferecendo, por base, o antagonismo entre a realidade e a aparência; o manifesto e o latente; o verdadeiramente querido e o diversamente aplicado; ou seja, uma associação ao *engano*.

Contudo, a régua que vai dimensionar o que é direito penal simbólico, não irá medir a discrepância entre a função manifesta e a função latente, eis que a presença simultânea de ambas finalidades é traço do direito penal moderno. Adverte Hassemer (1991, p. 24), que deve haver a determinação de uma qualidade crítica a apontar se o simbolismo contido na norma penal o torna negativo ou perigoso, dando pistas de que a oposição entre aparência e realidade da norma seria capaz de apontar o “*engano*”.

“*‘Simbólico’ en sentido crítico es por consiguiente un derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella*” (1991, p. 24). Uma vez constatado o fenômeno, configurada está o ataque ao princípio da proteção dos bens jurídicos, ou seja, não cumpre a tarefa de política criminal, minando a desejada confiança da população na administração da justiça.

Destacando-o como fruto da atual *inseguridad global* e da chamada *sociedade de riesgo*, Hassemer delimita, enfim, o direito penal simbólico como

[...] derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios, como la satisfacción de una "necesidad de acción". Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto (1991, p.30).

Em um texto dirigido à publicação no Brasil, versado sobre a política criminal moderna, Hassemer (1994) relaciona o fenômeno à tendência do legislador a adotar uma “*reação simbólica, um direito penal simbólico*” (1994, p. 43) explicitando tal constatação:

Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de ‘reação puramente simbólica’, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social.

Recrudescer as penas não ataca as causas da criminalidade, mas, o uso do expediente simbólico, meramente simbólico, acaba por acomodar no senso comum um sentido de que o Direito Penal funciona por esta lógica paradoxal. Na medida em que a descrença nas instituições de controle baixa, o clamor pela produção legislativa com este fim cresce, sem a constatação que este movimento não representa modificações no quadro do fenômeno criminal.

Expostas as considerações de Hassemer, cumpre trazer à baila as observações produzidas por José Luiz Díez Ripollés (2002) sobre o fenômeno do direito penal simbólico, que, pela mesma via do primeiro, associa como parte substancial do direito penal o uso de efeitos simbólicos, dos quais se vale, inclusive, para alcançar seus fins.

Díez Ripollés (2002) avança no contexto das transformações sociais experimentadas na atualidade, que acabam por promover a potencialização do direito penal simbólico, elencando o crescente protagonismo dos meios de comunicação social que atuam em duas bandas: ter se tornado o foro onde se desenvolve o início das discussões públicas¹²⁰sobre os problemas sociais mais relevantes, sem a mediação do debate por especialistas; e a transformação deste em um dos mais significativos agentes de controle social, generalizando pontos de vista e atitudes.

Outro fenômeno narrado pelo autor consiste no deslocamento e predomínio do direito penal e da jurisprudência constitucional como palco para a resolução dos conflitos sociais mais agudos em cada momento (2002, p. 65).

Interessa ao tema a relação destes elementos com a opinião pública produzida pelos meios de comunicação, desencadeando contínua pressão aos poderes públicos, para, preponderantemente, através da atividade legislativa penal respondam de acordo com “*los*

¹²⁰Hohlfeldt (2001) elenca três hipóteses do *agendamento*: 1) fluxo contínuo de informação – o público recebe um volume diário de informações que são armazenadas de forma consciente ou inconsciente. Não trabalhadas, tais informações se perdem; 2) os impactos das informações transmitidas pelos meios de comunicação de massa são perceptíveis no público, a médio e longo prazo. 3) as informações são capazes de fixar tendências de pensamento e ações no público. A médio e longo prazo, os assuntos veiculados pela mídia podem passar a compor a *agenda-setting*.

consensos, compromissos o estados de ánimo producido sem esos debates públicos” (DÍAZ RIPOLLÉS, 2002, p. 66), o que é não somente atendido, senão fomentado.

Apresenta o autor a necessidade de elaborar-se uma teoria e uma técnica da legislação penal para além dos pressupostos formais, contemplando os aspectos materiais, para uma análise acurada da distância ou identificação dos bens jurídicos a serem protegidos.

Para isso, no entanto, é preciso pontuar os limites do simbólico em âmbito penal, sendo que

Es frecuente en la literatura jurídico-penal contraponer a los efectos instrumentales los efectos simbólicos de la pena. De este modo, los efectos instrumentales, vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en la que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales (DÍAZ RIPOLLÉS, 2002, p. 73).

O foco central da limitação conceitual de direito penal simbólico para DíezRipollés não se constata no desajuste entre os efeitos que se pretendem e os que se creem conseguir e os que de fato se pretendem obter, considerando ser um problema de deslegitimação da intervenção penal a ausência de lastro de legitimidade referentes aos efeitos produzidos.

Com a mesma preocupação de Hassemer, mas com uma sistemática minuciosa, Díez Ripolléz (2002, p. 88-93) classifica o direito penal simbólico sob três perspectivas: a) em razão do objetivo a ser alcançado; b) em razão das pessoas afetadas; e, por fim, c) em razão dos efeitos sociais decorrentes.

No primeiro bloco, ou seja, em razão do objetivo a ser satisfeito, as normas de direito penal simbólico estão divididas em 1) *leis reativas* (busca-se a demonstração de rapidez do legislador frente a novos problemas); 2) *leis identificadoras* (o legislador busca uma identificação com os cidadãos através das mesmas preocupações); 3) *leis declarativas* (pontuam contundentemente quais são os valores adequados em relação a uma determinada realidade social); 4) *leis principialistas* (manifestam a validade de certos princípios de convivência); 5) *leis de compromisso* (o objetivo consiste em demonstrar às forças políticas que os conduziram o respeito aos acordos ajustados).

A classificação do direito penal simbólico em razão das pessoas afetadas, na construção de Díez Ripollés (2002, p. 91) compreende: 1) *leis aparentes* (a formulação técnica defeituosa torna inoperante as condições operativas do processo penal – meio inevitável para

a aplicação da pena); 2) *leis gratuitas* (aquelas aprovadas sem os recursos pessoais ou materiais para efetivá-la) e 3) *leis imperfeitas* (as que não preveem sanções ou sua aplicação é tecnicamente impossível).

A última classificação sistematizada diz respeito aos efeitos sociais produzidos, delineadas como: 1) *leis ativistas* (ter por fim suscitar na sociedade a confiança que se está fazendo algo em relação a problemas não resolvidos); 2) *leis apaziguadoras* (buscam o efeito de acalmar as reações emocionais que alguns eventos produzem na sociedade); 3) *leis promotoras* (o efeito deveria ser a modificação de determinadas atitudes frente a certos problemas sociais) e, por fim, 4) *leis autoritárias* (possuem o efeito apaziguador de reações sociais emocionais além de demonstrar a capacidade coativa em geral dos poderes públicos).

Para afastar tautologias, incorreções e imprecisões entre o simbólico permitido e o pernicioso, encontramos em Díez Ripollés a sugestão de cambio do termo, eis que propõe ao fenômeno legislativo, e, por extenso, à atividade judiciária e à execução penal a utilização das expressões: funções instrumental e expressiva/integradora, e, como resultado, efeitos instrumentais e expressivos/integradores.

Assim, pontua que instrumental seria a atividade que propõe certa modificação da realidade social, em especial do comportamento humano, o efeito expressivo, por sua vez, é constatado ao suscitar emoções e sentimentos em suas consequências, e integrador as que geram representações valorativas aos destinatários (2002, p. 69). Os efeitos simbólicos encontram-se imersos no campo expressivo-integrador.

Esta constatação não basta enquanto critério de delimitação, pois as funções expressiva-integradora “*constituyen uno de los pilares fundamentales de la utilizacion legítima de la pena, ya que ellos constituyen el núcleo de La prevención intimidatória, individual y colectiva*” (2002, p. 70).

Assim, sem afastar o uso de simbolismos, que se expandem para além do efeito intimidatório (do delinquente real ou potencial), até mesmo porque na atual conjuntura das sociedades de massas cumprem o seu papel, haja vista a incapacidade dos efeitos puramente materiais abarcarem a contento o objetivo da proteção jurídica, traça o parâmetro de fixação da transposição entre um simbolismo legítimo e o direito penal simbólico.

Este último se caracteriza quando, através da pena, surgem efeitos expressivos integradores que carecem de legitimidade, não por sua natureza, mas sim porque não se acomodam nas decisões político-criminais que fundamentam a pena (*op. cit.* p. 87).

Sob outra perspectiva, admitindo o simbólico, Cancio Meliá remete o direito penal simbólico à consideração geral de sobreposição dos efeitos latentes, indicando que o direito penal do inimigo decorre deste fenômeno

Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. Más adelante podrá hacerse alguna consideración acerca de otras funciones latentes del Derecho penal simbólico, manifestadas en su descendiente, el Derecho penal del enemigo (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 65).

A referência ao “*legislador atento e decidido*”, é retirada de Silva Sanches, que descreve:

Em nosso concreto âmbito, esta função simbólica ou retórica das normas penais se caracteriza por permitir, mais que a resolução direta do problema jurídico-penal (a proteção de bens jurídicos), a produção na opinião pública, da impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido (2011, p. 459).

Distintamente das posições de aceite da perspectiva simbólica em âmbito penal, Silva Sanches, ao rechaçar a prevenção geral positiva, por esta se mostrar “*ao final, como uma doutrina de caráter autoritário, discriminatório, que redundava num maior intervencionismo na esfera valorativa do indivíduo*” (2011, p. 367) inadmite o direito penal para além da proteção dos bens jurídicos, sendo simbólico o que lhe escapa, o que não o legitima. “*A missão do Direito Penal não deve ser, num estado atento à dignidade humana, incidir sobre a consciência ético-social dos cidadãos*” (op. cit. p. 369).

Para o autor, as leis simbólicas como leis penais que produzem efeitos de integração, uma vez que não seguem “*uma imposição real de penas derivadas das infrações que se pratiquem*”, geram, ao contrário, a médio ou longo prazo, a desintegração e não a estabilização da norma. A proteção de bens jurídicos deve se dar “*mediante um respeito neutro aos princípios*” sustentados pelo direito penal, reservando qualquer função ético-social para um contexto distante da intervenção punitivista.

Interpreta-se, portanto, que uma vez admitida a interferência do direito penal com vistas a invadir a esfera íntima de crenças ou de postura ético-sociais estaria aberto o caminho para imposições valorativas de consciência, o que serviria para contemplar os objetivos morais dos grupos dominantes, prerrogativa perigosa de ataque à pluralidade democrática,

pois a divisa limítrofe entre o dilema liberdade/dominação apresenta-se de maneira tênue e dissimulada.

Em que pese as contrariedades, Samuel Rodriguez Ferrández, defende haver um certo acordo doutrinário em torno da qualificação das normas enquanto simbólicas, reunindo o fato de se mostrarem desnecessárias ou ineficazes para a proteção do bem jurídico que se pretenda proteger (2011, p. 256).

Levantando três pontos consideráveis, o autor segue a mesma constatação de carência de legitimidade, eis que delimita tal advertência às situações em que: a) sua finalidade principal seja chamar a atenção sobre o desvalor social que se supõe merecer o comportamento típico, com independência da atitude da norma para evitá-lo e suas possibilidades reais de aplicação¹²¹; b) o recurso da sanção penal como reforço de tal desvalor, assume e consagra uma demanda punitivista com grande dose de irracionalidade – O Estado opta pela punição como o principal instrumento de resolução de conflitos; e c) a persecução a todo custo do efeito estigmatizador e a opção punitivista, relega e inclusive ignora os limites próprios de uma política criminal proporcional e limitadora da intervenção penal (2011, p. 256).

O autor sintetiza direito penal simbólico reproduzindo García Arán: “*tiene considerable aptitud para desvalorar el comportamiento que sanciona, pero poca capacidad para evitarlo*” (GARCÍA ARÁN apud RODRIGUEZ FERÁNDEZ, 2011, p. 253).

Juarez Cirino dos Santos, ao tratar das ilusões do direito penal aponta o direito penal simbólico a partir de uma função não instrumental produzindo um programa desigual de controle social,

Assim, o direito penal simbólico não teria função instrumental – ou seja, não existiria para ser efetivo –, mas teria função meramente política, através da criação de imagens ou de símbolos que atuariam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis. O crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir uma dupla legitimação: a) legitimação do poder político, facilmente conversível em votos – o que explica, por exemplo, o açodado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as vantagens da redução ou, mesmo, da exclusão de garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência etc., cuja supressão ameaça converter o Estado Democrático de Direito em estado policial (2002, p. 55).

¹²¹ Esclarece que “*La norma se propone y aprueba, frecuentemente, como un producto aislado de su contexto y de otras normas sobre la misma materia – penales o administrativas – con las que suele suponerse, con los consecuentes problemas interpretativos*” (2011, p. 256).

Eis que se chega ao ponto, posto que a presente investigação tem por fim confrontar a Proposta de Emenda à Constituição tendente a reduzir a maioria penal, analisando a possibilidade de seu enquadramento enquanto fenômeno do direito penal simbólico. Seguramente adiantar a maioria penal para os dezesseis anos demonstra a reprovação do comportamento, mas não se supõe, na medida, capacidade para evitar o envolvimento do adolescente com a criminalidade.

Articulando tal disfunção às lições de Hassemer (1991), no que diz respeito a proposta de um direito comunicativo (que detém nuances simbólicas necessários ao reforço da crença na norma), evidenciada está a ausência de legitimidade na criminalização do adolescente, posto que, para que a norma seja reforçada não apenas as repressivas-sancionadoras devem ser respeitadas. Não há crença no sistema quando se constata que as normas garantidoras de direitos não são aplicadas.

Uma vez reduzida a idade penal para os dezesseis anos, o adolescente estaria vinculado a dois sistemas: ao Estatuto da Criança e do Adolescente para a garantia de seus direitos fundamentais e a atuação protetiva frente às falhas e omissões relacionadas à esta garantia, e ao sistema criminal, quando do ataque a bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Não há que se falar em prevenção geral positiva, portanto, se as expectativas normativas inexistem, no primeiro momento, no qual o alcance de direitos fundamentais são frustrados, vindo à tona somente em seu aspecto criminal.

As normas que garantem direitos, uma vez não aplicadas ao adolescente¹²² real ou potencialmente envolvido no cometimento de atos delitivos, geram a descrença no sistema jurídico como um todo, não cumprindo o suposto papel de intimidação. Ou seja, o recrudescimento da responsabilização do adolescente estaria apto a declarar o desvalor do comportamento, entretanto inapta a afastá-lo.

Não atendido o simbolismo em seu aspecto comunicativo, legítimo, emerge a predominância dos efeitos latentes (seja a tentativa de demonstração de controle sobre situações onde a opinião pública convoca a atuação dos poderes públicos, seja no desejo do legislador a prestar contas de seu desempenho legislativo) sobre o manifesto, atacando o princípio da proteção jurídica, minando a desejada confiança da população na administração da justiça, tal qual previsto por Hassemer (1991).

¹²²Esse comportamento não é desconhecido do legislados, neste sentido, a declaração do deputado Moroni Torgan (DEM-CE) por ocasião dos debates em plenário para a aprovação da PEC 171/93: “É preciso parar com ‘blábláblá’. O problema é a educação, é sim, mas há 30 anos estamos falando que a culpa é a educação e ela não melhorou”, afirmou.

No mesmo caminho, a identificação do fenômeno do direito penal simbólico em Díez Ripollés desautoriza a Proposta de Emenda redutora da idade penal, eis que os efeitos expressivos integradores apresentados carecem de legitimidade. A justificativa massiva dos parlamentares acerca da proposta, consubstancia-se na análise, leiga, acerca do discernimento. Assim, a decisão político-criminal fundamentadora da aplicação da lei penal para o adolescente é a negativa do critério de inimputabilidade.

Entretanto, há que se consignar que, nos moldes em que tramita a Proposta de Emenda à Constituição, o rebaixamento etário penal não atingiria todos os adolescentes em conflito com a lei, somente nos casos extremos. A PEC que tramita no Senado Federal, remetida a este após aprovação em segundo turno no Plenário da Câmara dos Deputados, em 19 de agosto de 2015, reduz a maioria penal de 18 para 16 anos em alguns tipos penais que compõe a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.017/90), a depender da avaliação do discernimento do adolescente.

Assim, em tese, alguns adolescentes permaneceriam inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, sendo que os demais, ao cometer as condutas típicas indicadas pela emenda, estariam por decreto judicial, aptos ao completo entendimento de seus atos. Constata-se, portanto, que o legislador se pautou em uma decisão político-criminal cujos efeitos declarados carecem de legitimidade.

Submetendo as discussões da PEC ao modelo de Rodríguez Ferrández (2011), também é plenamente visível o enquadramento de emanação do direito penal simbólico, haja vista que, reduzir a maioria não se apresenta como instrumento hábil a afastar o adolescente da conduta desviante, pois a mera declaração de desvalor não gera tal efeito; a irracionalidade punitivista do Estado remete ao campo sancionatório penal uma demanda que deveria resolver efetivando a sistemática proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mais vocacionada ao intento de reconduzir o adolescente ao prestígio do convívio social salutar, e, por fim, apresentaria um nítido efeito estigmatizante.

Avançar sobre os critérios de inimputabilidade reconhecidos pelo Estado Brasileiro inclusive ao pactuar a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)¹²³, eliminando o sistema de socioeducação, caracteriza a sanha punitivista, num movimento de abandono dos preceitos do *bom e velho direito penal*: proporcionalidade e a limitação da intervenção penal.

Analizados o fenômeno do direito penal simbólico, para uma compreensão arraigada de sua emanação no objeto da presente pesquisa, cabe a breve consideração acerca dos

¹²³ Promulgada pelo Decreto nº99.710 de 21 de novembro de 1990 (Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança).

fenômenos que a desencadeiam. Atendendo a uma das conclusões apontadas por Fuziger (2015) de que com o fenômeno do direito penal simbólico o direito penal se reveste de uma “*irracionalidade racionalmente calculada*”, sendo que esse cálculo leva em consideração o “*sentimento coletivo de insegurança*”, o direito penal se torna instrumento manipulatório para aplacar medos e anseios sociais sendo prudente verificar o papel da mídia na atual sociedade de massas e o produto de sua atuação, a opinião pública.

3.4 O papel da mídia na atual conjuntura social

O fenômeno midiático contemporâneo, denominado por McLuhan (1969) como *mundo retribalizado*, é caracterizado pelo grande volume e velocidade das informações veiculadas pelos meios de comunicação de massa, o que promove uma retomada da consciência coletiva, rompendo o isolamento e o individualismo, fenômeno ainda mais acentuado hodiernamente em razão do advento da internet.

De acordo com a Pesquisa Brasileira de Mídia – Relatório 2016, promovida pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, a internet passou a corresponder ao segundo veículo de comunicação mais utilizado pelo brasileiro, sendo o meio preferencial de 26% da população. Quando somada a porcentagem, enquanto primeira e segunda fonte, o índice atinge 49%.

Mesmo com o advento da comunicação via *world wide web*, a televisão conserva seu poderio, ocupando o primeiro lugar em audiência, sendo fonte primária de 63% dos entrevistados, e, quando somadas as posições primárias e secundária de preferência, atinge 89%. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), referente ao ano de 2015, aponta que 97,1% da população têm acesso a este meio de comunicação. Dentre os canais mais acessados nesta modalidade, a rede Globo atinge 73% (na soma primeira e segunda fonte mais acessada), seguida pelo SBT (36%), Record (32%) e Band (11%).

Com base nesta conjuntura, as considerações de Díez Ripollés (2002) de que a mídia é o foco onde as discussões públicas são iniciadas (sem mediação técnica acerca dos temas), e, ainda, que cumpre papel de agência de controle social, devem ser tomada em consideração a condução midiática acerca do tema da criminalidade, pauta de volume considerável nos veículos comunicativos.

Não há divergências quanto ao fato. Nilo Batista assenta que “*uma especial vinculação entre a mídia e o sistema penal constitui, por si mesma, importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio*”. O autor reflete sobre a adesão da temática pelos

editoriais¹²⁴, sendo este “*o lugar jornalístico da argumentação e da polêmica*”, descrevendo que “[...] *concentra-se nele a disputa desigual entre o acuado discurso criminológico acadêmico e o discurso criminológico midiático*” (BATISTA, 2002, p. 276). Prossegue:

Se, através da investigação direta de delitos, da circulação de pautas de interesse criminal, ou da franca intervenção sobre processos em andamento as agências de comunicação social do sistema penal se aproximam das agências executivas, precisam de um discurso para fundamentar sua *performance*. Mais do que isso, precisam que *seu* discurso se imponha aos concorrentes. Neste sentido, toda e qualquer reflexão que deslegitime aquele *credo* criminológico da mídia deve ser ignorada ou escondida: nenhuma teoria e nenhuma pesquisa questionadora do dogma penal, da criminalização provedora ou do próprio sistema penal são veiculados em igualdade de condições com suas congêneres legitimantes (2002, p. 277).

Nilo Batista consigna que a “*universidade não consegue influenciar o discurso criminológico da mídia*”¹²⁵, no entanto, o discurso midiático tem conduzido a *agenda-setting function*, termo formulado por B.C. Cohen e trazido por Rodriguez Ferrández (2011) como sendo o processo que a mídia seleciona e apresenta suas notícias, determinando os temas sobre os quais o público irá falar, sobre os quais vai pensar e não pensar.

Com isso, os meios de comunicação de massas se alocam também como novo e grande palco político:

En definitiva, este uso simbólico de la ley y de la política ha dado lugar a un nuevo parlamentarismo como forma de gobierno y, por extensión a un nuevo concepto de democracia, a una “democracia sin ciudadanos”, a una “democracia mediática”, que se encuentra “muy alejada de las pautas del parlamentarismo clásico como forma de gobierno, en la que la televisión y los medios de comunicación de masas desplazan al Parlamento al punto de erigirse en gran foro público de debate y en la arena donde se libran las batallas por el poder” (FERRÁNDEZ, 2017, p. 97).

