

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por redefinir o ordenamento jurídico brasileiro, dando uma nova configuração que privilegiou os direitos humanos, positivando-os com *status* de fundamentalidade. Nesta senda, é perceptível a importância que foi dada ao caráter de intergeracionalidade – isto é, a preocupação com as gerações passadas e futuras. Isso pode ser constatado com a preocupação à preservação do meio-ambiente, dos aspectos históricos e culturais da população e, sobretudo, com a proteção dada aos idosos e às crianças e adolescentes.

Seguindo esse marco, à Constituição sucedeu, em 1990, a Lei nº 8.069, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Este diploma vem consolidar a proteção à infância e juventude dada pela Carta Maior, dispondo sobre os direitos e deveres atinentes a essa parcela da população, sejam aqueles dos quais seriam titulares, sejam os deveres implicados aos demais em relação a ela.

É de especial relevo, neste trabalho, no bojo do ECA, o Título III, que trata da prática de ato infracional. De acordo com a legislação pátria, a prática de ato ilícito tipificado no Código Penal por adolescente não constitui crime, uma vez que falta um dos requisitos deste, a imputabilidade<sup>1</sup>, conforme o artigo 104 do ECA. O que ocorre nesses casos, portanto, é o denominado ato infracional, análogo aos crimes ou contravenções penais, mas com previsão especial em legislação própria dada a qualidade especial do agente ativo.

A inimputabilidade penal do adolescente até os dezoito anos completos está definida no artigo 104 do ECA, conforme dito anteriormente, o qual explicita ainda que a idade a ser considerada será a data do fato – razão porque mesmo o adulto poderá cumprir medida socioeducativa. Adotou-se o que a doutrina convencionou chamar de critério biológico para atribuição da imputabilidade: abaixo dos dezoito anos, existe uma presunção absoluta de que

---

<sup>1</sup> “É a capacidade de a pessoa entender o que é fato ilícito e de agir de acordo com esse entendimento. Na doutrina estrangeira, a imputabilidade é também chamada de ‘capacidade de culpabilidade’ (cf. Claus Roxin, *Derecho Penal*, 2ª ed., cit., p. 822), ou seja, ‘capacidade de culpa’, entre nós. Explica-se: como se assinalou na noção de crime apresentada no comentário ao CP, art. 13, caput, e na nota ao art. 21 do CP, não basta a prática de fato típico e ilícito para impor pena. É necessária, ainda, para que a sanção penal seja aplicada, a culpabilidade, que é a reprovabilidade da conduta. Por sua vez, a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, pois esta não existe se falta a capacidade psíquica de compreender a ilicitude. Por isso, este art. 26 dispõe que há isenção de pena se o agente, por doença mental ou carência de desenvolvimento mental, era – ao tempo de sua conduta – incapaz de compreender a ilicitude do fato (capacidade de compreensão) ou, embora compreendendo o caráter ilícito do fato, era incapaz de conduzir-se em conformidade com esse entendimento (capacidade de inibição). Assim, inimputáveis (não imputáveis) são as pessoas que não têm aquela capacidade (DELMANTO et al, 2016, p. 181).

o adolescente é incapaz de compreender a ilicitude do ato cometido ou de se determinar conforme tal entendimento<sup>2</sup>.

Essa compreensão, todavia, apesar de legalmente estabelecida e obedecendo a normas constitucionais e internacionais, não é incontroversa. Grande é o movimento para que a imputabilidade penal seja atribuída a adolescentes, pessoas com menos de dezoito anos, debate que se popularizou com o nome de redução da maioridade penal. Prova desse movimento é o grande número de proposições legislativas que, direta ou indiretamente, atacam a inimputabilidade penal de crianças e adolescentes tal como hoje é definida. Por todas, citamos as Propostas de Emenda Constitucional (PEC) de números 171/1993 e 33/2012.

Assomam à mídia casos de crimes envolvendo adolescentes, em especial aqueles definidos em lei como hediondos. Dessa maneira, o inchaço legislativo acima referido é insuflado também pelo clamor de parte dos brasileiros e brasileiras, que entendem a redução da maioridade penal como uma resposta e uma solução a esses fatos. Mas seria, propriamente?

A problemática que se coloca no presente trabalho, portanto, é: a redução da maioridade penal se enquadra como aspecto do Direito Penal do Inimigo? Dessa forma, ao longo da exposição, veremos como a política de redução pode ser entendida (ou não) como uma faceta desse conceito, desenvolvido por Günther Jakobs.

O objetivo geral dessa abordagem é desmistificar a política supracitada como a panaceia das questões de segurança pública do país. Na persecução desse norte, o presente trabalho será iniciado por um panorama geral acerca da responsabilização do adolescente, partindo de uma perspectiva histórica para que em seguida se analise a situação do adolescente em conflito com a lei no ordenamento jurídico pátrio hoje, de acordo com o paradigma estabelecido pelo ECA. Após, com alicerce no conceito de Direito Penal do Inimigo, será analisado se e como a redução da maioridade penal se enquadra em tal conceito, expondo-se ao fim as consequências disso.

A relevância deste trabalho está em trazer mais reflexões ao debate sobre a redução da maioridade penal no Brasil, precário não apenas no âmbito da sociedade em geral como na academia.

---

<sup>2</sup> “Adotando o melhor e mais aceito critério, o CP estabelece, neste art. 27, a presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de 18 anos. Tal presunção obedece a critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento. Ela se justifica, pois o menor de 18 anos em geral não tem a personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter. Por isso, o CP presume sua incapacidade para compreender a ilicitude do comportamento, em sua inteireza, e para receber sanção penal” (Ibidem, p. 189).