Gomes, no mesmo sentido, indica que “*a influência da mídia define, muitas vezes, a própria visão de mundo da maioria das pessoas, determinando atitudes e*

¹²⁴ Em publicação na Revista Tropos: Comunicação, Sociedade e Cultura (UFAC), intitulada *Idade do crime: a cobertura da maioria penal do SBT Brasil*, Bianca de Souza Dantas e Adriana Alves Rodrigues investigam a abordagem da temática: “*Acredita-se que o SBT Brasil se mostrou como um porta-voz da campanha pela redução da maioria penal, fazendo uso de preconceitos e juízo de valor na sua cobertura, quando não abordou a questão social enfrentada pelos menores infratores, não mostrou entrevistas com os mesmos, nem esclareceu se os procurou para a elaboração das reportagens. Além disso, termos como marginal, bandidinhos, estatuto da impunidade são usados pelo telejornal para reforçar sua opinião sobre a redução da maioria penal no Brasil*” (2014, p. 10).

¹²⁵ Sobre o tema, Marcus Alan Gomes adverte que “*esse quadro promove o populismo penal e reforça a crença de que qualquer pessoa, por mais alheia que seja à compreensão científica do crime, está habilitada a emitir opiniões e propor soluções para o problema*” (2015, p. 103).

comportamentos[...] a percepção social da realidade resulta em grande proporção da mediação mediática” (2015, p. 62 – 63).

O poder de influência atinge a percepção de tal forma que, ao conduzir os parâmetros valoráveis, cria-se uma suposta autenticidade, sendo que o público adota posturas crendo que, na verdade, há, não uma introyecção, mas uma identificação de sua visão de mundo com a visão retratada pelos veículos de comunicação, assumindo a informação, para estes em uma equivocada forma de reforço das ideias que se creem próprias. Este fenômeno afasta a necessidade de observação crítica, pois, em teoria, esta teria ocorrido antes do acesso à formulação recebida pelo veículo de comunicação.

Rodriguez Ferrández (2011) indica uma das possibilidades acerca do interesse por parte dos meios de comunicação na temática da criminalidade, pontuando que o ilícito penal, enquanto um feito perturbador da ordem social, favorece a construção de uma trama, mantendo a tensão e atenção do telespectador, desde o feito criminoso até a sentença. Se neste aspecto a notícia criminosa se enquadra como produto consumível, por outro lado a narração dicotômica da realidade (bem x mal) contribui para solidificar os valores sociais, agindo como mecanismo de coesão e controle social (2011, p. 238).

O enredo, no Brasil, se prolonga não raras vezes para além da sentença. Programas televisivos comumente lançam mão do reaquecimento de temas criminais de grande repercussão, tratados como datas comemorativas (um, dez, vinte anos) rerepresentando tais feitos, mais especificamente, com documentários especiais mostrando o cotidiano de criminosos *populares* no cumprimento de suas penas, no espaço das penitenciárias, reacendendo o medo com o *perigo* que representa a progressão de seus regimes de cumprimento ou no prolongamento das histórias de drama das vítimas.

Trazendo à baila a obra de Stanley Cohen – *Folks devils and moral panics*¹²⁶, Gomes aclara o que seria um paradoxo: como trazer coesão e controle social com base no medo? O alarmismo em torno da criminalidade desencadeia uma gestão da crise social, permitindo “*uma ilusória recomposição da ordem perdida. Na verdade, um mecanismo que desvia a*

¹²⁶ Para o autor, o fenômeno surge na década de 1960, com o surgimento de conceitos como “pânico moral” e “amplificação dos desvios”, ligados à mídia, sendo a atuação desta: (i) Setting the agenda (Definindo a agenda) – selecionando eventos desviantes ou socialmente problemáticos considerados noticiáveis, usando filtros para selecionar quais desses eventos são candidatos a promover o pânico; (ii) Transmitting the images (Transmitir as imagens) - transmitindo as reivindicações, afixando ou emburrecendo a retórica de pânico morais; ou (iii) Breaking the silence (Quebrar o silêncio), lançando a reclamação. Acima de tudo, o crime pode ser apresentado como parte do discurso mais amplo do risco. Isso significa que as narrativas pânico-morais têm que defender uma ordem social “mais complexa e frágil” (COHEN, 1972, p XXVIII). Fixa-se um consenso social de rejeição dos desviantes, cuja purificação da sociedade dependa de sua exclusão para uma reestabilização.

atenção das pessoas das reais causas dos problemas sociais para concentrá-la na delinquência”. (2015, p. 100).

Na produção do medo, a opinião pública se aglutina em torno do clamor por respostas, prioritariamente criminais, o que desencadeia a produção irracional do sistema punitivo sendo que a incongruência dá vazão à sensação de que algo está sendo suficientemente feito.

Para Gomes,

Com efeito, o processo histórico de mercantilização da mídia refletiu-se na banalização da solução penal, utilizada como *coringa* para resolver os mais diversificados conflitos individuais e sociais. É certo que uma política criminal midiática – voltada para atender a pressão dos *mass media* e satisfazer as expectativas sociais – se reveste de características que a tornam incompatíveis com qualquer esquema de prevenção de delitos preocupado com a preservação de garantias fundamentais e de valores democráticos na relação estado-penal com os cidadãos (gomes, 2015, p. 143)

No contexto da América Latina, a sobreposição e importância da televisão foi abordada por Raul Zaffaroni (1991), indicando-a em uma posição importante dentre os meios de comunicação social de massa responsáveis por disseminar os discursos justificadores, o que fazem difundindo o medo (no sentido desejado) e fatos conflitivos estratégicos para as agências do sistema penal.

Catalogando os meios de comunicação de massa em níveis a) transnacional (pela comunicação da diversão¹²⁷) e b) nacionais (cujo mister é gerar a “*ilusão de eficácia no sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo*”) (1991, p. 129), atribui a estas o papel desencadeador de campanhas de lei e ordem quando o poder das agências encontra-se em ameaça.

Kazmierczak (2010, p. 74) verifica o mesmo movimento, atribuindo uma contemplação da violência a partir de sua vulgarização¹²⁸, promovida pela capacidade manipulatória e de distorciva dos meios midiáticos, “*em especial a televisão*”, sobre o qual reflete

¹²⁷ A respeito, elucida que “*os seriados glorificam o violento, o esperto e o que aniquila o “mau”. A “solução” do conflito através da supressão do “mau” é o modelo que se introjeta nos planos psíquicos mais profundos, pois são recebidos em etapas muito precoces da vida psíquica das pessoas*” (ZAFFARONI, 1991, p. 128).

¹²⁸ Sobre o tema: MARTINS, José de Souza. **Linchamentos**. A justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

Em quantos casos atrozos a população não clamou pela morte de seus autores? Esses fatos provocam a banalização da violência fazendo com que as vozes das ruas ecoem nos comandos legislativos estampando, mesmo que de forma inconsciente, a ideologia do movimento “lei e ordem”.

O *modus operandi* das campanhas “lei e ordem”, são descritas por Zaffaroni (1991), como sendo a ‘*inversão da realidade*’ caracterizada através da “*distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue invenção direta de fatos que não aconteceram*”; “*profecias que se auto-realizam*”, com a “*instigação pública para a prática de delitos mediante metagensagens de ‘slogans’ tais como ‘a impunidade é absoluta’, ‘os menores podem fazer qualquer coisa’, ‘os presos entram por uma porta e saem pela outra’ e a ‘produção de indignação moral’*” correspondendo à “*instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de ‘justiceiros’, apresentação de grupos de extermínio como ‘justiceiros’, etc*”. (1991, p. 129).

Os slogans transformam-se em ditos populares e passam a povoar o imaginário coletivo de maneira cultural, vulgarmente reconhecidos como sabedoria popular, voz do povo, devendo o legislador sintonizado acompanhar o apelo.

Outro papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa é a criação e o revigoreamento do “*estereótipo do criminoso*”, homens jovens, das classes mais carentes, negros, cuja identificação indicada por Zaffaroni (1991, p. 130) se dá a partir da observação da população prisional.

A reprodução deste estereótipo pode ser verificado não somente na notícia espetáculo, mas também na intervenção midiática de entretenimento, onde as telenovelas, seriados, repetem não somente os caracteres físicos mas, muitas vezes, os mesmos atores, para a representação de papéis bastante significativos: bandidos, malandros, traficantes, empregados domésticos, componentes da família tradicional, moças recatadas, heróis, ou outros papéis de fixação de valores e comportamentos.

As funções descritas dos meios de comunicação, através de sua atividade propagandística de “*preservar a ilusão e fabricar a realidade do sistema penal*”, trabalham à serviço da “*civilização industrial e dos albores da civilização tecnocientífica*”, contribuindo para a manutenção de seus poderes (ZAFFARONI, 1991, p. 131).

Os traços descritos verificam-se na temática da redução da maioria penal¹²⁹. A atribuição do *estado incontrollável de violência* aos adolescentes pode ser enquadrado como

¹²⁹Em 30 de junho de 2015, em Sessão deliberativa na Câmara dos Deputados, o Dep. Leonardo Picciani (PMDB-RJ) em seu pronunciamento utilizou-se do caso de latrocínio que vitimou o médico Jaime Gold, ocorrido na Lagoa Rodrigo de Freitas, Rio de Janeiro, em 19 de maio de 2015. Os autores foram dois

“*pânico moral*”¹³⁰ (COHEN, 1972). Relaciona-se os casos de violência perpetrados por adolescentes com uma repercussão desproporcional à realidade, incompatível com a reprodução realística do fenômeno.

Em pesquisa intitulada “*Telejornalismo sensacionalista e redução da maioridade penal: percepções de mulheres sobre direitos humanos e o adolescente em conflito com a lei*” (2017), Lívia do Amaral Trindade constatou o hiperdimensionamento da temática, além da disseminação da cultura do medo, cujas principais representações disseminadas pela mídia¹³¹ se consubstanciaram em:

adolescentes. “*Sr. Presidente, alguns dias atrás, o médico Jaime Gold foi esfaqueado e morto quando andava de bicicleta na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro. O autor do crime foi um menor de 18 anos de idade. Ontem, a Juíza da Vara da Infância e Juventude proferiu sentença, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente: 3 anos, no máximo, de internação, com uma reavaliação a cada 6 meses. Esse crime, muito além da gravidade de ter ceifado a vida de Jaime, tem um efeito ainda mais nefasto, que é medo, o pavor, a revolta que se colocou em toda a coletividade. E eu aqui dei apenas um exemplo de muitos que poderíamos dar. Nós votamos ‘sim’.*” (BRASIL, 2015a, p. 133). O parlamentar nada comentou acerca da celeridade procedimental que pauta a aplicação das medidas socioeducativas, haja vista que a sentença foi prolatada 40 dias após o cometimento do ato, sendo que o adolescente foi apreendido no dia seguinte ao ocorrido. O mesmo parlamentar é alvo de representação (sob sigilo de justiça) por captação e gastos ilícitos na campanha de 2014 com pedido de cassação de diploma. Também são investigados o pai do parlamentar, Jorge Picciani (PMDB) que é deputado estadual, e seu irmão, Rafael Picciani (PMDB) que é secretário de Transportes do município do Rio de Janeiro.

O caso, foi veiculado no programa Fantástico (Rede Globo) em 24 de junho de 2015, a narrativa teve o seguinte início: “Um novo tipo de crime que está *assustando* o Brasil provocou mais uma morte essa semana. Um médico foi assassinado a facadas enquanto andava de bicicleta...” Além de várias imagens de adolescentes cometendo assaltos, houve a cobrança acerca da tipificação penal: “*Portar uma faca não é crime. Mas a OAB do Rio de Janeiro defende que o porte de arma branca seja incluído no Código Penal e proibido nos casos em que se constatar a intenção de agredir. Um projeto de lei proibindo o porte de faca, e depois revisto para incluir exceções, chegou a ser apresentado em 2004. Mas até hoje não foi votado*”. No dia 28 de maio foi protocolado o Projeto de Lei do Senado Federal, nº 320/2015, pelo Senador Raimundo Lira (PMDB-PB) com o seguinte teor: Art. 1º *Esta Lei tipifica o porte de artefato perfurante, cortante ou contundente com vistas à prática de crime. Art. 2º Constitui crime, punível com detenção, de um a três anos, e multa, o porte de artefato perfurante, cortante ou contundente com a finalidade de praticar crime. Parágrafo único. É lícito o porte de artefato perfurante, cortante ou contundente para emprego em ofício, arte ou atividade para o qual foi fabricado. Justificativa: Após a restrição ao porte de armas de fogo, imposta pela Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, bandidos passaram a empregar armas brancas para cometer crimes. Foi amplamente divulgada na imprensa a série de delitos ocorridos na segunda quinzena de maio de 2015, no Rio de Janeiro. No dia 19, um médico morreu após ser esfaqueado na Lagoa Rodrigo de Freitas, na zona sul. No dia 22, a vítima foi uma turista chilena, que acabou esfaqueada no pescoço também após ser assaltada, no bairro da Glória. No total, foram 9 crimes dessa natureza na capital fluminense. Como se sabe, arma branca é um artefato perfurante, cortante ou contundente, empregado primordialmente para o trabalho. Assim, por exemplo, as tesouras das costureiras, as facas dos açougueiros, as enxadas e as foices dos agricultores. Até o presente momento, o ordenamento jurídico brasileiro não conta com uma lei que proíba o porte de armas brancas, até pela dificuldade em aplicar a lei, sem interferir no trabalho dos profissionais e artesãos que fazem o uso adequado desses artefatos. Diante disso, decidimos apresentar este projeto, que criminaliza o porte de artefatos perfurantes, cortantes ou contundentes com o intuito de praticar crimes, ou seja, quando o agente pretende utilizar artefato como uma arma. Esperamos, com isso, aperfeiçoar a legislação penal e evitar a ocorrência de crimes com o uso de arma branca. Tendo esse legítimo objetivo por principal instrumento, esperamos conquistar o apoio dos nobres Pares para a aprovação deste projeto de lei.* (BRASIL, 2015b, p. 1). A matéria veiculada convocou para a entrevista a psiquiatra forense Kátia Mecler, mas colheu impressões pessoais: “**Fantástico:** “*A senhora sairia de bicicleta na Lagoa?*” **Kátia Mecler, psiquiatra forense:** “*De jeito nenhum, de jeito nenhum, eu me sinto com medo também*”.

¹³⁰ Pode haver a associação ao termo ‘*indignação moral*’ de Zaffaroni (1991, p. 131)

¹³¹ A análise foi realizada no monitoramento do programa Cidade Alerta, veiculado pelo canal Record.

a) adolescentes que cometem infrações são ‘bandidos [...] b) O Estatuto da Criança e do Adolescente necessita ser urgentemente reformado, pois impede a punição desses adolescentes; c) Não há punição/responsabilização do adolescente [...] e eles se aproveitam disso; d) Os adolescentes tem consciência dos seus atos e podem, inclusive votar; e) Os representantes de Comissões de Direitos Humanos defendem somente os direitos dos acusados, nunca das vítimas; f) Os adolescentes são responsáveis por grande parte dos crimes cometidos na sociedade; g) Os adolescentes cometem delitos por causa da sua criação precária; h) Alguns adolescentes são maus por natureza; extensão e significado tenham sido exagerados em comparação a outras fontes mais confiáveis e/ou a problemas mais graves. Tanto os objetos quanto as fórmulas para a representação dos pânicos morais são previsíveis (2017, p. 73).

Consistem, tais afirmativas, justamente nos argumentos dos pró-redução, sem, no entanto, lastro de confirmação técnica ou científica do que representam tais declarações. A superficialidade acaba sendo substituída pelo alto índice de propalação ou identificação dos discursos sem a percepção de que se originam da mesma fonte.

Verifica-se, assim, que a mídia se transformou na grande arena, a *Ágora* pós-moderna, que atuando em consonância com os seus parâmetros ideológicos e mercadológicos, tratou de eleger como uma de suas pautas a redução da maioria penal. É, portanto, o *locus* onde, conduzindo a opinião pública sob o medo e um suposto e falacioso viés democrático, se vence primeiro, deixando a *luta* para o parlamento.

3.5 O medo e a expansão do Direito Penal

Anthony Giddens trata do tema da modernidade sob uma perspectiva cultural e epistemológica, descrevendo-a

"modernidade" refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Isto associa a modernidade a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial (1991, p. 8).

Ao desenvolver a temática pelas dicotomias “*segurança versus perigo*” e “*confiança versus risco*”, posto que, contrariando Marx, que previa “*a emergência de um sistema social mais humano*” e de Durkheim, crente em “*uma vida harmoniosa e gratificante*”, as características positivas da modernidade não superaram as negativas. O autor aponta que mesmo Max Weber, “*o mais pessimista entre os três*”, foi capaz de prever “*quão extensivo viria a ser o lado mais sombrio da modernidade*” (1991, p. 13). Não anteciparam, por

exemplo, o potencial destrutivo ambiental que viria a ser desencadeado pelas forças de produção, a consolidação do poder pelo viés totalitário, o armamento nuclear, os conflitos militares, reflexos que tornaram o mundo “*carregado e perigoso*” (1991, p. 14).

O risco deixou de ser individual, passando a existir ambientes de risco, afetando grandes massas de indivíduos em maior ou menor expressão, passando o termo ‘segurança’ a significar “*uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado*” (GIDDENS, 1991, p. 37). Esta neutralização/minimização ocorre a partir do que o autor nomeou: *confiança*.

Dentre as diversas categorizações da *confiança* em Anthony Giddens a que mais se aproxima de seus reflexos em âmbito penal pode ser identificada na “*confiança em sistemas*” que descreve a “*‘forma de compromissos sem rosto’, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante*” (1991,p. 80).

Interpreta-se, assim, que os mecanismos sociais, em decorrência da alta complexidade do atual estágio civilizatório necessitam e baseiam-se na crença de funcionamento dos sistemas de acordo com as expectativas neles depositadas, a mídia passa a ser um elo garantidor de tais expectativas, funcionando como um vetor entre o que se espera socialmente e a sensação de medo coletivo.

No ciclo mídia -medo - expansão penal, os espectadores recebem as informações noticiadas tais como fossem oriundas de veículos oficiais e desprendidas de interesses, inquestionáveis, portanto quanto à veracidade. A crença no telejornalismo e em sua isenção valorativa acata a fórmula de alargamento da função punitivista.

Assim, é constatável a “*confiança em sistemas*” ou “*reencaixe*”¹³²no que diz respeito ao depósito que as massas dirigem às empresas de comunicação, descrito com pertinência por Porto (2009)

os indivíduos não detêm, de modo igualitário, o mesmo potencial de produção de sentidos, explicação e enfrentamento do mundo, na forma das representações sociais [...] pelo contrário, apenas alguns indivíduos, grupos ou setores da sociedade se constituem em protagonistas desse processo (2009, p. 216)

Assim, não detendo o substrato para a compreensão do mundo, a maioria consome conteúdos (normas, valores etc.) que não produziram (PORTO, 2009, p. 217). A mídia, com

¹³² O *reencaixe* se refere a processos por meio dos quais compromissos sem rosto são mantidos ou transformados por presença de rosto (GIDDENS, 1991, p.80). Confia-se em Sherazades, Rezendes, Boners, Bernardes, Waaks, Leitões.

maior expressão na televisão, trata de explicar o mundo e ao explicá-lo delimita os riscos, cria o medo, e apresenta a solução: o recrudescimento da instância penal de controle social.

Dessa forma, o medo passa a ser a fonte da desvirtuação do Direito Penal, tratando de reproduzir no seu resultado a característica mais significativa dos temores sociais, a irracionalidade, posto que as reações individuais do medo resultam muitas vezes em reações não dominadas pela consciência, fenômeno plenamente passível de ocorrência coletiva. Dando azo à expansão penal, o medo, portanto, parte e retorna ao fictício, posto que a criminalização em alto grau não parte de um medo real bem como não produz resultados aptos a aplacar as supostas causas.

Paralelamente às considerações de Giddens, apresenta-se a proposta de Ulrich Beck (1998) cunhando o termo “*sociedade de risco*” diagnosticada como “*situações globais de ameaça*”, frutos da própria ação humana onde, no atual estágio da modernidade industrial, a “*distribuição de riquezas*” dá lugar a “*distribuição de riscos*”.

O desenvolvimento técnico, científico e econômico ao mesmo tempo que gera o aumento na produtividade dá vazão ao surgimento de riscos diferenciados dos que permearam a sociedade no passado. Surge uma insegurança genérica, o medo torna-se temor do futuro, incerto e desconhecido: invisível. Pode, ainda, o medo ser objeto de manipulação, sendo transformado, ampliado ou reduzido, conforme os interesses em jogo (Beck, 1998, p. 29).

Outra faceta dos riscos, apresentada por Beck (1998) diz respeito ao “*conteúdo político explosivo*”, onde o que era considerado apolítico cambia para o político, ressaltado por Rodriguez Ferrández: “*Ello há dado lugar, em relación com el papel del Estado, a que ‘la promessa de seguridade [crezca] com los riesgos y [haya] de ser ratificada uma y outra vez frente a uma opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales em el desarrollo técnico-econômico*” (2011, p. 212).

A opinião pública passa a exigir a adoção de diferentes estratégias de proteção, das quais há predominância entre as jurídicas penais, com o intento de proteção dos riscos sociais em relação a temas cada vez mais ampliados, como a contaminação do ar, ameaças aos recursos naturais, terrorismo, desequilíbrio do desenvolvimento econômico, diminuição de postos de trabalho, instabilidade econômica, imigração de estrangeiros, violência entre jovens e crianças, violência contra vulneráveis, comércio de drogas, crise energética e alimentar, criminalidade organizada, criminalidade comum, acidentes nucleares e alterações genéticas que afetam tanto pessoas como animais.

Kazmierczak analisa a relação entre este medo e a sua influência nas características do modelo penal vigente, apontando que os novos riscos “*revelam uma dificuldade em*

tratar o mundo atual por intermédio dos antigos conceitos de Direito, em especial forma de persecução penal e tipificação de novas condutas” (2017, p. 49). Confirma, ainda que o Direito Penal *“passa a ser insuflado a solucionar os problemas surgidos pela modernização da sociedade ou pelos riscos criados por essa modernização”* (2017, p. 53).

Em que pese a constatação da expansão punitivista baseada no risco e no medo na realidade brasileira, deve-se advertir, que os riscos apresentados por Ulrick Beck (1998) para um contexto europeu não se enquadram nesta conjuntura. O binômio risco/medo, em que pese presente em escala global, cumpre funções regionais diferenciadas no que diz respeito à justificativa de expansão do direito penal, sendo que sua utilidade nos países periféricos está mais ligada às questões oriundas da marginalização e controle das reações dos que não detém poder aquisitivo do que ao medo dos resultados do alto desenvolvimento tecnológico, como ocorre nos países ditos centrais.

Vera Malaguti Batista investiga acerca da difusão do medo do caos e desordem no contexto de construção da sociedade brasileira, indicando sua origem no século XIX, voltada ao temor da rebeldia negra (pontualmente elenca o início do fenômeno com a Revolta dos Malês na Bahia (1835) e os reflexos da Revolução Haitiana (1791 – 1804)) e a continuidade desta estratégia de controle que, ainda hoje, tem por finalidade *“detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas empobrecidas”* (2003, p. 34). O medo se fixa como instrumento de potencialização do controle penal apto à estratégia das elites.

Entretanto, uma leitura cabível no contexto brasileiro presente também no contexto europeu diz respeito ao medo irracional, que Hassemer aborda: *“la cuestión se complica además si tenemos en cuenta que este sentimiento de amenaza no reflejala realidad”* (1999, p. 150), indicando este como situações que não há probabilidade objetiva, baseada em dados estatísticos, que possa ocorrer¹³³. O medo da população decorre da criminalidade massificada (roubos de veículos, assaltos nas ruas, violência física contra estrangeiros etc),

¹³³Sobre a manipulação do medo, que produz temores equivocados, reproduzimos: *“Esse tipo de comparação pode ser feito também ao considerarmos o cenário nacional. Do total de homicídios ocorridos em 2012, apenas 4,2% foram de autoria de adolescentes. Neste mesmo ano, ainda de acordo com o Anuário, 1.963 pessoas foram vítimas fatais da ação de adolescentes e 2.332 foram mortas pela polícia. Se considerarmos que o Brasil tem mais de 20 milhões de adolescentes (12 a 17 anos completos, de acordo com o IBGE Banco Sidra/Censo 2010); e pouco mais de 520 mil policiais, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2013, podemos indagar o quanto a atividade policial tem sido violenta e proporcionalmente mais vitimizadora que adolescentes. Esses números indicam, aproximadamente, que brasileiros correm um risco 40 vezes maior de serem mortos por um policial do que por um adolescente. Contudo, as corporações policiais não aparecem nos discursos do medo propagados pela grande mídia e raramente são apresentados projetos de lei para ampliar o controle e a regulação das polícias. Diferente disso, sobram propostas de lei para o endurecimento penal que afetariam diretamente a juventude”* (SANTIBANEZ, FRATTARI, OLIVEIRA, 2015, p. 309).

contudo, “*o medo da criminalidade não é o espelho da criminalidade real*” (HASSEMER, 1994 p. 42).

As bases do medo ilusório são construídas no imaginário coletivo através de afirmações repetidas exaustivamente pela mídia, ganhando estatuto de verdade. Porto (2009) em sua pesquisa, elenca as que dizem respeito à violência, as enquadrando na teoria das representações sociais, indicando que são subsidiárias na formulação de políticas públicas. Dentre afirmações pesquisadas, se constata com mais frequência

1. A violência no Brasil é um fenômeno que vem, nos últimos anos, crescendo sistematicamente e não dá mostras de retroceder.
2. Embora existente no espaço rural, é um fenômeno urbano, característico das grandes cidades.
3. A pobreza e a miséria são algumas das causas mais imediatas da violência.
4. A instituição familiar está em crise, provocando desagregação moral, enfraquecimento dos valores e violência.
5. A entrada da mulher no mercado de trabalho é responsável pela desestabilização da família e, em consequência, da sociedade.
6. A religião perdeu importância como mecanismo de controle social, e sem esse freio instaura-se o vale-tudo a partir do qual se mata e se morre por um tênis, um pedaço de pão, uma bicicleta (PORTO, 2009, 215).

Assentadas em superficialidades e em premissas preconceituosas, as supostas causas da violência irão orientar não somente o medo irreal, mas a formulação de equivocadas políticas públicas para a segurança, bem como alimentar a produção de normas meramente simbólicas, estigmatizando ainda mais o seu público alvo.

No que diz respeito ao adolescente em conflito com a lei, soma-se a difusão massificada da impunidade, doutrinando a *opinio populi* pela redução da maioria penal, pois, em seu imaginário, o delinquente encontra-se à solta, prestes a atacar.

Outra reflexão voltada à delimitação do contexto brasileiro acerca das características da sociedade de risco, diz respeito às catástrofes ambientais, que, mesmo podendo afetar qualquer parte do mundo, não se vislumbra no centro das preocupações nacionais, pelo menos não em relação ao movimento expansionista penal.

Assim, o medo, produto da mídia e impulsionador da hiperprodução legislativa penal¹³⁴ no Brasil, possui características diferenciadas das traçadas inicialmente na

¹³⁴ Das modificações promovidas tão somente na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, nos últimos 10 anos, criando novos tipos penais ou aumentando suas penas, constata-se **LEI Nº 11.466, DE 28 DE MARÇO DE 2007**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular. **LEI Nº 11.923, DE 17 DE ABRIL DE 2009**. Acrescenta parágrafo ao art. 158 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o chamado “sequestro relâmpago”. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que

Alemanha. Enquanto o fenômeno sociológico na Europa aglutina o público, no Brasil aparta. Separa uma parcela de ‘pessoas de bem’ temerosas de uma imensa maioria oriunda

dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **LEI Nº 12.012, DE 6 DE AGOSTO DE 2009.** Acrescenta o art. 349-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **LEI Nº 12.550, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2011.** Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **LEI Nº 12.720, DE 27 DE SETEMBRO DE 2012.** Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **LEI Nº 12.653, DE 28 DE MAIO DE 2012.** Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **LEI Nº 12.978, DE 21 DE MAIO DE 2014.** Altera o nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. **LEI Nº 13.008, DE 26 DE JUNHO DE 2014.** Dá nova redação ao art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e acrescenta-lhe o art. 334-A. **LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **LEI Nº 13.142, DE 6 DE JULHO DE 2015.** Altera os arts. 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos). **LEI Nº 13.228, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2015.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer causa de aumento de pena para o caso de estelionato cometido contra idoso. **LEI Nº 13.344, DE 6 DE OUTUBRO DE 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **LEI Nº 13.330, DE 2 DE AGOSTO DE 2016.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar, de forma mais gravosa, os crimes de furto e de receptação de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes. **LEI Nº 13.330, DE 2 DE AGOSTO DE 2016.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar, de forma mais gravosa, os crimes de furto e de receptação de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes. **LEI Nº 13.344, DE 6 DE OUTUBRO DE 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **LEI Nº 13.531, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2017.** Dá nova redação ao inciso III do parágrafo único do art. 163 e ao § 6º do art. 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017.** Institui a Lei de Migração. **LEI Nº 13.531, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2017.** Dá nova redação ao inciso III do parágrafo único do art. 163 e ao § 6º do art. 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **LEI Nº 13.654, DE 23 DE ABRIL DE 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave; e altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, para obrigar instituições que disponibilizem caixas eletrônicos a instalar equipamentos que inutilizem cédulas de moeda corrente. **LEI Nº 13.606, DE 9 DE JANEIRO DE 2018.** Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994, 9.528, de 10 de dezembro de 1997, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.456, de 25 de abril de 1997, 13.001, de 20 de junho de 2014, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 11.076, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e dá outras providências.

da classe marginal urbana, pobres, estigmatizados, considerados potenciais perpetradores da violência.

Essa realidade se aproxima mais do contexto empreendido por Bauman (1999), ao tratar os efeitos da globalização, que se traduz em um processo de desordem da economia e das relações sociais. O Estado-nação passa a exercer suas funções em razão do mercado e seu livre trânsito, em detrimento da *“imobilidade dos miseráveis”*, privilegiando discursos que dão legitimidade ao modelo proposto de sociedade moderna, (econômico, científico e tecnológico), excludente e desigual.

À maioria da população mundial, no entanto, resta a fome, pobreza e miséria absoluta, onde milhões de pessoas encontram-se em permanentemente condição de subnutrição e 4 bilhões de pessoas vivem na pobreza, sendo que, *“a equação ‘pobreza = fome’”* esconde outras situações: *“horrríveis condições de vida e moradia, doença, analfabetismo, agressão, famílias destruídas, enfraquecimento dos laços sociais, ausência de futuro e de produtividade”*.(BAUMAN, 1999, p. 81).

A lógica globalizante sectarizou o espaço das cidades, criando a *“segregação espacial, a progressiva separação e exclusão”* (BAUMAN, 1999, p. 5), sendo que

As elites escolheram o isolamento e pagam por ele prodigamente e de boa vontade. O resto da população se vê afastado e forçado a pagar o pesado preço cultural, psicológico e político do seu novo isolamento. Aqueles incapazes de fazer de sua vida separada uma questão de opção e de pagar os custos de sua segurança estão na ponta receptora do equivalente contemporâneo dos guetos do início dos tempos modernos; são pura e simplesmente postos para “fora da cerca” sem que se pergunte a sua opinião, têm o acesso barrado aos “comuns” de ontem, são presos, desviados e levam um choque curto e grosso quando perambulam às tontas fora dos seus limites, sem notar os sinais indicadores de “propriedade privada” ou sem perceber o significado de indicações não verbalizadas mas nem por isso menos decididas de “não ultrapasse” (1999, p. 28).

Aos que ultrapassam as barreiras ‘de segurança’ impostas, tornando o medo latente em ‘suposta realidade’, cabe a repressão, o sistema penal, prontamente apto a atuar frente àqueles ‘que não sabem o seu local’, pois os espaços públicos não recebem os estigmas.

Relacionando o fenômeno a atual conjuntura brasileira, Dunker (2015) aponta que

Se nos sentimos inseguros, é porque há um objeto intrusivo entre nós, potencialmente violento, e, portanto, fica justificada nossa atitude violentamente “preventiva” contra negros, nordestinos, homossexuais e

todos esses outros que vem lá de “fora” de nossa harmoniosa cidade para alterar nossa ordem social (2015, p. 76).

Associa-se a Bauman as considerações de Wacquant ao discorrer acerca da modificação da *“guerra contra a pobreza”* ter dado lugar à *“guerra contra os pobres”*, a causa de todos os males. Descreve que a *“a política estatal das consequências da miséria”* (2003, p. 27) nos Estados Unidos dividiu-se em dois aspectos principais: 1) transformou os serviços de assistência social em instrumentos de controle e vigilância das *“classes perigosas”*; e 2) adotou a *“contenção repressiva”* dos mais pobres, tendo como seu principal recurso o encarceramento, em uma política do *“tudo penal”* (2003, p. 31).

O abandono do Estado do bem-estar social, realocando recursos, políticas e esforços nas áreas de repressão é também analisado por Zaffaroni (1991) ao descrever que os cortes de gastos públicos relativos à saúde e educação dirigido à criança e ao adolescente, no contexto da América Latina, são responsáveis por relegar a deterioração da população jovem, em razão de carências alimentares e sanitárias elementares, com educação deficiente, com notória marginalização urbana, relegados à repressão (1991, p.121).

As consequências são notadas no imenso contingente do aumento de prisões, inclusive as sem condenação e uma *“tolerância oficial”* para com os grupos de extermínio, ao qual Zaffaroni indica a saída: *“uma peça chave para escapar do perigo de um tecnocolonialismo genocida é o manejo e controle do sistema penal, neutralizando-o como instrumento deste novo colonialismo”* (1991, p. 123).

A atuação estatal neste contexto de imensas desigualdades sociais não se volta à mecanismos de distribuição de renda, políticas públicas de garantias de direitos ou outras medidas capazes de resolver os problemas sociais fora das fronteiras da criminalização das situações advindas da ausência de cidadania econômica a uma larga parcela populacional.

Compreender que o medo (oriundo de causas irreais que são exaustivamente difundidas pelas forças de comunicação) produz respostas que não tendem a resolver as questões mais graves do contexto social brasileiro constitui-se, desta feita, imprescindível para estancar a expansão simbólica do direito, da qual a redução da maioria penal figura como solução prioritária para a opinião pública.

3.6 Opinião pública, clamor social e vontade popular.

Desde a filosofia clássica a opinião é objeto de contemplação: em Platão e Aristóteles *“a opinião (doxa) opõe-se à ciência (episteme) e ao pensamento racional”*, e, em

Kant, “*A opinião é o fato de considerar-se algo como verdadeiro, tendo-se, no entanto, consciência de uma insuficiência subjetiva ou objetiva desse juízo*” (JAPIASSU, 2001, p. 142).

No mesmo sentido, Matteucci esclarece que “*‘opinião’ é sempre discutível, muda com o tempo e permite a discordância: na realidade ela expressa mais juízos de valor do que juízos de fato, próprios da ciência e dos entendidos*” (1997, p. 842). O autor apresenta, ainda, a opinião pública em Hegel, *Filosofia do Direito*, como sendo “*o conjunto acidental do modo de ver subjetivos, que possuem uma generalidade meramente formal, incapaz de atingir o rigor da ciência*” (1997, p. 844). Reproduz, também as considerações de Marx,

A Opinião pública é só falsa consciência, ideologia, pois numa sociedade dividida em classes, emascara o interesse da classe burguesa: o público não é o povo, a sociedade burguesa não é a sociedade geral, o *bourgeois* não é o *citoyen*, o público dos particulares não é a razão. A Opinião pública é, portanto, apenas a ideologia do Estado de direito burguês. (MARX apud MATTEUCI, 1997, p. 844).

Filosófica e historicamente, portanto, a leitura acerca do valor substancial da opinião pública é retirada do âmbito do cientificismo metodológico. Tal constatação não significa uma desqualificação por completo desta emanção coletiva, apenas a pontua como inadequada em relação a determinadas utilizações, dentre as quais se pontua a atuação estatal.

Bourdieu também lançou suas críticas a este comportamento coletivo, fixando que “*a produção de uma opinião está ao alcance de todos*”, do que decorre um primeiro postulado: a opinião pública é ingenuamente democrática. Outras duas perspectivas consistem no fato de que colocar a mesma questão a todo mundo demonstra implicitamente a hipótese de que há um consenso sobre o problema, “*um acordo sobre as questões a serem colocadas*”, e, por fim, o fato de que supostamente todas as opiniões teriam valor, advertindo que “*o fato de se acumular opiniões que absolutamente não possuem a mesma força real, faz com que se produza artefatos sem sentido*” (1973, p. 1).

Gustavo Zagrebelsk (2011), com maior acidez, revela a opinião pública como insensata,

Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *voxpopuli, vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acrílicos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras (2011, p. 104).

Há uma essência inversa na lógica da opinião pública, em tese, ela, uma vez constatada, teria força para atuar, orientar uma medida política, no entanto, pode tratar-se tão somente de um condicionamento coletivo, com vistas a legitimar uma decisão já tomada, mas que, no entanto, carece de lastro.

Sabemos que todo exercício da força se acompanha de um discurso visando a legitimar a força de quem o exerce; podemos mesmo dizer que é próprio de toda relação de força só ter toda sua força na medida em que se dissimula como tal. Em suma, falando simplesmente, o homem político é aquele que diz: "Deus está conosco". O equivalente atual de "Deus está conosco" é "a opinião pública está conosco". Tal é o efeito fundamental da pesquisa de opinião: constituir a ideia de que existe uma opinião pública unânime, portanto legitimar uma política e reforçar as relações de força que a fundamentam ou a tornam possível (BOURDIEU, 1973, p. 3)

Bourdieu, então, relacionando a coleta da opinião pública pelas pesquisas de opinião, consigna que esta não passa de uma soma de opiniões individuais, concluindo que *“a opinião pública não existe, pelo menos na forma que lhes atribuem os que tem interesse em afirmar a sua existência”* (1973, p. 12).

Nesse sentido, a opinião pública, apartada da realidade e da cientificidade, enquanto mera soma de opiniões individuais, não pode servir à produção legislativa e, com mais razão a reconduzir o direito penal para fora de suas diretrizes.

Moraes (2002) corrobora com esta vedação, afirmando:

Por isso não se pode admitir o argumento alimentado por uma falsa e formal lógica de que, se a população quer a pena de morte ou a redução da menoridade penal, cabe ao legislador atender esse reclamo, mais ou menos majoritário, da sociedade. O erro lógico dessa assertiva está em que a manifestação popular está viciada e manipulada, porquanto a ela não são informadas as reais causas e consequências, p.ex., da violência advinda das crianças e dos adolescentes[...] A opinião pública somente terá validade e será legítima quando a todos for dado conhecer, em igualdade de condições, os argumentos favoráveis e contrários a cada instituto, notadamente a causa da criminalidade, da criminalização/persecução e suas costumeiras vítimas (2002, p. 412).

No entanto, o que podemos considerar como uma modalidade de opinião pública, o clamor social, serve, inclusive, a fundamentar o ataque ao bem liberdade, transvestido na necessidade de manutenção da ordem pública¹³⁵.

¹³⁵Código de Processo Penal, Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941: Art. 312. *A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

O clamor social seria uma espécie de opinião pública qualificada pela comoção, o que sobreleva seu teor de irracionalidade, no entanto, Lima (2011) aponta que parte da doutrina e jurisprudência brasileira acatam a possibilidade da prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, podendo ser fundamentada pela finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, bem como nos casos em que a prisão sem pena for necessária para “*acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público*” (2011, p. 240) .

No entanto, em razão da própria verve do processo penal no Estado Democrático de Direito, qual seja, instrumento de proteção do indivíduo para que a persecução penal permaneça dentro dos limites estritamente necessários, esta modalidade de antecipação da culpa vislumbra-se plena em inconstitucionalidade. Ademais, este uso do *clamor social* consubstancia-se em justificativa infundada, uma vez que, se a opinião pública “*não existe*” com menos razão o clamor social, sua emanção antilógica, consenso não científico.

Nesse sentido, cabível a consideração de Tourinho Filho

E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a perturbação da ordem pública, sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia. Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou órgão do Ministério Público que, com verdadeiros sismógrafos, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de garantir a ordem pública, sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República (TOURINHO FILHO, 2010, p. 673).

Não podendo, assim, o clamor social fundamentar medidas individuais do caso concreto, não poderá orientar a elaboração de leis no âmbito do direito penal e processual penal, pois

Tanto o direito penal material quanto o direito processual penal devem assimilar como tarefa comum, cada um com seus próprios instrumentos e em suas áreas próprias de atuação, sendo esta a tarefa de toda a administração da justiça penal, os conflitos sociais mais difíceis e decorrentes dos desvios de comportamento de tal maneira que os direitos fundamentais de todos os envolvidos, inclusive os dos autores, sofram um mínimo de dano possível (HASSEMER, 2007, p. 117).

Neste ponto, há que se refletir acerca da vontade popular e o dualismo entre a vontade popular constituinte e a vontade dominante circunstancial.

Se um ponto une as teorias contratualistas, seria o fato de que a vontade humana fundamenta a vida em sociedade. Tangenciando do ideário de Hobbes em *Leviatã*, por sua construção fundamentar o absolutismo - distante e anverso da vontade popular - pois declara que *“todos devem submeter suas vontades à vontade do soberano”* (2006, p. 130), e de Locke (2002) porquanto, mesmo prevendo o direito de resistência à degeneração política, admitia a vontade de um só¹³⁶, busca-se, em Rousseau (1999), as considerações pertinentes ao que se denomina vontade geral.

Sendo naturalmente livres e iguais entre si, os indivíduos somente deteriam legitimidade política se associando voluntariamente e permaneceriam, desta forma, tão livres quanto antes dessa associação. Deste pacto social, emana a soberania, indivisível e alienável, pois consubstanciada na vontade geral (1999, p. 87), diferenciada da vontade de todos - que *“não passa de uma soma das vontades particulares”*- (1999, p. 91), posto que *“se, quando o povo suficientemente informado delibera [...] do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa”* (1999, p. 92), ou seja, pautada em valores e na busca de objetivos comuns.

Testoni (1997) assenta a sobreposição da vontade geral sobre a vontade particular em Rousseau reiterando que *“a vontade geral distingue-se especialmente pela qualidade, pelo seu caráter ético, ou seja, pelo interesse comum a que este aspira e não pelo número de votos”* (1997, p. 1298).

A mesma advertência é lançada por Mezzaroba (2007)

Para Rousseau, o acordo estabelecido entre os homens acaba gerando uma organização política nova, um bem social e político estruturado em uma vontade pública, essa organização em hipótese alguma deve ser confundida como somatório de pessoas ou com uma multidão sem qualquer objetivo em comum. Será, justamente, essa organização política composta por indivíduos que originará o que se chama Estado (2007, p. 199).

Este ideário orientou, ao lado da divisão dos poderes¹³⁷ e da afirmação dos valores fundamentais¹³⁸ da pessoa humana¹³⁹, o surgimento do Estado Moderno no século XVIII,

¹³⁶ *“Se a maioria começa por confiar o poder legislativo a uma só pessoa, ou a várias, mas apenas durante sua vida, ou por um período determinado após o qual o poder supremo a ela retorna, uma vez que a comunidade o recuperou, pode dispor dele de novo e colocá-lo nas mãos que lhe aprouverem e assim constituir uma nova forma de governo”* (LOCKE, 2002, p. 71).

¹³⁷ Estado Democrático de Direito, conhecido como o modelo dos Três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) de Charles Montesquieu (1689-1755), um dos ícones do iluminismo francês.

¹³⁸ Os direitos hoje ditos fundamentais, à época da Revolução Francesa eram tidos como direitos individuais, representando a vida, liberdade, igualdade formal, propriedade, componentes do que a doutrina tratou de pontuar como direitos de 1ª. Dimensão, representados historicamente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

consolidando o Estado Democrático enquanto ideal, que, além da preservação da liberdade e a igualdade de direito, prevê como fundamento a supremacia da vontade popular, enquanto autogoverno, (DALLARI, 2009, p. 151).

O ponto a ser analisado relaciona-se à supremacia da vontade popular e os direitos fundamentais, conquanto, historicamente no mesmo patamar, ambos fundamentam o constitucionalismo, entretanto, no que diz respeito à preponderância democrática substancial, constata-se a sobreposição dos direitos fundamentais, posto que são protegidos em face dessa mesma maioria.

Portanto, sobre o argumento retórico de que, em razão de um elevado número de pessoas desejarem, a redução da maioria penal consistiria em uma suposta vontade popular, emanação de todo poder, destacam-se duas desconstruções: a) esta emanação de vontade não está construída sobre informações suficientes e, tão pouco, a um *ethos* público, desclassificando-se para uma *soma de vontades dos particulares*; e b) a vontade popular constituinte sobrepõe-se à vontade dominante circunstancial quando o que está sob análise versar acerca de direitos fundamentais.

3.7 Aspecto contramajoritário dos direitos fundamentais.

Discorrendo sobre a reserva de poder do povo Fernando de Brito Alves (2013), pela perspectiva *rousseauuniana*, reforça o *povo* enquanto aspecto material de legitimação democrática do Estado,

Do ponto de vista do direito, conceito de poder constituinte, geralmente aceito pela *communis opinium doctorum*, é o de fonte de produção das normas constitucionais, é aquele poder que possui a capacidade de instituir uma Constituição, estabelecendo o rol de direitos fundamentais e organizando o Estado, entre outras coisas. Ele é um ato imperativo da nação, que *ex nihilo* organiza todo o direito (2013, p. 270).

Marcando o momento constituinte enquanto “*termo inicial do que virá a ser constituído*” (2013, p. 276), fixa seu poder como “*singular momento de aceleração do tempo*” eis que está “*voltado para o futuro e para a realização das potencialidades da multidão, enquanto singularidade histórica*” (ALVES, 2013, 277).

¹³⁹ A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 consagra: “Art. 16. - *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*” - Qualquer sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição.

Diferentemente da mera soma de opiniões, o momento constituinte voltado à declaração democrática, representa o conagraçamento da multiplicidade de perspectivas, debatida na arena de fundadores, que aglutinam não só os membros constituintes, mas que abarcam uma ampla gama de movimentos representativos populares, desejosos de um Estado em projeção com condições mais favoráveis às realizações que o ficto Estado extinto.

Sarlet (2010), no mesmo sentido, formula que mediante a positivação dos direitos fundamentais e determinados princípios, “*enquanto expressão de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se [...] em autêntica ‘reserva de justiça’*” (2010, p. 60).

Sobre esta *reserva de justiça*, Oscar Vilhena (1997) destaca que as constituições funcionam como “*mecanismos de autolimitação, ou precomprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas*”¹⁴⁰ (1997, p. 54). Esta limitação recai sobre a coletividade e de maneira prospectiva, vetando o agir individual ou coletivo, tendo por fim a sua autopreservação, fixando direitos a serem colocados “*a salvo da irracionalidade das massas*” (1997, p. 55). Leciona que

As constituições rígidas, principalmente aquelas que dispõem de um controle jurisdicional da constitucionalidade, e que, portanto autorizam que autoridades não eleitas bloqueiem decisões tomadas pelos representantes dos cidadãos, constituem autênticos mecanismos antimajoritários. Daí as tensões entre constitucionalismo, que privilegia a proteção dos direitos, e democracia, que enfatiza a regra da maioria (1997, p. 56).

O termo *reserva de justiça*, o qual Vilhena (1997) tomou emprestado de Canotilho, no original, significa que “*assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de revisão total [...] mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma só ordem constitucional histórico-concreta*” (1992, p. 1136).

A constituição, portanto, não pode ser remetida a adequações momentâneas, submetidas a contornos emergenciais, ou mesmo caracterizar-se como plataformas governamentais, cambiáveis a depender da correlação de forças de específicas legislaturas. Com muito mais razão, o caráter rígido das constituições serve à proteção do avanço,

¹⁴⁰ Para ilustrar o caráter de autodelimitação das constituições, Vilhena (1997, p. 53) faz uso da alegoria de Ulisses, em Odisséia (Homero), que determina que o amarrem ao mastro de sua embarcação, para que assim seja impedido de deixar-se sucumbir pelo canto mortal das sereias. Tal alegoria é explorada por *Jon Elster em Ulisses and the Sirens, Cambridge: Cambridge University Press, 1979.*

geralmente lento e combativo, do reconhecimento de direitos fundamentais, em especial àqueles relacionados com as minorias, que, sem tal blindagem não resistiriam às cíclicas ondas conservadoras.

Neste âmbito, pontua Sarlet que *“importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder”* (2010, p. 61) por mais que possa transfigurar em um ponto de tensão entre esses dois valores, o conflito é aparente.

Não se pode desconsiderar que *“para a realização de projetos contemporâneos de democracia, é mister que haja uma reserva clara de poder do povo”* (ALVES, 2013, p. 295) no entanto, tal reserva não poderá incidir sobre os direitos fundamentais (a não ser que para ampliá-los), posto que, sem estes, também não haverá verdadeira democracia.

Com esta máxima, emerge a perspectiva filosófica e histórica de que a vinculação do poder Legislativo aos direitos fundamentais *“implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal”* (SARLET, 2010, p. 367), enquanto numa ótica dogmática jurídica, representa *“a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo”*(2010, p. 367).

A limitação, no entanto, atinge não só o legislador, mas também o poder constituinte reformador, no sentido reforçado por Sarlet (2010): de proteção contra casuísmos da política e o absolutismo das maiorias parlamentares, mesmo qualificadas. A limitação da ‘vontade popular reformadora’, não pode, nesse caminho, ser desvirtuada para uma suposta limitação democrática.

Tal distinção é aclarada por Dworkin(1995, p. 4).

Não podemos dizer que apenas as normas possibilitadoras são pré-requisitos da democracia, por que algumas normas constitucionais que possam, aparentemente, ser normas limitadoras são plenamente essenciais à democracia. Uma maioria destruiria a democracia quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo modo que se negasse voto à mesma, por exemplo.

Para Dworkin (1995, p. 2) as normas constitucionais possibilitadoras servem à construção do governo da maioria, enquanto as limitadoras restringem seus poderes, em nome das minorias, sem, no entanto, redução democrática de seus valores, eis que *“os direitos fundamentais não subvertem a democracia, mas, pelo contrário são um pressuposto essencial dela”* (1995, p. 7).

Tais apontamentos levam a constatação de que aos direitos fundamentais recai um caráter contramajoritário, apoiado na força imutável destacada pela cláusula pétrea. A relação entre a redução da maioria e tais orbitas: a) enquadramento da submissão do adolescente a um sistema de legislação especial como direito fundamental, vedando a redução da idade penal; e, b) sua configuração enquanto cláusula pétrea, são analisados no capítulo seguinte, que trata da mobilização parlamentar reformadora constitucional.

4 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº115/2015

A Constituição Federal de 1988 não havia completado ainda 1 ano de existência quando surgiu a primeira proposta de emenda com vistas a reduzir a maioria penal. Protocolada sob o número 14, em maio de 1989 (antes mesmo do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente), teve por autor o deputado Telmo Kirst (PDS/RS), e seu objetivo era reduzir a idade de imputação penal para dezesseis anos, indistintamente.

Em que pese ter conquistado parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, cujo relatório pautou-se tão somente em aspectos formais de admissibilidade (BRASIL, 1990, p. 24), foi arquivada, em razão dos trabalhos de revisão constitucional, em maio de 1994.

Um dos apensos da PEC 14/1989, cujo teor reproduzia *ipsis literis* seu conteúdo, sobreviveu ao arquivamento, e, depois de ter tramitado durante 22 anos na Câmara dos Deputados, foi aprovada em 2015, sendo submetida ao Senado Federal sob o número 115/2015.

Foram apensadas à PEC 171/1993 outras 36 com a mesma temática, variando as propostas¹⁴¹, sendo que a primeira apreciação em plenário se deu em 30 de junho de 2015,

¹⁴¹ Os apensos tinham por objeto: a) reduzir a maioria penal para os 16 anos, de forma irrestrita: PEC 171/1993; PEC 37/1995; PEC 91/1995; PEC426/1996; PEC301/1996; PEC 531/1997; PEC 68/1999; PEC 133/1999; PEC 150/1999; PEC 167/1999; PEC633/1999; PEC 260/2000; PEC 377; 201; PEC 582/2002; PEC 179/2003; PEC 272/2004; PEC 48/2007; PEC 223/2012; PEC 279/2013; b) reduzir a maioria penal para os 14 anos, de forma irrestrita: PEC 169/1999; c) reduzir a maioria penal para os 12 anos, de forma irrestrita: PEC 345/2004; c) maioria fixada aos 16 anos em relação a tipos penais delimitados: PEC386/1996 (16 anos - crime contra pessoa e patrimônio e crimes hediondos –cumpridos estabelecimento especial), PEC228/2012 (redução para 16 anos nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, crimes hediondos, crimes contra a vida, com cumprimento de medidas socioeducativas até 21 anos, após essa idade será cumprida a pena), d) maioria penal sem fixação, em relação a tipos penais delimitados: PEC 87/2007 (redução em crimes dolosos contra a vida, inafiançável, insuscetível de graça ou anistia e imprescritível, sem indicação de idade mínima), PEC 382/2014 (redução sem limite indicado para cometimento de crimes hediondos); e) redução para 16 anos remetendo à lei a delimitação dos tipos penais incidentes: PEC 64/2003; f) redução para 16 anos com critério de discernimento: PEC 85/2007 (redução para 16 anos nos crimes dolosos contra a vida, de acordo com critério psicossocial), PEC 57/2011 (redução para 16 anos, de acordo com fatores psicossociais e culturais), PEC 273/2003 (redução para 16 anos nos casos de crimes hediondos, equiparados, de acordo com critério psicossocial, cumpridos em estabelecimento especial), g) maioria reduzida para 14 anos de acordo com critério psicossocial: PEC 399/2009 (redução para 14 anos, nos crimes cometidos com violência e grave ameaça de acordo com critério psicossocial); h) redução para 12 anos, de acordo com critérios psicossociais: PEC 125/2007 (redução para 12 anos, de acordo com critério psicossocial); i) redução de acordo com critério psicossocial sem indicar limite mínimo etário: PEC 321/2001 (maioria fixada nos termos da lei, observadas as condições psicossociais), PEC 489/2005 (redução de acordo com critério psicossocial sem indicar limite mínimo), PEC 73/2007 (redução de acordo com critério médico psicológico, sem indicar limite mínimo); i) manutenção da idade penal aos 18 anos, com procedimentos especiais de imputação: PEC 332/2013 (mantém a idade penal em 18 anos, entretanto, completada a maioria continua a responder pelo crime, tendo seu cumprimento em unidade especial), PEC 438/2014 (relativização da idade penal de 18 anos por iniciativa do ministério Público e decisão judicial, disciplinado por lei complementar), j) retroatividade: PEC 349/2013 (“lei

com o texto substitutivo formulado e aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 17 de junho de 2015 (Sessão Extraordinária nº176) com o seguinte teor:

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos nos casos de: I – crimes previstos no art. 5º, inciso XLIII; II – homicídio doloso; III – lesão corporal grave; IV – lesão corporal seguida de morte; V – roubo com causa de aumento de pena. Parágrafo único. Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos cumprirão a pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis”. (NR) Art. 2º O art. 227 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 227, § 9º O Estado instituirá políticas públicas e manterá programas destinados ao atendimento socioeducativo e à ressocialização do adolescente em conflito com a lei, com a destinação de recursos específicos para tal finalidade, vedado o contingenciamento das dotações consignadas nas leis orçamentárias anuais”. (NR) Art. 3º A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição. Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2015, p. 226)

A proposta, no entanto, não alcançou o quórum de 3/5, tendo 303 votos favoráveis, 184 contrários e 3 abstenções, entre 491 deputados presentes.

No mesmo dia, eis que a sessão extraordinária nº176 adentrou a madrugada, em 01º de julho de 2015, a matéria voltou à pauta, tendo sido aprovada por 323 votos favoráveis, 155 contrários, e 2 abstenções, com 480 parlamentares presentes à sessão. A nova formulação, via Emenda Aglutinativa (proposta produzida a partir de trechos de propostas de emenda à Constituição apensadas) diferia da emenda rejeitada anteriormente por ter excluído o tráfico de drogas e o roubo qualificado do rol de crimes a incidir sobre adolescentes com 16 anos.

O segundo turno, nos termos procedimentais do art. 60 da Constituição Federal ocorreu em 19 de agosto de 2015, obtendo 320 votos favoráveis, 152 contrários e 1 abstenção, do total de 473 presenças.

A Câmara dos Deputados, após aprovação em dois turnos, remeteu-a ao Senado Federal, passando a tramitar, então, sob o número 115/2015, com o seguinte texto final proposto (PEC Originária/ Câmara Federal nº 171/1993):

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos

penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu ou punir ato infracional quando o agente atingir a maioria penal”). Esta última foi a única rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.(NR)

Art. 2º A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição.

Houve, no entanto o apensamento a três outras propostas, em razão de objeto análogo de modificação¹⁴², (PEC nº 33/2012¹⁴³, PEC 74/2011¹⁴⁴ e PEC 21/2013¹⁴⁵), desconfigurando o teor aprovado na Câmara baixa.

Sob relatoria do Senador Ricardo Ferraço, encontra-se a proposta em trâmite na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, com nova redação, formulada a partir do apensamento das demais propostas, cuja modificação do texto constitucional atingiu não somente o art. 228, *in verbis*:

Art. 1º O inciso I do art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos, na forma da lei complementar.

Art. 2º Acrescente-se o seguinte parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal:

Art. 228.....

¹⁴² Art. 48, § 1º do Regimento Interno do Senado Federal: “Após a leitura da proposição, O Presidente verificará a existência de matéria análoga ou conexa em tramitação na Casa, hipótese em que determinará a tramitação conjunta dessas matérias”.

¹⁴³ PEC nº 33, de 2012, proposta pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP) propõe: Art. 1º - O inciso I, do art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. (NR) Art. 2º - Acrescente-se um Parágrafo Único ao art. 228 da Constituição Federal com a seguinte redação: “Art. 228 - Parágrafo Único – Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se: I - Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência; II - julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias; III - cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado; IV - capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório; V - efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade. VI –cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos (BRASIL, 2012).

¹⁴⁴ A PEC 74, de 2011, de autoria do Senador Acir Gurgacz (PDT/RO) propõe: Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa ser acrescido do seguinte parágrafo único: Art. 228. Parágrafo único. Nos casos de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos. (NR) (BRASIL, 2011).

¹⁴⁵ A PEC nº 21, de 2013, de autoria do Senador Álvaro Dias (PV/PR) Propõe: Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de quinze anos, sujeitos às normas da legislação especial. (NR) (BRASIL, 2013).

Parágrafo único. Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito anos e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:

I – propositura pelo Ministério Público especializado em questões da infância e adolescência;

II – julgamento originário por órgão do judiciário competente em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

III – cabimento na prática dos seguintes crimes:

- a) reincidência da prática de roubo qualificado;
- b) homicídio doloso;
- c) homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente;
- d) homicídio qualificado;
- e) lesão corporal seguida de morte;
- f) lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o terceiro grau, em razão dessa condição;
- g) latrocínio;
- h) extorsão qualificada pela morte;
- i) extorsão mediante sequestro e na forma qualificada;
- j) estupro;
- k) estupro de vulnerável;
- l) epidemia com resultado morte;
- m) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- n) crime de genocídio, tentado ou consumado.

IV – capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestada em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

V – efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade.

VI – cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos (BRASIL, 2016, p.21)

Como se observa, a opção foi formulada com base no critério do discernimento seletivo, a partir dos 16 anos, a depender do denominado incidente de desconsideração da inimputabilidade penal, a ser promovida pelo Ministério Público.

Cumpra observar que, visando contemplar a opinião pública, os discursos parlamentares favoráveis à redução da maioria reproduzem termos estigmatizantes e apresentam como alternativa ao estancamento dos índices de violência o recrudescimento da resposta estatal, relacionando o ato infracional à identidade do adolescente e não a um fato da vida que poderia ser evitado, caso fossem eficazes os sistemas de garantias de direitos ou o próprio sistema de proteção.

Este falacioso discurso propiciou circunstâncias que fizeram avançar as propostas emendistas de redução da maioria penal, culminando na vinculação de critérios psicossociais para atribuir ao menor de 18 anos imputabilidade penal.

O critério do discernimento, presente na PEC 115/2015, resultaria regresso ao medieval Teste da Maçã de Lubecca. Tal procedimento, medieval, previa que deveria ser oferecida à criança ou adolescente infrator uma maçã e uma moeda. Caso a opção fosse pela moeda, este seria submetido ao sistema punitivo pela demonstração de malícia em seu comportamento (LEMOS, 2013).

Para tecer críticas ao teor “*simbólico, meramente simbólico*” da Proposta de Emenda à Constituição nº 115/2015, utilizar-se-á o teor do relatório da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, eis que, este documento embasará as discussões no Senado Federal, além de, figurar o documento desta etapa procedimental no ataque mais avançado contra os direitos da infância e juventude na história da Constituição Federal de 1988.

4.1 Inimputabilidade penal como cláusula pétrea

A partir da concepção iluminista do século XVIII¹⁴⁶, o surgimento de um Estado de Direito passa a se caracterizar pela organização do Estado via uma estrutura dos comandos jurídico-normativos que irão orientar a relação entre os indivíduos e, entre estes e o poder constituído, bem como orientar o exercício deste poder, limitando sua atividade interventora na vida cidadã.

Para cumprir seu mister, a lei fundamental, necessariamente, é dotada de imperatividade e durabilidade, trazendo ao Estado inaugurado a segurança jurídica imprescindível à obtenção dos objetivos traçados pelo Poder Constituinte.

No entanto, a característica de possibilidade de alteração das normas constitucionais, muitas das vezes fundamentada na justificativa de adaptação à evolução natural social, cultural e política do Estado, são permitidas, quando dotadas de critérios rígidos, pormenorizados no texto constitucional, desde que não se desconfigure o que foi traçado como seus princípios e valores essenciais.

Bonavides (2004) adverte para a sapiência da possibilidade de alteração da lei fundamental, posto que

¹⁴⁶ Segundo Sarlet (2010) os direitos fundamentais, nas primeiras constituições escritas do século XVIII, surgiram como direitos do indivíduo frente ao Estado, “demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder (2010, p. 47)

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam o descrédito da lei fundamental (BONAVIDES, 2004, 197).

Uadi Lammêgo Bulos (2015) anuncia que *“não é toda e qualquer matéria que constitui alvo da competência reformadora”*, tendo em vista que *“alterar a estrutura das normas não é o mesmo que criar leis ordinárias [...] trata-se de uma faculdade excepcional, extraordinária”* (2015, p. 908).

O autor aponta que

A Constituição é um meio e nunca um fim em si mesma. Não podemos alimentar a ilusão de que a força operante das normas constitucionais podem evoluir a conjuntura social. A situação é outra: os preceitos constitucionais servem para ordenar a realidade circundante a depender da interpretação que se lhes atribuem. Todavia, não são modificações formais, inoportunas e inviáveis, com promessas teóricas de fácil equacionamento, que trarão uma suposta “felicidade nacional” (2015, p. 908).

No constitucionalismo brasileiro, a reforma possível pode se dar através da mutação constitucional e da reforma constitucional, conforme as lições de José Afonso da Silva (2010), sendo a mutação, um *“processo não formal”*, que ocorre *“por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado”*(SILVA, 2010, p. 61).

A reforma constitucional, genérica, na Constituição Federal de 1988, é categorizada por Bonavides (2004) em dois subtipos: revisão (já esgotada *“já que [...] prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já se realizou, não sendo mais possível outra revisão nos termos ali previstos”* e emenda, prevista em seu art. 60, que prescreve os limites materiais e formais do procedimento.

Tem-se assim que, as delimitações de emenda ocorrerão dentro do que ele tratou por limitações explícitas e implícitas. Na primeira categoria estão consignadas: a) limitações temporais (Sem referência na Constituição Federal brasileira, sendo o exemplo apontado por Bonavides (2004) a Constituição revolucionária da França de 1791, *“que tolhia toda proposição reformista durante as duas primeiras legislaturas”*¹⁴⁷); b) limitações

¹⁴⁷ CHAPITRE PREMIER - DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE LÉGISLATIVE. Article 1. 'Assemblée nationale formant le corps législatif est permanente, et n'est composée que d'une Chambre. Article 2. Ille sera formée tous les deux ans par de nouvelles élections. - Chaque période de deux années formera une législature. Article 3. Les dispositions de l'article précédent n'auront pas lieu à l'égard du prochain Corps législatif, dont les pouvoirs cesseront le dernier jour d'avril 1793.(FRANÇA, 2018) CAPÍTULO I - ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA

circunstanciais (Art. 60 §1º CRFB “*A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio*”); e c) limitações materiais(Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais).

As limitações implícitas ou tácitas “*decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição*”(BONAVIDES, 2005, p. 202), se referem à extensão da reforma (impossibilidade de revisão total ou parcial que abale a alicerces do sistema constitucional), a modificação do processo mesmo de revisão (o que seria dotar o poder reformador de qualidades afetas tão somente ao constituinte originário) e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário, denominado “*fraude ao poder constituinte*” (2005, p. 202 – 203).

Esta última categoria é descrita como sendo a convocação do povo, do qual emana o poder, titular do poder constituinte originário, ao pronunciamento revisional, que, na lógica do “*quem pode o mais pode o menos*”, daria a impressão de um procedimento legítimo (2005, p. 204), entretanto, não passa de uma transgressão plebiscitária.

A limitação reformista também foi abordada por Konrad Hesse, no seu texto *A força normativa da Constituição* (1959), no qual advertiu que

Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da constituição (1991, p. 22).

A alteração do texto constitucional deverá, portanto, resguardar a vontade de Constituição (*Willezur Verfassung*), termo cunhado por Hesse, pois “*todos interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição*” (HESSE, 1991, p. 21).

NACIONAL Artigo 1 - A Assembléia Nacional que formar o corpo legislativo é permanente, e é composta apenas por uma Câmara. Artigo 2. - Será formado a cada dois anos por novas eleições. - Cada período de dois anos formará uma legislatura. Art. 3. O disposto no artigo precedente não se dará com relação ao próximo Poder Legislativo, cujos poderes cessarão no último dia de abril de 1793 (Tradução da autora)

Restringindo a discussão acerca das cláusulas pétreas no campo dos direitos fundamentais, importa reproduzir a definição de Oscar Vilhena Vieira (1997) que trata este núcleo imutável como cláusulas superconstitucionais, justificando a nomenclatura sob o aspecto histórico como *“uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e inconstitucionalmente violados”* (1997, p. 59). A estabilidade democrática, portanto, funciona como um dimensionador do grau de reforma constitucional, levando a possibilidade de relacionar que, em democracias de alta densidade, tal acurácia não se apresenta com a mesma necessidade de bloqueios protetivos que nas frágeis democracias.

Ademais, a caracterização de certos direitos e princípios como supraconstitucionais lança um parâmetro de *“salvaguarda de valores nucleares e fundamentais na Constituição”*, e *“servem como princípios que auxiliam a interpretação constitucional, suprindo as dificuldades e tensões impostas pela desformalização do direito constitucional”* (VIEIRA, 1997, p. 60).

A delimitação do núcleo constitucional imutável é palco de amplas controvérsias doutrinárias, a começar pela interpretação gramatical do disposto no art. 60 § 4º, inciso IV, cujo teor indica a impossibilidade de deliberação de proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, o que cindiria o próprio conteúdo do artigo 5º da Constituição Federal, posto que este consagra direitos fundamentais coletivos. De plano, rechaça-se esta demarcação restritiva, que excluiria elementos caracterizadores do que se consubstancia “Constituição” e valores e princípios que representam a própria identidade da Magna Carta de 1988.

Tem-se, assim, que ao discorrer acerca de “direitos e garantias individuais”, sem título assim nomeado no texto constitucional, amplia-se o horizonte de interpretação na investigação do âmbito da rigidez, posto que não há identificação espacial em relação ao termo consignado no 60 § 4º inciso IV CF 1988, podendo qualquer dispositivo compor o âmbito de imutabilidade, independentemente da alocação no texto constitucional, o que remete a investigação tão somente ao âmbito de seu conteúdo.

Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 237 - 238) aponta um caminho a tal delimitação, indicando que as cláusulas superconstitucionais se identificam entre aquelas aptas a preservar a dignidade humana e a igualdade de cada indivíduo em relação aos demais, o que decorre da proteção da autonomia privada e as garantias de tal liberdade; as que se relacionam ao Estado de Direito fundamentado no princípio da legalidade (realizável através da separação de

poderes); direitos sociais básicos (alimentação, moradia, educação e saúde), que, por vezes penderá de interpretação pautada nos princípios da argumentação racional chegando a uma acertada compreensão do conteúdo aberto das cláusulas superconstitucionais.

A partir desta proposta de delimitação, chega-se à leitura majoritariamente aceita pela doutrina, que fixa direitos fundamentais como cláusulas pétreas. Essa posição, entretanto, lança outra controvérsia: a dificuldade de delimitação do alcance e significado dos direitos fundamentais.

Sarlet, ressaltando a especialidade dos direitos fundamentais, traça um conceito ampliado:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2010, p. 75).

Tal perspectiva, denominada conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, surge em razão da vontade constituinte, esculpida no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Entretanto, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 74) não adota essa conceituação ampliada somente em razão da vontade constituinte, tampouco o faz de maneira uníssona. Segue os apontamentos de Robert Alexy (2015), que, se contrapõe a delimitações de cunho substancial/estrutural e formal de direitos fundamentais.

Alexy, assim, tece a crítica a definição substancial/estrutural dos direitos fundamentais em Carl Schmitt¹⁴⁸, que os descreve como “*apenas aqueles direitos que*

¹⁴⁸Alexy (2015, p. 67) indica os inconvenientes da limitação de Carl Schmitt porque consubstanciados em uma definição substancial/estrutural de direitos fundamentais, sendo que este associa como tal (direitos fundamentais em sentido estrito) apenas aqueles de cunho liberal, ou seja, direitos de liberdade. Esta preceituação vincularia a extensão dos direitos fundamentais, excluindo dessa categoria a garantia “do mínimo existencial”, por exemplo. Por esta razão, aduz que “*É aconselhável, por isso, e ao contrário do que faz Schmitt, não limitar de antemão o conceito de direito fundamental e, com isso, o conceito de normas de direito fundamental*” (2015, p. 67). Sobre a afirmação, interessa reproduzir: “*Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege com'J dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento reglado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la Libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa*

constituem o fundamento do próprio Estado, e que por isso, e como tal, são reconhecidos pela Constituição”, (SCHMITT apud ALEXY, 2015, p. 66), como também se contrapõe a uma fixação do conteúdo do ponto de vista formal: *“Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua positivação”*¹⁴⁹(2015, p. 68).

Partindo desta crítica, alarga o alcance, constatando que *“uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”* (ALEXY, 2015, p. 76). Este posicionamento¹⁵⁰ dá vazão a dois grupos de normas de direitos fundamentais: as normas diretamente extraídas de enunciados da Constituição (textualmente constitucionais) e as adscritas, ou, atribuídas, caracterizada por sua argumentação estar relacionada a direitos fundamentais (resulta da interpretação, que visa aclarar um dispositivo constitucional).

No mesmo diapasão, para a localização de exemplos de direitos fundamentais fora do *“catálogo”*¹⁵¹, Sarlet (2010) acautela acerca da *“elevada dose de subjetividade”*.

No entanto, pode-se consagrar o art. 227¹⁵² da Constituição Federal como exemplo de direitos fundamentais *“fora do catálogo”*, por se tratar de direito à proteção de crianças e adolescentes reproduzindo os direitos fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal em grau de prioridade absoluta. Em uma interpretação sistêmica, abre-se a prerrogativa de elencar o art. 228¹⁵³ ao mesmo patamar e imbuído do mesmo caráter protetivo.

Ambos dispositivos tratam da dignidade da pessoa humana em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cabendo, portanto, a advertência lançada por Pérez Luño sobre

(SCHIMITT, 1996, p. 169) *Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado*(SCHIMITT, 1996, p. 170).

¹⁴⁹O autor especifica que *“Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado “Os Direitos Fundamentais” (arts. 1º a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido. Todavia, o que é abrangido por esse critério é ainda muito estreito. Não há dúvidas de que há uma série de outras disposições da Constituição alemã que expressam normas de direitos fundamentais, como, por exemplo, a do art. 103, § 1º, que garante a todos o direito de serem ouvidos pelo Judiciário* (ALEXY, 2015, p. 68)

¹⁵⁰ Tratou acerca da extensão de conteúdo do artigo 5º, § 3º, I, da Constituição alemã, “do qual a seguinte arte interessa aqui: (2) “(...)a ciência, a pesquisa e o ensino são livres” (ALEXY (2015, p. 72-76).

¹⁵¹Catálogo aqui é reproduzido no sentido em que Sarlet pontua: o Título II da Constituição da República Federativa do Brasil (2010, p. 75) denominado Dos Direitos E Garantias Fundamentais, Capítulo Idos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (CRFB art. 5 e §§).

¹⁵²Art. 227. *Caput*: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁵³Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

os direitos fundamentais: “*constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo*”(PEREZ LUÑO *apud* SARLET, 2010, p. 106).

Neste ponto, cabe trazer à baila os apontamentos elaborados pelo Relator, Senador Ricardo Ferraço, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal da Proposta de Emenda à Constituição que tem por objeto a redução da maioria penal para os 16 anos para alguns tipos penais¹⁵⁴.

O relator na CCJC sustenta que “*as propostas não esbarram nos óbices do art. 60, I, §§ 1º, 2º, 4º e 5º da Constituição Federal*”, sendo que, no mérito, indica:

Alguns juristas consideram que o art. 228 da Constituição consubstancia-se em cláusula pétrea. Mas aqui cabe outra reflexão: será que as questões ligadas à segurança pública, como é a definição da maioria penal, não teriam um caráter radicalmente ligado às circunstâncias mutáveis e, logo, não se afigura lícito questionar se faz algum sentido tentar isolar a maioria penal da dinâmica política que determina as alterações da Constituição? Essa matéria não seria, por sua natureza, incompatível com a imutabilidade veiculada pelas cláusulas pétreas? (BRASIL, 2016, p. 8)

Contra argumentando esta consideração surgem duas perspectivas: a caracterização do art. 228 da Constituição Federal enquanto cláusula pétrea e a corrosão dos direitos fundamentais em nome da segurança pública (HASSEMER, 1994b).

A fixação da idade penal mínima em 18 anos, descrita na Constituição Federal no Capítulo VII “*Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso*”, bem como a sistemática de aplicação de legislação especial, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser analisados conjuntamente, posto que a inimizabilidade deverá ser compreendida no espectro lançado pelo art. 227, de garantia em regime de prioridade absoluta de todos os direitos fundamentais, orientados sobre o princípio da proteção integral.

¹⁵⁴ Compõe a proposta do relator os seguintes tipos penais: a) reincidência da prática de crime de roubo qualificado; b) homicídio doloso; c) homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente; d) homicídio qualificado; e) lesão corporal seguida de morte; f) lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; g) latrocínio; h) extorsão qualificada pela morte; i) extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; j) estupro; k) estupro de vulnerável; l) epidemia com resultado morte; m) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; n) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. o) crime de genocídio, tentado ou consumado.

Assim, a definição do tratamento via legislação especial para aqueles adolescentes em conflito com a lei, apresentam-se como uma das perspectivas do amplo direito fundamental de proteção especial, consagrado à criança e ao adolescente em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Esse tratamento especial, sistematizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, recorrendo-se a Alexy (2015) pode ser identificado enquanto norma que pode ser fundamentada via direitos fundamentais.

O marco etário dos dezoito anos é um compromisso do Estado brasileiro em promover a consecução de todos os direitos fundamentais ao indivíduo (priorizando políticas públicas voltadas para a área e a destinação privilegiada de recursos orçamentários para tanto, nas linhas do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Não é um privilégio, mas sim um compromisso inarredável em garantir todos os valores e princípios constitucionais (formal e material) para forjar um jovem pleno em cidadania.

Deve ser apontado, ainda, que a Constituição moderna, em seu sentido histórico, surge em razão da limitação do Estado repressor em face cidadão, sendo que, no caso da Constituição Federal de 1988, em reação ao contexto ditatorial que a precedeu, essa carga limitadora emerge de maneira ainda mais expressiva, bem como, também, se constata expressiva as pontuações de proteção voltadas à infância e juventude, porque também reflexas ao contexto excludente, repressivo e discriminatório que parcela desse segmento recebia no Estado Ditatorial.

Vale assinalar a investigação de Pinheiro (2004) que, em pesquisa sobre a dinâmica das representações sociais da infância e juventude na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 – 1988, identificou as propostas dirigidas ao tratamento da criança e do adolescente, sistematizando-as em quatro eixos temáticos: enquanto sujeitos de direitos; objeto de proteção social; objeto de controle e disciplinamento, objeto de repressão social, dispostos aqui em ordem de preponderância. A autora concluiu que

Das quatro representações sociais mais recorrentes, a mais rarefeita, no material empírico, é, sem dúvida, a da repressão social. Não há propostas de constituintes que defendam, explicitamente, práticas coercitivas e de confinamento, e, sim, críticas à sua manutenção no atendimento ao dito menor infrator (2004, p. 350).

Ou seja, a vontade constituinte pairava distante de uma vontade de tratamento repressivo da infância e juventude, seja porque na *práxis* vivenciou a degradação humana da institucionalização *menorista*, e a situação de rua a que eram relegados crianças e

adolescentes antes do advento da Constituição, seja porque naquele momento, em *tesis*, estavam sob o “*véu da ignorância*”, numa referência a Rawls¹⁵⁵.

Schier (2007), sobre a relação entre o momento constituinte e a vedação de modificação dos direitos fundamentais, relaciona: “*Note-se que as cláusulas pétreas são verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional*”(2007, p. 69).

A opção constituinte, em 1988, de trazer para o texto constitucional a delimitação da idade penal é muito significativa, posto que, se não houvesse o entendimento de que se constitui como direito fundamental, ou seja declarar e proclamar enquanto tal, não haveria razão para tal inovação, eis que o Código Penal de 1940 já contemplava o marco etário da imputabilidade aos 18 anos. Consigna-se, ainda, que esta catalogação como direito fundamental ocorre de maneira simultânea à transmutação da posição de crianças e adolescentes da posição *ante* de objetos para sujeitos plenos de direitos.

Acerca do tema, Paulo Rangel (2015) discorre

Qualquer tentativa de proposta de deliberação acerca da imputabilidade penal, restringindo o alcance da sua regra de proteção dos adolescentes, constituirá um abominável e grave ataque ao Poder Constituinte originário que consagrou de forma clara a idade em 18 anos da imputabilidade penal, sendo, por essa razão, inconstitucional (2015, p. 215).

Além, portanto, da caracterização do art. 228 da Constituição Federal enquanto cláusula pétrea importa, neste ponto, tratar acerca da corrosão dos direitos fundamentais em nome da segurança pública.

Hassemer (1994b) identifica a manipulação do medo coletivo difuso como forma de acirrar os instrumentos de combate à criminalidade (da qual a redução da maioria penal pode ser considerada um exemplo), o que se dá com a restrição das liberdades, o que não passa de “*uma conhecida política criminal populista*”(1994b, p. 155). O autor descreve o

¹⁵⁵ John Rawls propõe em sua Teoria de Justiça, que “*generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê [...] em Locke, Rousseau e Kant*” (1997, p. 12) tendo por ideia norteadora que os princípios de justiça “*para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original*”. O consenso original, que surge da posição original deve ser pautado pela equidade, advertindo Rawls que “*parece razoável e geralmente aceitável que ninguém deva ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha de princípios*”(1997, p. 20). “*Por exemplo, se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o princípio contrário [...] Desse modo chega-se ao véu da ignorância de maneira natural*” (RAWLS, 1997, p. 21).

fenômeno do manejo apelativo das opiniões pautados no argumento de sobreposição da segurança pública:

Não é a ameaça real da criminalidade e da violência que constitui o fator decisivo para a política de segurança pública, e sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Estes sentimentos de ameaça dominam a população, são canalizados para reivindicações de imediato arrocho nos meios coercitivos e tornam o relaxamento dos direitos fundamentais bem como sua corrosão pelo Estado não só toleráveis como objeto de exigência da população. Porém, não existe a mais remota relação causal entre ameaça e sentimento de ameaça, pelo contrário. Há mais medo do crime entre grupos sociais onde a probabilidade de ser sua vítima é mais remota. A recíproca também é verdadeira (1994b, p. 156).

Assim, os sistemas de proteção integral fixados na Lei nº 8069/90 (sistema dos direitos e garantias fundamentais, sistema protetivo e sistema socioeducativo) visam a concretizar o compromisso da dignidade da pessoa humana em regime prioritário, compromisso pactuado no momento constituinte originário, sendo que o Estado brasileiro o deverá cumprir até os 18 anos de cada um de seus membros.

O comando constitucional de inimputabilidade penal fixada aos 18 anos, remetendo o adolescente a tratamento pautado por legislação especial, perfaz a característica de direito dotado de fundamentalidade em sentido material, sendo este apenas um dos espectros da promessa à infância e juventude lançada pela Constituição de 1988, o qual se constitui em cláusula pétrea, não podendo sofrer corrosão em nome de uma falaciosa política de segurança pública.

4.2 A delimitação do marco etário

Um dos argumentos mais propalados pelos entusiastas da redução da maioridade penal diz respeito aos avanços, principalmente dos meios de comunicação, concedendo ao adolescente acesso à informação, o que seria capaz de potencializar o seu desenvolvimento mental, produzindo-lhe condições de discernimento.

Em razão do fenômeno, o adolescente atual estaria, do ponto de vista da consciência, distante daquele que, em 1940, levou o legislador a fixar a idade penal aos 18 anos, no Código Penal ainda em vigência.

O fundamento apresentado pelo relator da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal opina na mesma via, discorrendo que “*o desenvolvimento*

mental dos jovens dos dias de hoje é muito superior aos de sete décadas atrás, principalmente em virtude da revolução tecnológica nos meios de informação” (BRASIL, 2015, p.6).

Surgem, assim, várias temáticas a serem enfrentadas, uma delas diz respeito ao acesso a informação, sobre o qual Testa Júnior indica que, para que exista, são necessários *“democratizar e pluralizar a informação e seus meios de difusão, possibilitando, assim, a distribuição igualitária do conhecimento informativo e a participação de todos no processo de informação das notícias de interesse geral”* (2010, p. 195), o que somente se concretiza a partir da regulamentação da imprensa, assunto que não detém a mesma atenção deliberativa que a redução da maioria penal.

Segundo Testa Júnior, o direito fundamental à informação factual verdadeira é limitador da liberdade jornalística, sendo que esta última se encontra em um contexto de oligopólios dos meios de comunicação, cuja concentração *“mantém o poder do status quo [...] e manipula ideologicamente”* a informação (2010, p.195). Prossegue:

O direito à informação, portanto, vem sendo ferido de morte pelo desvirtuamento da liberdade jornalística que, ao invés de informar, deforma a realidade factual e produz a alienação social pela desinformação, sendo que em plena era da informação há uma multidão que dela é excluída (2015, p. 191).

O fato de a manipulação midiática não ser constatado claramente por um vasto número de expectadores agrava as consequências por ela desencadeadas, posto que a expansão sem precedentes do fenômeno comunicativo acaba por persuadir a percepção de seus objetivos mercadológicos e ideológicos. O público falsamente entende que tem acesso a uma pluralidade de opiniões e visões dos fatos, quando, na verdade o que existe é uma proliferação massificada das mensagens produzidas pela grande mídia, que se reproduzem em cascata e rapidamente, em detrimento do pequeno espaço ocupado pelos veículos alternativos e independentes.

De fato, nunca houve um acesso tão vasto à informação, bem como nunca a informação esteve tão categorizada como produto. Nesse sentido, Ianni (2003)

O que singulariza a grande corporação da mídia é que ela realiza limpidamente a metamorfose da mercadoria em ideologia, do mercado em democracia, do consumismo em cidadania. Realiza limpidamente as principais implicações da indústria cultural, combinando a produção e a reprodução cultural com a produção e reprodução de capital; e operando decisivamente na formação de “mentes” e “corações”, em escala global (IANNI, 2003, p.152, grifo do autor).

Paulino (2015) indica a tendência como emanção, do ponto de vista antropológico, “*ao cálculo racional dos interesses do homo economicus, o ápice de promessa de felicidade na escala evolutiva civilizacional: o “mercadocentrismo”*” (2010, p.103). Essa emanção alcança a todos, mesmo aqueles vetados do consumo, eis que a manipulação promovida pela mídia no âmbito da introjeção política-ideológica acaba por transformar a opinião em produto, gerando dividendos por vezes mais ainda mais rentáveis.

Na novíssima ordem mundial, o capitalismo é capaz de ressignificar tudo, inclusive “*símbolos e discursos de rebeldia e luta em consumo*” (MAGALHÃES, 2015, p. 45) tendo em vista que

Assim, o movimento Hippie e Punk foi limitado aos símbolos de rebeldia controlados, onde as calças rasgadas já vêm rasgadas de fábrica, e os cabelos são pintados com tintas facilmente removíveis; Che Guevara é vendido na *Champs Elisée*, e os pichadores e grafiteiros expões no Museu de Arte em São Paulo. Tudo é incorporado, domado e pasteurizado. A “diversidade” está em uma praça de alimentação de Shopping Center ou no *Epcot Center*, onde é possível comer comidas de diversos lugares do mundo com um sabor e tempero adaptados ao nosso paladar.

Essa ampla vastidão para o consumo, no entanto, não está disponível para todos, pois, conforme Dunker (2015, p. 76) “*os filhos das classes baixas tem que começar a vida mais cedo, sem brincar, sem educar, direto para o trabalho ou para o crime*”, o que o leva a concluir que “*falar em idade mental, neste contexto, é um crime cínico de classe*” (2015, p. 76). Cabe a esta camada de excluídos do consumo tão somente a informação, que é justamente o instrumento ideológico que classifica como cidadãos aqueles que possuem o poder de obter bens. Os demais, fixa-se, a grande maioria, vê passivamente a transformação de tudo em produto que não lhes estão ao alcance¹⁵⁶.

O amplo acesso à informação, portanto, não se fixa em parâmetros democráticos e de emancipação, mas o contrário, como indica Bourdieu ao elaborar acerca da televisão:

Tomemos o mais fácil: as notícias de variedades, que sempre foram o alimento predileto da imprensa sensacionalista; o sangue e o sexo, o drama e

¹⁵⁶Nem os produtos, tampouco os locais de consumo estão ao alcance da juventude pobre e periférica, conforme assistiu-se no final do ano de 2013. Um projeto de Lei Municipal que tramitou na Assembleia Legislativa da Capital paulista, deu origem ao movimento denominado “*rolezinho*”. Jovens da periferia, na maioria negros eram convocados por cantores de funk a protestarem, posto que o projeto visava proibir legalmente a realização de bailes com o estilo musical nas ruas da cidade. Muitos desses encontros ocorreram nos shoppings de São Paulo, e, na medida que passou a ser mais recorrente, os jovens passaram a ser recebidos pela polícia (portando bombas de gás lacrimogênio e armas com bala de borracha, além da revista pessoal aos que entravam nos estabelecimentos). O Shopping JK Iguatemi, que conta com lojas de grifes badaladas do *jetset* e com o serviço de carregador de compras, obteve judicialmente uma liminar impedindo a manifestação em suas dependências, sob pena de multa de R\$10 mil a que descumprisse, medida posteriormente adotada por outros estabelecimentos.

o crime sempre fizeram vender, e o reino do índice de audiência devia alçar a primeira página, à abertura dos jornais televisivos [...] mas as variedades são também notícias que distraem [...] essa espécie elementar, rudimentar da informação que é muito importante porque interessa a todo mundo sem ter consequências e porque ocupa o tempo, tempo que poderia ser empregado para dizer outra coisa. Ora, o tempo é algo extremamente raro na televisão. E se minutos tão preciosos são empregados para dizer coisas tão fúteis, é que essas coisas tão fúteis são de fato muito importantes na medida em que ocultam coisas preciosas [...] Ora, ao insistir nas variedades, preenchendo esse tempo raro com o vazio, com o nada ou quase nada, afastam-se as informações pertinentes que deveria possuir o cidadão para exercer seus direitos democráticos (1997, 24).

Por outro lado, na mesma medida que a informação absorvida pela juventude sobre-estimula o consumo, o que naturalmente exclui parcela considerável dos que não possuem condições de consumir e sub-estimula uma formação participativa democrática, reproduz uma imagem estereotipada da juventude, criadas, ambas situações, pelas mesmas fontes.

Em pesquisa acerca da *Juventude, Representação e Consumo*, Sales e Coutinho concluíram, a partir de análises dos telejornais, que a imagem reproduzida da juventude é “estereotipada e definida nos moldes do senso comum” aparecendo, esta, apenas como “uma juventude consumidora, irresponsável, agressiva, que não é capaz de falar sobre si mesma ou sobre assuntos do campo social e político que a sociedade, e, portanto, os jornalistas, julgam não lhes dizer respeito”(2013, p. 8).

Ou seja, o critério de acesso à informação disponível aos adolescentes, com as características que possui, não influenciam para um desenvolvimento de cidadania, não devendo, portanto, ser elencado como fundamento indicativo que o indivíduo com 16 anos tenha discernimento ou atue de acordo com este.

Outra questão etária levantada na justificativa produzida pela relatoria na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, fundamentando o rebaixamento da idade penal (BRASIL, 2015) foi o suposto “clamor” que teria sido lançado por Tobias Barreto, em 1884, pela fixação aos 16 anos, “mas que, mesmo passados 100 anos, a Constituição Federal de 1988 a fixou aos 18”, conforme reproduzido:

É oportuno mencionar que Tobias Barreto, o maior penalista do Império brasileiro, em sua obra “Menores e Loucos em Direito Criminal”, escrita em 1884, e reeditada em 2003 pelo Senado Federal, já clamava por um direito penal que estabelecesse uma relação direta entre a maioridade penal e o discernimento do agente. Tobias Barreto já elogiava, nessa época, o Código Penal francês, que trazia a maioridade penal aos dezesseis anos. Passados praticamente cem anos até a Constituição Federal de 1988, hoje vige no Brasil uma maioridade penal de 18 anos (2015, p. 6).

Em verdade, Tobias Barreto, ao tempo da obra citada, foi contemporâneo da vigência do Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830, que previa a idade penal aos 14 anos, *in verbis*: “Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze anos”.Cuja exceção ocorria na seguinte sistemática:

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos (BRASIL, 1830).

Tomando em consideração o fato da imputação criminal no Brasil recair sobre aqueles com 14 anos¹⁵⁷, o que fez Barreto foi lançar elogios ao *Code Pénal*¹⁵⁸ francês (1810) em razão de fixa-la aos 16:

O art. 66 desse Código eleva a idade, aquém da qual não existe imputação, a dezesseis anos. Disposição muito mais salutar, e cuja importância é apenas atenuada pela sutil distinção estabelecida entre o menor que obrou *sans discerniment* e o que obrou *avec discerniment* (2003, p. 51).

¹⁵⁷ Sobre a comparação, o autor versa que “*Como quer que seja, o certo é que, pelo direito criminal francês, um rapaz de quinze anos, que já conhece todos os encantos da vida parisiense, que já entra, com todo o conhecimento de causa, na gruta mística e perfumosa, em que habita alguma deusa, que até já sabe a fonte onde Diana se banha, e vai espreita-la nua, não obstante o perigo de ser devorado pelos cães, caso cometa algum homicídio, s’il est décide qu’il a agi sans discerniment, será absolvido; podendo apenas ser, selon les circonstances, remis á sés parens ou conduit dans une Maison de correction. Ao passo que isto ali sucede, entre nós pelo contrário, um pobre matutino da mesma idade, cujo maior grau de educação consiste em estender a mão e pedir a benção a todos os mais velhos, principalmente ao vigário da freguesia e ao coronel dono das terras, onde seu pai cultivava a mandioca, se porventura perpetra um crime de igual natureza; se por exemplo mata com a faquinha de tirar espinhos o moço rico da casa grande, que ele encontrou beijando sua irmã solteira, obre ou não com discernimento, será julgado como criminoso!...*” (BARRETO, 2003, p. 52).

¹⁵⁸O Código Penal Francês de 1810 disciplinava que :ARTICLE 66.Lorsquel'accusé aura moins de seizeans, s'il est décidéqu'il a agi sans discernement, il sera acquitté ; mais il sera, selonles circonstances, remis à sesparents, ou conduit dans une maison de correction, pour y être levé et déte nu pendant te Inombre d'années que lejugement déterminera, et qui toute fois ne pour ra excéder l'époque oùil aura accompli as vingtièmeannée. ARTICLE 67.S'il est décidéqu'il a agi avec discernement, les peines seront prononcé es ainsiqu'il suit: S'il a encourula peine de mort, destra vaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, il sera condamné à la peine de dix à vingtans d'emprisonnement dans une maison de correction; S'il a encouru la peine destra vaux forcés à temps, ou e la réclusion, ils era condamné à être renfermé dans une maison de correction pour um temps égal autiers aumoins et à la moitié au plus de celui auque lilauraitpu être condamné à l'une de ces peines. Dans tous cescas, il pourra être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police, pendant cinqans aumoins et dixansau plus. S'il a encouru la peine du carcan ou dubannissement, il sera condamné à être enfermé, d'unan à cinqans, dans une maison de correction. (FRANÇA, 1810). ARTIGO 66.Quando o acusado tiver menos de dezesseis anos, se for decidido que agiu sem discernimento, ele será absolvido; mas ele, dependendo das circunstâncias, será entregue a seus pais, ou levado a uma casa correcional, para ser criado e detido por um número de anos que o julgamento determinará, e que, entretanto, não poderá exceder o tempo em que ele tiver completou seu vigésimo ano.ARTIGO 67 - Se for decidido que ele agiu com discricção, as sentenças serão pronunciadas da seguinte forma:Se ele tiver incorrido na pena de morte, trabalho forçado para a vida, ou deportação, ele será sentenciado a dez a vinte anos de prisão em uma casa correcional;Se tiver sido condenado a trabalhos forçados a tempo ou a pena de prisão, será sentenciado a uma casa de correção por um período não inferior a um terço e não superior a metade daquela a que poderia ter sido condenado. condenado a uma dessas sentenças.Em todos esses casos, ele pode ser preso ou julgado sob a supervisão da Alta Polícia por pelo menos cinco anos e não mais que dez anos.Se ele tiver incorrido na pena de ser acorrentado ou banido, ele será condenado a ser trancado, de um a cinco anos, em uma casa correcional (Tradução da autora).

Tobias Barreto enaltece elevar a idade penal, e não rebaixá-la, e ainda lança a crítica ao fato do legislador brasileiro ter seguido o critério francês do discernimento, de *“difícilima apreciação”* (2003, p. 51), mas não ter feito o mesmo com a regra a que previa, em alguns casos, a entrega do menor que praticou fato delituoso à sua família.

Em sentido contrário ao que apontou com perfídia o Senador Ricardo Ferraço, atribuindo a Tobias Barreto a consideração de que este *“já clamava por um direito penal que estabelecesse uma relação direta entre a maioria penal e o discernimento do agente”* (BRASIL, 2015) o jurista, em verdade, descreveu que a teoria do discernimento, *“pode abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espetáculo doloroso”* (2003, p. 47), sopesando que

Em todo caso, antes de correr o risco de ver passar impune, por força da lei, quando cometa algum crime, o ginásiano de treze anos, que já faz seus versinhos e sustenta seu namorico, do que expor a perigo de ver juízes estúpidos e malvados condenarem uma criança de dez anos, que tenha por ventura feito uma arte, segundo a frase de família, e isso tão-somente para dar pasto a uma vingança (2003, p. 49).

Digna de nota, ainda, a observação que lança no paralelo que traça entre o modelo brasileiro e o italiano que *“tem mais direito de exigir de um maior de nove anos uma certa consciência do dever, que o faça recuar da prática de um crime, do que o Brasil, com seu péssimo sistema de ensino, pode exigir-la de qualquer maior de catorze”* (BARRETO, 2003, p. 53). Neste caso sim, parafraseando o relator, mesmo passados praticamente cem anos até a Constituição Federal de 1988, até hoje vige no Brasil um péssimo sistema de ensino.

Outra argumentação presente no relatório produzido na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, tentando fragilizar a escolha constituinte da imputabilidade aos 18 anos, toma como parâmetro o posicionamento da psiquiatra Kátia Mecler¹⁵⁹, à época vice-coordenadora do Departamento de Ética e Psiquiatria Forense da Associação Brasileira de Psiquiatria, que defende:

Quando esse limite foi definido, há 70 anos, vivíamos uma época muito diferente. Hoje, o mundo é absolutamente permeado pela comunicação, por tecnologias avançadas, por estímulos intensos desde cedo e a gente percebe claramente que o desenvolvimento acelera também, ainda que a maturidade seja um processo longo, que pode durar uma vida inteira (MECLER *apud* BRASIL, 2015)

¹⁵⁹Ver nota 121.

Entretanto, a posição da psiquiatra não consubstancia um posicionamento da Associação Brasileira de Psiquiatria, como depreende-se da publicação em sua revista do artigo *Redução da Maioridade Penal e Psiquiatria*, no qual os autores pontuam que a delimitação da idade penal apresenta problemas

Portanto, vemos que o ponto de corte acaba sendo arbitrário e reflete o entendimento da sociedade e do legislador acerca do desenvolvimento da criança ou adolescente. Ainda assim, a idade é adotada por convenção, sem um embasamento científico, mesmo porque há diferenças individuais na velocidade e no grau de amadurecimento psíquico, em geral incompleto aos 18 anos, assim como aos 16 (RIBEIRO; CORDEIRO, 2016, p. 35).

Os autores apontam que as ciências, em seu estágio atual, não possuem condições de apontar os termos da passagem do indivíduo para a vida adulta.

Intensas mudanças estruturais ocorrem no cérebro durante a infância e a adolescência, enquanto a personalidade amadurece e comportamentos mudam: crescimento axonal, arborização dendrítica, mielinização, angiogênese e gliogênese. As condições de parto, doenças perinatais, experiências de vida, o meio onde vivemos e a forma como somos criados também ajudam a formar a personalidade. Também é notória a diferença de tempos de desenvolvimento entre os sexos. Desta forma, do ponto de vista estritamente científico ou biológico, não é possível estabelecer um ponto de corte absoluto, sendo as análises baseadas em testes e avaliações clínicas bastante subjetivas (RIBEIRO; CORDEIRO, 2016, p. 35).

Em paralelo, cabe a consideração apontada por Dunker de que a psicanálise relaciona a “*nossa relação com a lei como homóloga a que temos com o desejo*”, o que o leva a elaborar que

Postular a redução da maioridade penal deveria basear-se em uma concepção de responsabilidade e autonomia. Esta depende de como, para um determinado sujeito, combinam-se suas condições para agir, saber e posicionar-se diante do prazer. Contudo, o litoral entre o saber e o gozo é um mar revolto durante a adolescência. Em uma semana, o sujeito dá mostras do mais elevado pensamento lógico formal e reflexivo, para na situação seguinte agir por princípios de flagrante heteronomia irreflexiva ou mera impulsividade (2015, p. 64).

Não caberia, portanto, um *neolombrosianismo* a iluminar a tomada de decisão acerca de qual idade já é possível discernir ou não acerca dos atos da vida social, e a atuação do indivíduo de acordo com tal entendimento, posto que “*seria um reducionismo esperar obter tal resposta de uma equipe de saúde mental ou de exames complementares, como imagem cerebral, testes neuropsicológicos ou laboratoriais/ genéticos*”(RIBEIRO; CORDEIRO, 2016,

p. 35). Ademais, os autores advertem que “*essa conduta dá margem a entendimentos subjetivos de caráter individual e erros de julgamento, desrespeitando o ideal de igualdade perante a lei*” (2016, p.35).

As evoluções científicas, tecnológicas e o direito à informação factual verdadeira e seus benefícios decorrentes na atual etapa civilizatória, caso fossem distribuídos de maneira mais equitativa e democrática, concomitante a um alto desempenho de concretização dos direitos fundamentais, o debate seria o mesmo empreendido por Tobias Barreto na última quadra do século XIX, buscar-se-ia elevar a idade penal, ao contrário do que se assiste hodiernamente.

4.3 Idade penal e Política Criminal

Com origem terminológica cunhada por Feuerbach, a Política Criminal “*foi durante muito tempo sinônimo de teoria e prática do direito penal*” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 3). No entanto, hodiernamente a Política Criminal alcançou certa autonomia, sendo compreendida como “*a reação, organizada e deliberada, da coletividade contra as atividades delituosas, desviantes ou antissociais*” (ANCEL *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 3)

Trata-se de estratégia decisional ou programacional de reação ao crime e a criminalidade, sem estar presa, contudo, tão somente ao seu grande mote, o direito penal, eis que guarda relação com demais práticas de controle social não penais, não repressivas, e até mesmo não estatais (DELMAS MARTY, 2004).

Várias, no entanto, são as conceituações de política criminal apresentadas: “*obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal*” (ZIPF, 1979, p. 4); “*conjunto de medidas e critérios de natureza jurídica, social, educacional, econômica e afins, estabelecidos pelas autoridades públicas para prevenir e reagir contra o fenômeno criminal, a fim de manter limites toleráveis de índices de criminalidade em uma dada sociedade*”¹⁶⁰, (BORJA JIMENEZ, 2003, p. 9-10); “*podemos afirmar que a Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e*

¹⁶⁰ No original: “*aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad*” (Tradução da autora).

escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 132).

Para Juarez Cirino dos Santos (2002, p. 53), a política criminal tem um caráter mais fechado, apresentando a seguinte conceituação:

A política criminal é o programa do Estado para controlar a criminalidade. O núcleo do programa de política criminal do Estado para controle da criminalidade é representado pelo Código Penal. O instrumental básico de política criminal de qualquer código penal é constituído pelas penas criminais – em menor extensão, sob outro ponto de vista, pelas medidas de segurança para inimputáveis.

Tensionada entre movimentos políticos criminais de cunho repressivo-punitivista e não intervencionista, a política criminal não segue uma coerência estrutural, sendo que *“na atualidade, o estudo das funções atribuídas às penas criminais mostra o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal, em geral, porque discurso penal e realidade da pena caminham em direções contrárias”* (CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 53).

Assiste-se, em verdade uma aglomeração de formulações legislativas voluntaristas que não se estruturam dentro de uma sistemática metodológica, o que acaba por causar um alvoroço doutrinário bem como aplicações jurídicas não uniformes.

Maurício Zanoide de Moraes consigna que nunca houve uma política criminal no Brasil, e indica que a causa é a inexistência *“real e efetiva de Política de Estado no Brasil”* (2006, p. 416), sobre o qual aclara:

Sem uma matriz fundante e diretiva de objetivos maiores, extraídos do consenso do povo brasileiro (Política de Estado), não há como se situar, dentre as demais políticas públicas, um âmbito claro e uma finalidade segura para uma política criminal. Sem qualquer incentivo governamental ou de grandes instituições privadas, o trabalho dedicado de muitos cientistas desenvolve a Criminologia, a Sociologia e demais ciências auxiliares para o fornecimento de elementos teóricos para a formação de uma boa política criminal. Essa insuficiência de um estudo nacional e amplo das causas do crime, porém, não é o maior óbice para a falta de uma Política Criminal de Estado (2006. p. 416).

A aproximação das formulações acientíficas e a ausência de uma política criminal substancial, gera uma conduta à mercê das *“emoções do momento, e a política de repressão estatal não pode ser orientada por simples correntes de opinião”* (MORAES, 2006, p. 417). Ao se influenciar pela opinião pública, a produção normativa se torna inadequada, além de não trazer soluções à questão da violência.

Ao mudar o foco, se afastando da atuação de “*outras áreas públicas (p.ex., saúde, educação, fiscalização administrativa, controle administrativo das atividades econômicas)*”(op. cit. p. 418) surge uma sensação de falência do Estado, sentimento altamente desagregador.

Por esse prisma, aumenta-se a convicção de que cada um deve agir individualmente na defesa e manutenção de seus interesses e, no instante em que os integrantes do corpo social assim atuam, cresce o fosso das desigualdades e a sociedade começa a se dividir em castas sócio-econômicas inimigas e, por conseguinte, promotoras de uma violência interna diante da qual o poder político deverá optar a qual lado destinará sua tutela penal. Como há classes mais e menos poderosas econômica, social e politicamente, será sempre a classe mais poderosa a que melhor influirá nos desígnios estatais e, portanto, terá seus interesses mais bem tutelados. Isso pode ser comprovado se notarmos que, nos últimos anos, os crimes patrimoniais foram os que tiveram as penas mais ampliadas (MORAES, 2006, p. 418).

A política criminal, portanto, que centra seus esforços na produção expansionista e no recrudescimento como resposta ao ato delitivo, atuando sobre as consequências do crime e não em sua prevenção, haja vista a cifra negra¹⁶¹ que leva a crer que, no cometimento do crime, não existe a clara certeza de punição, não atingindo o sistema repressivo escopo para uma prevenção geral.

Daí o verdadeiro absurdo nos discursos políticos que afirmam que a segurança pública será protegida com penas mais altas e maior espectro de criminalização (p.ex., com a redução da menoridade penal). Tais medidas, muitos mais midiáticas do que científicas, não atingem o cerne da questão, qual seja, como fazer com que pare de crescer o número de crimes? Quais os meios eficazes para evitar que determinadas infrações se reduzam em determinados grupos sociais (p.ex., os crimes de homicídio em comunidades mais pobres e os crimes de sonegação fiscal entre os mais abastados)? Onde está o erro e onde se deve atuar para que o fato ilícito não surja? (MORAES, 2006, p. 415).

Mesmo sem direção, a política criminal foi um dos argumentos reducionistas a justificarem a constitucionalidade da redução da maioria penal no parecer do relator da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado Federal, *in verbis*:

¹⁶¹O termo “cifras negras” surgiu com o belga Lambert Adolphe Jacques Quetelet (1796-1874), considerado um dos precursores da sociologia moderna (criminologia de bases sociológicas), pertencente à denominada escola cartográfica. Relacionando a criminologia clássica com a positivista, caracterizou o conceito de “cifra negra” ao relacionar, a criminalidade real, aparente e a criminalidade legal, que acabava levando a julgamentos. Assim, Adolphe Quetelet, anunciava as bases do conceito: “*Todo conhecimento sobre estatísticas de delitos e ofensas não será de nenhuma utilidade, se não admitirmos tacitamente que existe uma relação quase invariavelmente a mesma entre as ofensas conhecidas e julgadas e a soma total desconhecida dos delitos cometidos*” (MAÍLLO, 2007, p.69 *apud* FALEIROS JÚNIOR; FREITAS, 2011, p. 87).

[...] me parece que a alteração da maioria penal ou sua relativização não implica uma questão metafísica e dificilmente compreensível acerca dos direitos essenciais ao desenvolvimento pleno das potencialidades do indivíduo, mas, ao contrário, um mero juízo de conveniência acerca da política criminal a ser adotada (BRASIL, 2016, p. 9).

Reproduzindo a Exposição de Motivos da Reforma do Código Penal (1984), indicando que o legislador “*Manteve o Projeto a inimputabilidade penal do menor de 18 anos*”, eis que “*Trata-se de opção apoiada em critérios de política criminal*”, sustenta-se que a opção legislativa em reduzir a idade penal está vinculada apenas a esta atribuição.

Não se atenta, o relator, às considerações formuladas por Alessandro Barata (2002) ao chamar atenção para a distinção entre política penal e política criminal, sendo a primeira “*uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e medidas de segurança)*” (2002, p. 201), onde discurso e realidade estão desencontrados (CIRINO DE SOUZA, 2002), e o que seria, de fato, política criminal.

Para Alessandro Barata, a política criminal apresenta-se em um espectro mais ampliado, “*como uma política de transformação social e institucional*”, da qual, numa perspectiva radical, o direito penal apresenta-se como sua emanção mais equivocada, pois

A questão penal não está somente ligada às contradições que se exprimem sobre o plano das relações de distribuição, e não é, por isso, resolúvel, atuando apenas sobre estas relações, para corrigi-las, mas liga-se, sobretudo, às contradições estruturais que derivam das relações sociais de produção (2002, p. 201).

Baratta evidencia que

Uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de ‘substitutivos penais’, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, das formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contra poder proletário, em vista da transformação radical das relações de produção capitalista (2002, p. 201).

Nesse ponto, cabe identificar que a construção constitucional para a infância e juventude adotou esta perspectiva ampliada, ao obstaculizar a atuação penal para a área, remetendo, a partir de uma política educacional, formas de controle social diferenciadas do poder punitivo estatal.

O enquadramento da definição da idade penal sob a ótica da política criminal que pautou a Exposição de Motivos da reforma do Código Penal de 1984 não estava pautada pelos informes que vieram a compor a vida democrática nacional inaugurada pela Constituição de 1988, a qual passou a delimitar qual postura deve ter o Poder Público para atuar frente a questão da proteção da infância e juventude.

A este respeito, Ramidoff (2011) assegura que

Com efeito, a opção pela não responsabilização penal tanto da criança quanto do adolescente, então, adotada pelo Constituinte de 1987/1988, operou-se por uma escolha política pela Doutrina da Proteção Integral, enquanto instância teórica-pragmática própria do Direito da Criança e do Adolescente, originária da diretriz internacional dos Direitos Humanos – e, assim, não diversamente, pela construção normativa de uma “Política Criminal” (2011, p. 101).

Delimitada Constitucionalmente e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Constituição material) a limitação de atuação dos poderes públicos deverá “favorecer a maturidade pessoal (educação), a afetividade (valores humanos) e a própria humanidade (Direitos Humanos: respeito e solidariedade) dessas pessoas que se encontram em condição peculiar de desenvolvimento” (RAMIDOFF, 2011, p. 101).

Associa-se, assim, a imutabilidade da lógica de atuação estatal para fora do perímetro de proteção integral, eis já caracterizada enquanto cláusula pétrea, restringindo a vontade legislativa momentânea em encarar temas afetos à esta parcela da população como temas de política penal, afastando o simplismo de consignar a idade de imputação como solução adequada.

Com as advertências lançadas por Moraes (2006) de que a política criminal não subsiste sem as demais políticas de Estado (política de saúde pública, política de promoção social, política educacional, política econômica, política habitacional, política de emprego *etc*) há que se pontuar que o comando constitucional de prioridade absoluta da proteção da infância e juventude compreende, entre outras, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas com a devida destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º da Lei nº 8069/90).

Este comando apresenta força suficiente para colocar obstáculo a modificações que se restrinjam tão somente à atuação repressora punitiva estatal.

Por fim, tal como consignado no relatório da CCJC/SENADO, que a “política criminal envolve o estudo dos elementos relacionados ao crime, cabendo ao Estado adotar as medidas necessárias à redução e à prevenção dos delitos” (BRASIL, 2016, p. 9), reduzir a

idade penal transveste-se em retórica falaciosa, pois não há relação entre recrudescimento da lei penal e resultados eficazes na prevenção dos delitos, haja vista a expansão carcerária¹⁶² em curso no país.

4.4 Um caminho de pedras

Ao percorrer o trajeto que se propôs na presente pesquisa, fica evidente a dívida social histórica que o Estado e a sociedade brasileira acumulam face à infância e a adolescência. A reconquista democrática de 1988, fato que parecia prenunciar novos e definitivos horizontes, em algum momento parece ter se deslocado para um caminho de perigos ao avanço civilizatório: *“Os direitos não podem ser definidos de uma vez por todas [...] a revolução dos direitos humanos é, por definição, contínua”* (LYNN, 2009).

A expansão penal, em especial a tentativa desta em alcançar os adolescentes marginalizados e estigmatizados, aos quais as promessas prioritárias de concretização de direitos fundamentais não aconteceu, reverbera com uma repercussão cada vez mais preocupante.

Utilizando-se de instrumentos como a mídia, e servindo-se do fenômeno do direito penal simbólico, meramente simbólico, a manipulação da opinião pública afasta a possibilidade da construção de respostas instrumentais ao fenômeno do envolvimento de crianças e adolescentes com a criminalidade, *“os defensores da redução têm tido um apoio incondicional dos meios de comunicação, produzindo um consenso forçado pela falta de informação e até mesmo pelo silenciamento dos argumentos contrários a essa violência contra a nossa juventude”* (MALAGUTI BATISTA, 2015, p. 22).

Os movimentos sociais, entidades de classe, entidades governamentais e não governamentais comprometidas com a efetivação da posição da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos, travam uma disputa desigual na contraposição de redução da maioria penal, posto que não detém o mesmo espaço que as agências comerciais de comunicação.

A título de exemplo várias campanhas recentemente tem sido lançadas numa tentativa de transformar a *“opinião pública” (L’opinion publique n’existe pas)* em um debate amadurecido e fortalecido pelos princípios democráticos, tais como: Unicef (Porque dizer não

¹⁶²Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)/Ministério da Justiça (junho de 2016) a população carcerária do Brasil atingiu a marca de 726,7 mil presos, mais que o dobro de 2005, ano de início do monitoramento, quando contava com 361,4 mil presos. Os presos ocupam 368 mil vagas.

a redução da idade penal / 2007), Campanha 10 Motivos Não a Redução (Conselho Regional de Psicologia), Manifesto Projeto Não-Violência (10 Razões porque somos contra a redução da MP – Sobre a Cultura de Paz), Campanha em Defesa da Vida, a Juventude quer Viver (10 das 1000 razões para dizer não a redução da MP – Casa da Juventude Pe. Burnier), Mapa da Violência 2012 – Crianças e Adolescentes do Brasil (Flacso-Brasil).

O Movimento 18 razões para a não redução da maioridade penal aglutina mais de 150 entidades em torno da defesa de uma implementação efetiva do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para longe do sentimento que, no início do século XX, direcionava aos jovens olhares de piedade, o grande foco dos defensores se fixa na emancipação do indivíduo, com vistas a oferecer, durante a etapa especial de desenvolvimento, condições de realização cidadã, atacando a causa dos desvios e não suas consequências. O efetivo tratamento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos apresenta-se inconcluso conforme apresenta Batista acerca, por exemplo da *“incapacidade histórica de construir para nossa infância e adolescência uma escola pública, laica, em tempo integral e com ensino de qualidade, garantindo para todos um protagonismo na construção da nacionalidade”* (2015, p. 26).

Propostas alternativas à redução também tramitam no Congresso Nacional, tal como a ampliação do tempo de cumprimento das medidas socioeducativas de privação da liberdade, em que pese, na atual conjuntura, em razão da similaridade das condições dos centros socioeducativos com o sistema penitenciário, acabar, nas *práxis*, configurando-se em uma modificação dos meios, mais não dos fins pretendidos pelos punitivistas.

Na lógica do Estatuto da Criança e do Adolescente o parâmetro de aplicação da qualidade e quantidade da medida socioeducativa pertinente, recebe como orientação o disposto no § 1º do artigo 112, que reza *“a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”*.

Apontando as observações pertinentes ao dispositivo, Lamenza indica que

O magistrado, no momento de aquilatar a medida a ser aplicada ao adolescente, deverá levar em conta a proporcionalidade da medida – ou seja, a severidade das medidas deverá ser proporcional à gravidade da infração. Porém, não basta apenas que o ato infracional tenha sido grave. Faz-se necessário que suas circunstâncias tenham sido igualmente fortes. Feita essa operação mental, o magistrado também deverá, com base em laudos técnicos ou mesmo em razão de sua experiência de vida, verificar se o jovem será realmente capaz de cumprir a medida [...] (2012, p. 197).

No que diz respeito aos laudos indicados por Lamenza, o Estatuto da Criança e do Adolescente versa acerca da equipe multidisciplinar, que deverá compor os serviços auxiliares, prestando assessoria à autoridade judiciária, assim, assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras terão como papel apresentar subsídios técnicos com vistas a orientar a tomada de decisão acerca de qual medida se encontra melhor adequada para cada caso, conforme o disposto nos artigos 150 e 151 do ECA.

Cabe, a esta altura, indicar o velho positivismo que ronda de tempos em tempos a orientação de atuação estatal voltada à infância e juventude. O risco do “laudismo” se sobrepor aos outros elementos de apuração e proporcionalidade que devem orientar a determinação da medida socioeducativa cabível aos fins que se destinam: uma readequação mútua – que por um lado deverá, a partir de uma proposta reeducativa com vistas a conduzir o adolescente aos parâmetros sociais adequados, e, por outro, adequar o Estado nas falhas acerca de direitos negados que acabaram por influenciar na tomada de atitude do adolescente infrator.

Ao laudo técnico cabem as mesmas advertências que a doutrina aponta acerca das provas técnicas no âmbito do Direito Penal, no rejeitado sistema de prova legal, hierarquizado, que acabava por substituir o papel do magistrado, sistema afastado com a humanização do processo penal em decorrência da incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Sob a égide do “laudismo” corre-se o risco da condução do juiz da infância e juventude a um papel de mero aplicador das determinações pautadas pela equipe multidisciplinar.

Vera Malaguti Batista (2003) procedeu uma reveladora pesquisa se utilizando de fontes colhidas nos arquivos do DOPS, no Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, da extinta FUNABEM (Fundação de bem estar do menor) e na 2ª. Vara de Menores do Rio de Janeiro, no qual colheu vasto material técnico produzido por médicos, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais e educadores que reproduzem os estigmas que historicamente teimam em rondar o tratamento estatal em face da juventude pobre¹⁶³.

¹⁶³O título da obra de Vera Malaguti Batista é bastante significativo neste ponto, “Díficeis ganhos fáceis” provem da descrição de um laudo elaborado acerca do comportamento de um adolescente em conflito com a lei, descrevendo que: “*O menor ainda se sente atraído por uma vida de ganhos fáceis. Esta vida é ainda sentida como uma coisa boa, fazendo com que os olhos brilhem ao referir-se ao que fazia com o dinheiro conseguido. A fantasia de poder manter um status, um grande guarda roupa em plena moda, cercar-se de guloseimas e garotas bonitas, não se coadunam com a vida que é possível se levar com um salário mínimo(...) Sua declaração de que quer mudar devida ficou bem pouco aceitável pois ela é feita de maneira muito pouco sincera, como se estivesse apenas dizendo o que era esperado que dissesse, tentando dissimular para os peritos suas verdadeiras ideias*”. (2003, P. 127)

Constatou que, no que diz respeito aos atos infracionais relacionados ao tráfico, a atuação estatal cindia-se em dois protocolos diferenciados: “*Aos jovens da classe média que a consumiam aplicou-se sempre o esteriótipo médico, e aos jovens pobres que a comercializavam o esteriótipo criminal*” (2003, p. 134).

Neste ponto, com vistas a adequar os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente à prática socioeducativa, afastando as distorções levantadas, vislumbra-se a adaptação ao campo infracional da perspectiva apresentada de maneira original por Eliezer Gomes da Silva (2007) no direito pátrio, indicando a teoria de Amartya Sen em “Desenvolvimento como liberdade” como balizador da análise de culpabilidade (reprovabilidade) eis que se apresentaria coadunante com o Estado Democrático de Direito.

Acerca da proposta, Explana Gomes da Silva

A aplicação da teorização de Sen na delimitação do conteúdo ético-normativo da culpabilidade como reprovabilidade procura incorporar o Direito Penal a uma teoria da justiça de base igualitária, solidária e democrática, em que a liberdade individual de autodeterminação da vontade antijurídica, por um agente formalmente livre e capaz, possa levar em consideração central, nas palavras de Sen, “a força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual” ou, resumidamente, “a liberdade individual como um comprometimento social”. Afinal, se “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”, o exame da culpabilidade não poderá ignorar uma avaliação personalizada, humanizada das disponibilidades concretas do agente (2007, p. 5161).

Na adequação da teoria ao sistema infracional, o momento de aplicação da medida socioeducativa consubstanciara-se em um duplo confronto, um pacto de readequação, produzindo uma simbiótica responsabilização entre o adolescente em conflito com a lei e o Estado em conflito com o direito.

Se por um lado o adolescente está submetido à responsabilização caso incida em comportamento equiparado a crime ou contravenção penal (nomeado ato infracional), por outro a baliza dessa responsabilização estaria pautada na análise da eficácia dos direitos fundamentais garantidos formalmente em caráter de prioridade absoluta, cuja dimensão fixadora da medida socioeducativa (cumulada com as protetivas) e sua quantidade estariam pautadas na verificação integrada das atividades econômicas, sociais e políticas garantidas de maneira efetiva ao adolescente, articuladas com o nível de liberdades instrumentais concretizadas pelo Estado a este indivíduo, estas, elencadas por Amartya Sen (2000):

oportunidades econômicas, liberdades políticas, serviços sociais, garantia de transparência, segurança protetora.

Por esta perspectiva, poder-se-ia alcançar um interesse da opinião pública sedenta de punição a clamar pela efetivação da garantia de direitos fundamentais às classes menos favorecidas, posto que a severidade da responsabilização do adolescente em conflito com a lei seria inversamente proporcional ao nível de liberdade instrumental garantido a este pelo Estado brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A infância e a adolescência, desde os primórdios do Brasil Colônia, foram pautadas pela violência. Seja em meados do século XIX, quando inicia a atenção estatal para esta população, na denominada fase caritativa, ou no início do século XX com a atuação repressiva em face da orfandade e infância pobre, fundamentada em medidas de saneamento e isolamento dos indesejáveis, a criança e o adolescente foram caracterizados como perigo à coletividade, o que justificava um tratamento desumanizador que desconsiderava estas etapas especiais da vida.

As técnicas médicas e disciplinares no primeiro quartel do século passado deram origem à primeira legislação especial voltada à infância e juventude no Brasil, no ano de 1927, denominada Código Melo de Mattos, que, embora representasse àquela altura um avanço acerca da questão infanto-juvenil, foi pautada por uma visão sectarista de que a pobreza era a causa da degeneração desta população.

Em 1979, com o Código de Menores, foi mantida a atividade assistencialista e ampliada a verve repressora do Estado, que, ainda sob o auspício da Doutrina da Situação Irregular adotou como método e objetivo a transformação dos ditos menores em indivíduos úteis e dóceis, aptos a ocupar os baixos postos de trabalho, suas mais salutares perspectivas.

Esta ótica do controle social foi modificada em decorrência da ampla mobilização no chamado momento constituinte, onde entidades não governamentais em defesa da infância e juventude levaram à consagração da doutrina da proteção integral no texto constitucional, pontuado a criança e o adolescente como alvos prioritários na garantia de concretização dos direitos fundamentais.

A Declaração da Proteção Integral, optando-se pela terminologia Declaração, passou a reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, eliminando formalmente a categorização da infância e juventude estigmatizada em razão de determinadas parcelas se encontrarem em situação de risco, principalmente em decorrência da ausência de direitos fundamentais básicos.

Com o fim do *menorismo*, nomenclatura utilizada aos destinatários da atuação assistencialista-repressora, o Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988 transformou-se em espaço e garantia de direitos, mantendo a delimitação da maioria penal aos 18 anos, compondo este dispositivo em um dos elementos da Declaração da Proteção Integral.

Com estes elementos, cabe os apontamentos acerca das considerações obtidas nesta pesquisa.

Primeiramente, esta dissertação perfaz um dos critérios de conclusão do Mestrado em Ciência Jurídica, área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, do Programa de Pós-Graduação do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

A hipótese e o objetivo foram confirmados a partir do método dedutivo que se utilizou de bibliografia especializada nas áreas abordadas, além da investigação da documentação Congressional acerca das Propostas de Emenda à Constituição apresentadas ao longo da história constitucional inaugurada em 1988.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 115/2015 (Senado Federal) se confirma enquanto emanção do fenômeno nomeado doutrinariamente como Direito Penal Simbólico, em razão das seguintes considerações:

1. O termo declaração da proteção integral se apresenta como mais adequado que “doutrina” em razão de representar a situação de não retrocesso à consagração de igualdade que se dirige a toda a criança e adolescente, sujeitos de direitos, cuja garantia de direitos fundamentais, a proteção e a observação da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, são inarredáveis.

2. A análise da história da inimputabilidade no Brasil indica que o sistema do discernimento, herança medieval, foi abandonado em 1940, com a promulgação do Código Penal em vigor, contra o qual já tecia críticas Tobias Barreto, no final do século XIX. Qualquer retomada deste critério representa emanção neolombrosiana, pois a ciência, no atual estágio, não pode precisar em qual momento o indivíduo passa a ter discernimento.

3. O critério do discernimento consta no Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 115/2015, formulado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, a depender de incidente de desconsideração de inimputabilidade penal do agente, a partir dos 16 anos, no qual será avaliada a sua capacidade de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestada em laudo técnico, promovido pelo Ministério Público.

4. Fundamentando tal critério a partir do uso falacioso das lições de Tobias Barreto, a proposta caracterizaria uma retomada da doutrina da situação irregular, uma vez que retornaria às raízes da ideologia piedade-repressão, estigmatizando uma parcela dos adolescentes, a depender do suposto discernimento e do ato infracional cometido. Remeter

tais indivíduos ao sistema penal, apresenta-se como categoria do direito penal do inimigo, pois reserva o Código Penal àqueles subclassificados enquanto não pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, enquanto os demais continuariam a receber a sistemática socioeducativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, desde que catalogados enquanto pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. O direito penal do inimigo, segundo a doutrina, decorre do fenômeno do direito penal simbólico, e se enquadra na tendência *neomenorista*.

5. O direito simbólico, na vertente legislação-álibi, se divide em duas categorias: reação do Estado (que significa a produção legislativa com vistas a demonstrar que o Estado detém o controle de uma situação em que a pressão dos cidadãos, em temas que suscitam o clamor público, o convoca a atuar) e prestação de contas ao eleitorado (adesão do legislador a pautas de soluções fáceis e superficiais a complexos problemas sociais, com vistas a seduzir o eleitorado no “momento voto”) se enquadrando à proposta de redução da maioria penal, eis que tal decisão não apresenta concretude para sanar os problemas a que se propõe, configurando a sobreposição oculta (latente) da mobilização parlamentar sobre o seu sentido manifesto.

6. Por se tratar especificamente do poder punitivo do Estado, a emanação de legislação-álibi se enquadra no Direito Penal Simbólico, pois a proposta de redução da maioria penal não se presta a reduzir os altos índices de violência/criminalidade, fenômeno falsamente atribuído ao adolescente, configurando-se em demanda punitivista de alto teor irracional, apto tão somente a gerar um efeito estigmatizador, ignorando os limites constitucionais e a característica contramajoritária dos direitos fundamentais, extravasando para além do efeito simbólico comunicativo, aceito pela doutrina.

7. A atividade do constituinte reformador, não considerando neste ponto aqueles comprometidos ideologicamente com a expansão punitivista, se pauta nos altos índices de aprovação que a opinião pública declara acerca da proposta, fomentada pela sua forma qualificada, qual seja, o clamor social, principalmente quando casos de violência perpetrados por adolescentes são sobredimensionados pela mídia. No entanto, a opinião pública, enquanto soma de opiniões, não tem força para se sobrepor à vontade constituinte, que fixou enquanto cláusula pétrea a responsabilização do adolescente em conflito com a lei a partir de uma legislação especial.

8. Os meios de comunicação de massa de maneira tendenciosa, hiperdimensionam a violência juvenil, desencadeando a sensação de medo coletivo, responsável pelo clamor público de recrudescimento penal em face da adolescência.

9. O envolvimento do adolescente com a criminalidade é inexpressivo nas estatísticas gerais, sendo muito superior o número de adolescentes vítimas da violência que protagonistas destas. A propalação de impunidade pela mídia contribui para tomadas de posição equivocadas, posto que o sistema socioeducativo perfaz uma eficácia de atuação em muitas vezes superior ao sistema criminal. Em um ou em outro caso (adolescentes cumprindo a medida socioeducativa mais gravosa – internação ou vítimas de violência, inclusive letal) grande maioria dos adolescentes são jovens das camadas mais pobres da população, não escolarizados, negros, do sexo masculino, majoritariamente entre os 16 e 17 anos, *neomenores* do sistema.

10. A resposta estatal ao adolescente em conflito com a lei escapa à política criminal, posto que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente destinaram, estrategicamente, outras políticas estatais para conter o envolvimento do adolescente com a criminalidade.

11. Uma resposta instrumental e não simbólica para conter a violência entre os adolescentes seria a efetividade do sistema de garantias de direitos previsto Constitucional e estatutariamente em regime de prioridade absoluta. Um dos reflexos desta atuação seria afastar a relação do adolescente com o mercado das drogas, eis que o mercado de trabalho, não aberto àqueles que não tiveram acesso a direitos fundamentais básicos (como educação emancipadora e preparação profissional) são remetidos a relações estruturais com o tráfico de drogas. No entanto, focar a ação repressivo-punitiva do Estado no varejo das drogas, somada a uma suposta redução da maioridade penal somente contribuiria a uma rotatividade mais acelerada dos adolescentes envolvidos, tendo em vista que as consequências desse envolvimento significariam morte ou encarceramento. O tráfico de drogas é o ato infracional mais recorrente entre os adolescentes, além de influenciar o cometimento de outras condutas infracionais.

12. Os movimentos contrários à redução da maioridade penal não detêm os mesmos espaços amplificados de disseminação que os movimentos recrudescentes, em que pese contarem com a característica militante inerente aos movimentos sociais, a contribuição para elevar o debate não conta, por este lado, com uma visão de piedade para com o adolescente, mas sim na defesa do direitos deste se emancipar a partir do alcance da concretização de seus direitos fundamentais.

13. Derradeiramente, surpreende o descompromisso com a verdade nos debates que embasaram a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição na Câmara dos Deputados e no Relatório da Comissão de Constituição e Justiça do Senado. A idade penal no Brasil está

na média mundial (18 anos) e a responsabilização por legislação especial é mais severa que a média mundial. O adolescente no Brasil, com 12 anos é submetido à aplicação das medidas socioeducativas, enquanto a média mundial é de 13 anos e meio. Não há impunidade, a não ser do Estado, que não concretizou, mesmo passadas três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais básicos da infância e juventude.

REFERÊNCIAS

- AIRÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. 4ª. tir. São Paulo, Malheiros, 2015.
- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*. A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.
- ALVES, Vanessa. *A escola e o adolescente sob medida socioeducativa em meio aberto*. In: Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade. 2010 (3) (23-35).
- ANDI. Agência de Notícias dos Direitos da Infância. *Adolescentes em conflito com a lei: Guia de referência para a cobertura jornalística*. Série Jornalista amigo da criança. Realização: ANDI – Comunicação e Direitos. Apoio: Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 2012. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/file/50239/download?token=b5LXIFiu>>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- AQUINO, Maurício de. *Modernidade Republicana e diocesanização do catolicismo no Brasil: a construção do bispado de Botucatu no sertão paulista (1890 – 1923)*. 2012. 301f. Tese (Doutorado em História) Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2012.
- ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARRETO, Tobias de Menezes. *Menores e loucos em Direito Criminal*. Campinas: Romana, 2003.
- BARROSO, Alfredo. *Getúlio Vargas para crianças*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Infantis, 1942.
- BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In: Instituto Carioca De Criminologia. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. n. 12 (jul./dez. 2002). Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002, p. 271-288.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *A juventude e a questão criminal no Brasil*. In José Luiz Q. de Magalhães, Maria José G. Salum, Rodrigo T. Oliveira (orgs.), *Mitos e Verdades sobre a Justiça Infanto-Juvenil Brasileira: Por que somos contrários à redução da maioridade?*, Brasília: Editora CFP, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 1998.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008).

BINETTI, Saffo Testoni. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 10ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORJA JIMENES, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. 2 ed. Valência: T. LoBlanch, 2011.

BOTELHO, Rosana Ulhôa. *Juízes de menores, conservadorismo e repressão na década de 1960*. Textos de História. Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UnB, v. 13, n1/2, Brasília: UnB, 2005.

_____. *O golpe contra a realidade*. in Livro de Resumos. Niteroi: Associação Nacional de História e Universidade Federal Fluminense, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1997.

_____. *L'opinion publique n'existe pas*. *Revue Temps Modernes* n. 318. jan 1973 p. 1292 – 1309. Trad. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1464421/mod_resource/content/1/A_Opini%C3%A3o_P%C3%ABblica_N%C3%A3o_Existes_Pierre_Bourdieu%29.pdf . Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição – PEC n° 171/1993*. Altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10>>. Acesso em 12 outubro de 2017.

_____. Assembleia Nacional Constituinte (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de dez de 2017.

_____. Câmara dos Deputados (2015). Diário da Câmara dos Deputados. Ano LXX, n. 109. Quarta feira, 01 jul 2015. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150701001090000.PDF#page=187>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____. *Código de Menores*, Lei Federal 6.697, de 10 de outubro de 1979, dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 03 de jan de 2018.

_____. Congresso Nacional (1940). *Código Penal*, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> . Acesso em: 27 de dez 2017.

_____. Congresso Nacional (1943). *Decreto lei n°6026* de 24 de novembro de 1943. Dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6026-24-novembro-1943-416164-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 de dez 2017.

_____. Congresso Nacional (1979). *Código de menores de 1927*. Lei nº 17943 – A, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 30 de dez 2017.

_____. Congresso Nacional (1990). *Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei Federal 8.069/90, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 29 de dez. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 mai 2017.

_____. Ministério da Saúde. Informações de Saúde (2015). *Estatísticas vitais*. Mortalidade (1996 – 2015) pela CID – 10. Brasil: 2015. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=0205&id=6937>>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

_____. Ministério dos Direitos Humanos (2017). Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Levantamento Anual SINASE 2014*. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

_____. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Levantamento Anual SINASE 2014**. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

_____. Presidência da República (2015). Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa Brasileira de Mídia 2015**: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Realizada pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. Disponível em: <https://goo.gl/452h9G> Acesso em: 12 de ago. 2017.

_____. Senado Federal (2016). Relatório da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4363759&disposition=inline> Acesso em: 20 dez 2017.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição – PEC n° 115/2015**. Altera o art. 228 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817> Acesso em: 20 dez 2018.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1984.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal anotada**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARPENTIERI, José Rafael. **História crítica do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

CAVALLIERI, Alyrio. **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHAUÍ, Marilena. **Direitos Humanos e medo**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O adolescente infrator e os Direitos Humanos**. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 2, n. 2. São Paulo, 2001. Pp. 90-99. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/10> Acesso em: 28 mar 2018.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Política criminal**: realidades e ilusões do discurso penal. In: INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. n. 12 (jul./dez. 2002). Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002, p. 53-57

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**. A execução de medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça Jovem. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacionaldoj_web.pdf> .Acesso em: 15 de outubro de 2017.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. *Relatório da Infância e Juventude* – Resolução nº 67/2011: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015.

COHEN, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics. The creation of the Mods and Rockers.* London: Routledge, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. *A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro: direito e política.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A razão para manter a maioria penal aos 18 anos.* In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. *A razão da idade: mitos e verdades.* Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 28 ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

DANTAS, Luiz Rodolfo de Souza. *Cláusulas pétreas e direitos humanos: o núcleo jusfundamental da Constituição.* Osasco: EdIFIEO, 2016.

DATASUS – Ministério da Saúde. *TABNET – Informações de Saúde.* Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>>. Acesso em 27 dez. 2017.

DEL PRIORE, Mary. *História das crianças no Brasil.* 2 ed. São Paulo: Contexto, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal.* Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DEPARTAMENTO DE IMPRENSA E PROPAGANDA. *Getúlio Vargas o amigo das crianças.* Rio de Janeiro, 1940.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 103, enero - abril, 2002, pp. 409-447. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.

DIGIÁCOMO, Murillo José DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado.* Curitiba: SEDS, 2013.

DIGIÁCOMO. Murillo J. *O Conselho Tutelar e a Medida de Acolhimento Institucional.* 2014. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/OConselhoTutelareamedidadeabrigamento.pdf>>. Acesso em: 23 de dez 2017.

DINIZ. Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3º vol. 22ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Estado, política e justiça*: reflexões éticas e epistemológicas sobre Direitos, Responsabilidades e Violência Institucional. In: Mitos e verdades sobre a justiça infanto juvenil brasileira: Porque somos contrários à redução da maioria penal. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer. European Journal of Philosophy, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FAGANELLO, M. A. *Bancada da Bala*: uma onda na maré conservadora. In: Sebastião Velasco e Cruz; André Kaysel; Gustavo Codas. (Org.). *Direita, Volver!*: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro. 1ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015, v., p. 145-161.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *Aspectos sobre a 'cifra negra' da delinquência convencional*: uma perspectiva vitimológica. Revista Espaço Acadêmico da Universidade Estadual de Maringá, n 123, ago/2011.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FBSP. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição XIX. São Paulo, 2015.

FERRÁNDEZ RODRIGUEZ, Samuel. *La ley penal y sus consecuencias: hacia la construcción de un modelo teórico para la evaluación de las leyes penales. Formulación a partir del estudio de la protección jurídico-penal del agua en España*. 2011. 626 f. Tesis Doctoral. Universidad Miguel Hernández de Elche, España, 2011.

_____. *Tópicos do direito penal da pós-modernidade e âmbito do rol crítico da doutrina especialista*. Revista Argumenta, Jacarezinho. N. 26, p. 81-144. Jan – jun 2017. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/n.%2026%20%282017%29> Acesso em 17 set 2017.

FERREIRA, Jacqueline; SCHUCH, Patrice. (Org). *Direitos e ajuda humanitária*: perspectivas sobre família, gênero e saúde. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2010.

FIGUEIREDO, Marcus. *A decisão do voto*. Democracia e realidade. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FOUCAULT, Michel. *La verdade y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: história da violência nas prisões. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRANÇA (1791), *Conseil Constitutionnel. Les Constitutions de la France. Constitution de 1791*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constitu.htm>> Acesso em 16 abr 2018.

_____. (1810). *Code Pénal*. Code des délits et des peines. Disponível em: <https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm> Acesso em: 12 abr 2018.

FRANCO, Marielle. *UPP – A redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro*, 2014. 134 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 2014.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. Formação da família brasileira sob o regime da família patriarcal. 51 ed. São Paulo: Global, 2006.

FROTA, Maria Guiomar da Cunha. *A cidadania da infância e da adolescência: da situação irregular à proteção integral*. In: Carvalho, Alysson. (Org.). Políticas Públicas. 1ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002, v. 1, p. 59-85.

FUZIGER, Rodrigo. *Direito Penal Simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015.

GIDDENS, Antony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GUSFIELD, Joseph. R. 1963. *Symbolic crusade*. Status politics and the American Temperance Movement. Champaign: University of Illinois Press.

GUTIERREZ, Daniel. In: PANKE, Luciana; SERPA, Marcelo. *Comunicação Eleitoral: conceitos e estudos sobre as eleições presidenciais de 2010*. Rio de Janeiro: Instituto CPMS Com, 2011. Pp. 99 – 113.

HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*. In: Nuevo Foro Penal, N° 51. Enero 1991. pp. 17-30. Medellín.

_____. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.

_____. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n° 8, 1994.

_____. *Segurança Pública no Estado de Direito*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n° 5, 1994.

HAZEL, Neal. *Cross-national Comparison of Youth Justice*. London: Youth Justice Board, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOHLFELDT, A. *Hipóteses contemporâneas de pesquisa em comunicação*. In: HOHLFELDT, A., et. alii. *Teorias da Comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

IANNI, Octavio. *Enigmas da modernidade-mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. Uma história. Trad. RosauraEichenberg. São Paulo: Companhia da Letras, 2009.

IBGE. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio*(PNAD): 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default_sintese.shtm>. Acesso em 12 de junho de 2017.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010). *Censo Demográfico 2010*. Características da população e dos domicílios: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>> Acesso em: 17 mar. 2017.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Censo Escolar*, 2016. Brasília: MEC, 2017. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_e_statisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e críticas. 2. ed. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JAPIASSU e MARCONDES. *Dicionário de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. São Paulo: Servanda Editora, 2006.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

_____. **Terrorismo**: direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017.

KINDERMANN Harald. **Symbolische Gesetzgebung**. In: Grimm D., Maihofer W. (eds) *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 13. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden. 1988.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

KOUTANTOS, Dimitrius. **Palavras que cheiram mar 2**: etimologia de mais de 1000 palavras gregas usadas em português. [2007]. Disponível em: . Acesso em 18 agosto 2016.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMENZA, Francismar. In: MACHADO, Costa. (org). **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. Barueri: Manole, 2012.

LAZORITZ, Stephen. **The Mary Ellen Wilson. Child abuse case and the beginning of children's rights in 19th century america**. New York: McFarland & Company, Inc. Publishers, 2005.

LAZORITZ, Stephen. **The Mary Ellen Wilson. Child abuse case and the beginning of children's rights in 19th century America**. New York: McFarland & Company, Inc. Publishers, 2005.

LEMOS, Cleide de Oliveira. **Crianças e Adolescentes: A Constituição de novos sujeitos de direitos**. In: BRASIL. Senado Federal. Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os cidadãos na Carta Cidadã. Volume V. 2013. Disponível em: file:///C:/Users/User/Desktop/21-CleideOliveiraLemos.pdf. Acesso em: 27/06/2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Malheiros editores. 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**: Doutrina, Jurisprudência e Prática. Niterói: Editora Impetus, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2004.

LYRA, Diogo. **A república dos meninos**: juventude, tráfico e virtude. Rio de Janeiro: Mauad/FAPERJ, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Alienista e a redução da maioria penal*. Quem diz o que é crime? Quem diz o que é normal? *In*: Mitos e verdades sobre a justiça infanto juvenil brasileira: Porque somos contrários à redução da maioria penal. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2015.

MALTA, Deborah Carvalho et al. *Lista de causas de mortes evitáveis por intervenções do Sistema Único de Saúde do Brasil*. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, v. 16, n. 4, p. 233-244, dez. 2007. Disponível em <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742007000400002&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 09 dez. 2017.

MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução Reginaldo Sant'Anna. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Livro 1, v. 1 e 2.

MATTEUCCI, Nicola. *In*: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 2. 10ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

McLUHAN, M. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix, 1969.

MELLO, Yvone Bezerra. *As ovelhas desgarradas e seus alçózes*. A geração perdida das ruas. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1993.

MÉNDEZ, Emilio García. *A dimensão política da responsabilidade penal de adolescentes na América Latina*: notas para a construção de uma modesta utopia. Educação e realidade, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 15-35, jul./dez. 2008.

_____. *Adolescentes e responsabilidade penal*: um debate latino-americano. Porto Alegre: Ajuris, Esmpp.2009.

_____. *Das relações públicas ao menorismo*: 20 anos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na América Latina (1989 – 2009). 2010. Disponível em <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_427.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. *Infância*: dos Direitos e da Justiça. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.

MERTON, Robert K. *Social Structure and Anomie*. American Sociological Review, Vol. 3, No. 5. (Oct. 1938), pp. 672-682. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0003-1224%28193810%293%3A5%3C672%3ASSAA%3E2.0.CO%3B2-8>> Acesso em: 12 mai 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de A. *Inimputabilidade e menoridade*. 1989. 125 fls. TESE (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1989.

MIRANDA, Ciro Carvalho (2010) *Direito à saúde e constitucionalização simbólica*: perspectivas de concretização de um direito fundamental. In BDJur. 2009. pp. 221-238.

MIRANDA, Nilmário; TIBURCIO, Carlos. *Dos filhos deste solo: Mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado*. São Paulo: Bointempo, 1999.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Política Criminal, Constituição e Processo Penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucional do Caos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 101, jan./dez. 2006, p. 403-430.

MORIN, Edgar. *O método 4: as idéias*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.

NEDER, Vinicius. *O estigma “de menor” na imprensa escrita*. Revista Brasileira de Marketing. 2008, 7. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=471747518007>> Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª. Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

_____. *Entre a Têmis e o Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUN, José. *Superpoblación relativa, ejército industrial de reserva y massamarginal*. In: Centro Latinoamericano de Demografia. Série D, nº 66. Agosto, 1971.

OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro De 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 dez 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade*. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegNacUniProtMenPrivLib.html>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____. Organização das Nações Unidas. *Regras Mínimas das Nações Unidas Para a Administração da Justiça de Menores*. Regras de Beijing. Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseRegrasdeBeijing.pdf>. Acesso em: 20 dez 2017.

PALÁCIOS, Jesús. In: COLL, César; MARCHESI, Álvaro; PALÁCIOS, Jesus (orgs). *Desenvolvimento Psicológico e Educação*. Vol. 1. 2 ed. Trad. Daisy Vaz de Moraes. Porto Alegre: Artmed, 2007.

PAULA, Liana de. *Liberdade Assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo*. 2011. 275f. Tese (Doutorado em Sociologia) Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2011.

- PAULINO, Gustavo Smizmaul. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. *A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte*. Psicologia em Estudos, Maringá, vol. 9, n° 3, 343-355.
- POERNER, Arthur José. *O poder jovem: história da participação política dos estudantes brasileiros*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Booklink, 2004.
- PORTO, Maria Stela Grossi. *Mídia, segurança pública e representações sociais*. Tempo Social, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 211-233, jan. 2009. ISSN 1809-4554. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/ts/article/view/12599/14376>>. Acesso em: 11 may 2018.
- POSTMAN, Neil. *O desaparecimento da infância*. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte, 2001.
- RAMIDOFF, Mario Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. 3ª. Ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RIBEIRO; Rafael Bernardon, CORDEIRO; Quirino. *Redução da Maioridade Penal e psiquiatria*. Revista Debates em Psiquiatria.Org:ABP: Associação Brasileira de Psiquiatria. Rio de Janeiro, ano 8, mar/abril 2016. Disponível em: http://www.abp.org.br/rdp16/02/RDP_2_1604.pdf. Acesso em: 17 mar 2018.
- RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000)*. 2º ed. Brasília: UNICEF, 2002.
- _____. *Crianças e Menores do Pátrio Poder ao Pátrio Dever – Um Histórico da Legislação para a Infância no Brasil (1830-1990)*. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (org.). A Arte de Governar Crianças: A História das Políticas sociais, da Legislação e da Assistência à Infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais Livraria e Editora, 1995.
- RODRIGUES, Adriana Alves; DANTAS, Bianca de Souza. *Idade do Crime: a cobertura da maioridade penal do STB Brasil*. In: Revista Tropos: Comunicação, Sociedade e Cultura. Universidade Federal do Acre – UFAC. 2014, v.2. Disponível em: <http://200.129.173.132/revista/index.php/tropos/article/view/116/pdf_21> Acesso em: 14 abr 2018.
- ROMÃO, Luis Fernando de França Romão. *A constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Almedina, 2016.
- ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Vol. I. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SALES, Nara Oliveira; COUTINHO, Iluska Maria da Silva. *Juventude, Representação e Consumo*: uma comparação entre o telejornalismo brasileiro e os discursos dos jovens In: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Norte. Anais. Manaus, 2013. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/sudeste2013/resumos/R38-1199-1.pdf> , Acesso em: 20 de mar 2018.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SAMPSON, Robert J.; GROVES, W. Byron. 1989. *Community structure and crime*: Testing social-disorganization theory. American Journal of Sociology 94, no. 4: 774-802. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3226955/sampson_communitystructurecrime.pdf?sequence=2 Acesso em: 12 mai 2018.

SANTIBANEZ, Dione Antonio Carvalho de Souza; FRATTARI, Najla Franco; OLIVEIRA, Dijaci David. *As narrativas do medo e a criminalização da juventude: o discurso punitivo contra adolescentes em conflito com a lei*. Inter-Ação, Goiânia, v. 40, n. 2, p. 303-323, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/interacao/article/view/32815/18926>>.

SAPORI, Luís Flávio; SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Por que cresce a violência no Brasil?* Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SHELBY, Guilherme. Entrevista 3 a 1 . TV Brasil. 25/09/2012. In: TV Brasil - *Jovens infratores - As causas da criminalidade e da violência juvenil*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rICkf9EVGM>>. Acesso em 28 dez. 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988*. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais – UNIBRASIL. n 8, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHNEIDER. Leda. *Marginalidade e Delinquência juvenil*. São Paulo: Cortez, 1987.

SCHUCH, Patrice. *Práticas de justiça: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SCHUCH, Patrice. *Práticas de Justiça: Uma Etnografia do “Campo de Atenção ao Adolescente Infrator” no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2005. 345f. Tese. (Doutorado em Antropologia Social) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do Direito à Memória e à Verdade*. In: Santos, Boaventura de Souza. ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro – Estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Coimbra; Brasília: Ministério da Justiça, 2010. pp. 185 -227.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Eliezer Gomes da. *Direitos fundamentais, liberdade e democracia: aplicando a teoria de Amartya Sen na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de direito*. In: CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Org.) XVI Congresso Nacional do CONPEDI. 1ª. Ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 5149 – 5169.

SILVA, Enid Rocha A. GUERESI, Simone. *Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil*. Texto para discussão nº 979. Brasília: IPEA, agosto de 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4548> Acesso em: 15 de outubro de 2017.

SILVA, Enid Rocha Andrade; GUARESI, Simone. *Adolescente em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil*. Brasília: Ipea, 2003.

_____. *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para as crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

_____; OLIVEIRA, Raissa Menezes. *O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários*. Brasília, DF: IPEA, 2015 (Nota técnica, n. 20). Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5696>> Acesso em 20/08/2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, Ziziane César de França e. *O Impacto das Leis Simbólicas Propostas e Aprovadas na Câmara dos Deputados: produção ou inflação legislativa?* 2007. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização. Brasília : Centro de Formação da Câmara dos Deputados. 85 pp.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/cursos/posgraduacao/arquivos/publicacoes/banco-de-monografias/pl-1a-edicao/ZizianeCsardeFranaeSilvamonografiacursoPL1ed..pdf/view>> Acesso em 28 Abr 2018.

SOUZA, Robson Sávio Reis. *Estado, política e justiça*: reflexões éticas e epistemológicas sobre Direitos, Responsabilidades e Violência Institucional. In: Mitos e verdades sobre a justiça infanto juvenil brasileira: Porque somos contrários à redução da maioria penal. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2015.

SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. 239 p.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade*. Regulação constitucional da imprensa. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Jorge. *Delinquência Juvenil*. Uma abordagem transdisciplinar. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

TRINDADE, Livia do Amaral. *Telejornalismo sensacionalista e redução da maioria penal*: percepções de mulheres sobre direitos humanos e o adolescente em conflito com a lei. 2017. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2017.

VEIGA, Luciana; GONDIM, Sônia Maria Guedes. *A utilização de métodos qualitativos na Ciência Política e no Marketing Político*. Opinião Pública [online]. 2001, vol.7, n.1, pp. 1-15. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762001000100001&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 12 ago. 2017.

VENÂNCIO, Renato Pinto. (Org.). *Uma história social do abandono de crianças*: de Portugal ao Brasil, séculos XVIII-XX. São Paulo: Alameda, 2010.

VERÍSSIMO, Ramiro. (2002). *Desenvolvimento psicossocial* (Erik Erikson). Porto: Faculdade de Medicina do Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/9133>>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto. *O mal que se adivinha*: polícia e minoridade no Rio de Janeiro (1910-1920). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional. 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição como reserva de justiça*. *Lua Nova* [online]. 1997, n.42, pp.53-97. ISSN 0102-6445. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>. Acesso em: 15 jan 2018.

_____. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Cortez, 1997.

WACQUANT, Loic. *Punir os mais pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WASELFISZ, J.J. *Mapa da Violência 2015*: Adolescentes de 16 e 17 anos no Brasil. Rio de Janeiro, FLACSO, 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_adolescentes.php> Acesso em: 20 dez 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal*. Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WHITAKER, Christiane. *O campo infracional*: Sistema de justiça e a prática judiciária à luz da psicanálise. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

WINTERDYK, John A. *Juvenile Justice Systems: International Perspectives*. 2ed. Toronto: CanadianScholars'Press, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Org. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. In: CURY, Munir; (org.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Crucificação e a Democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZALUAR, Alba. *Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 1997, vol.12, n.35, pp.-. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 abr 2018.

_____; RIBEIRO, Ana Paula Alves. *Teoria da eficácia coletiva e violência*: o paradoxo do subúrbio carioca. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2009, n.84, pp.175-196. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002009000200010>. Acesso em: 12 mai 2018.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: Edersa, 1979.