Tal constatação ganha maior relevo ao considerarmos que as instituições do nosso sistema de Justiça são formadas também por membros da sociedade. Já vencidos os mitos positivistas acerca da neutralidade dos operadores do Direito, é fácil verificar que as discussões que se desenrolam no âmbito social penetram no discurso jurídico estatal também. No caso da redução da maioria penal, reflete-se especialmente no trabalho do Ministério Público e do Poder Judiciário, dando contornos criminais à apuração de atos infracionais, procedimento que não raro acaba se deslocando do paradigma estabelecido pelo ECA

Noutro giro, cabe à academia fornecer os insumos intelectuais e científicos que fundamentam as decisões judiciais, com a literatura científica que no Direito se convencionou chamar de “doutrina”. Sendo essa doutrina também influenciada pelo ideário que associa o adolescente em conflito com a lei ao agravamento da violência e a necessidade de um recrudescimento estatal para combate desse efeito, é possível elucubrar que existe supedâneo para a atuação conservadora dos agentes estatais.

Dessa maneira, torna-se premente um movimento capaz de fazer frente e a esse recrudescimento da sociedade e das instituições de Justiça. É papel da academia cumprir tal função social num Estado Democrático, entendendo-se aqui a Democracia não como a vontade da maioria, mas como o Poder de todos, inclusive as minorias porventura existentes. Minorias talvez não numéricas, mas políticas: aquelas que não alcançam os espaços de determinação da condução do Estado e da sociedade com a mesma força que as demais, notadamente pela influência econômica desse aspecto. Assim sendo, entende-se que a relevância deste trabalho se encontra nessa tentativa de alcançar essa função social, conferindo aspectos democráticos à discussão acadêmica, no passo em que aprofunda o pluralismo que necessariamente deve existir neste meio.

## **2 Do pós-abolição ao Código de Menores: o “menor” enquanto problema social**

No contexto pós-republicano e pós-abolição de fins do Séc. XIX e início do Séc. XX, o desenvolvimento desordenado das cidades, a falta de planejamento de bairros, ausência de saneamento, de escolas, de hospitais juntavam-se à entrada de imigrantes e ex-escravos no mercado de trabalho - e também dos que levavam a vida na rua, sem emprego, pedindo esmolas. Tudo isso evoluiu rapidamente com a criminalidade, que crescia em números: “entre 1900 e 1916, o coeficiente de prisões por dez mil habitantes era distribuído da seguinte forma: 307,32 maiores e 275,14 menores” (PRIORE, 2004, p. 214). A situação de miséria e a exclusão estrutural do sistema republicano no Brasil gerava uma situação em que, até mesmo

para sobreviver, crianças e adolescentes dedicavam-se à mendicância, furtos, roubos e à exploração sexual.

Relaciona-se assim o problema da criminalidade com a infância, esquecendo-se tais analistas de, muitas vezes, ponderar a estrutura social que permeia e fomenta a prática delituosa,

uma (sic) das causas do aumento espantoso de 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 (BONUMA *apud* PRIORE, 2004, p. 215).

A ideia de que a chamada corrupção da infância advinha da desestruturação do núcleo familiar era disseminada, excluindo de qualquer responsabilidade o Estado e a sociedade. Tal pensamento foi se modificando pelas lutas sociais, principalmente pelos anarquistas, que no início do século XX realizavam mobilizações contra o trabalho infantil, e por melhores condições de vida para a classe operária. As campanhas de luta contra o trabalho infantil, as denúncias de maus-tratos e violência nas fábricas, o alto número de crianças em mendicância, tudo isso forçou o Estado a trazer para si a responsabilidade pela educação, saúde e também punição dessas crianças – porém sob uma lógica criminalista: buscava evitar a “delinquência” por meio da intervenção do Estado, e não da garantia de direitos.

A intervenção do Estado tem destino certo: crianças e adolescentes abandonadas ou mendigas. As primeiras regulamentações acerca deste tema são o Decreto 16.272, de 20 de dezembro de 1923, que reconhecia a pobreza como origem da delinquência infanto-juvenil, e o Código de Menores de 1927 – Decreto Nº 17.343/A de 12 de outubro de 1927 - que instituiu, pela primeira vez, a internação como medida para quem estivesse em situação de abandono e correção penal, para quem praticasse alguma conduta delituosa. Nesse momento, havia o entendimento da criança pobre como perigosa, já que era uma política voltada àqueles que estivessem na mendicância, por consequência, para os pobres. Não se destinava o Código de Menores de 1927 a garantir direitos a todas as crianças, indistintamente, e sim apenas para atuar de forma correccional aos desviados da ordem social.

Ao escolher políticas de internação para crianças abandonadas e infratoras, o Estado escolhe educar pelo medo. Absolutiza a autoridade de seus funcionários, vigia comportamentos a partir de uma idealização das atitudes, cria a impessoalidade para a criança e o jovem vestindo-os uniformemente e estabelece rígidas rotinas de atividades, higiene, alimentação, vestuário, ofício, lazer e repouso (PRIORE, 2004, p. 256).

Tal política estender-se-á até a Ditadura Militar de 1964-1985, quando a Política Nacional do Bem-Estar do Menor buscou romper o paradigma repressivo, incluindo elementos das condições de vida de cada adolescente como condicionante para sua educação

dentro da reclusão. Reforçou-se, porém, a idéia do menor pobre, abandonado, perigoso e delinquente, que foi definitivamente incorporada pelo Código de Menores de 1979 – Lei Federal Nº 6697 de 10 de outubro de 1979 – estigmatizando definitivamente crianças e adolescentes da periferia como ameaça à ordem social.

Essa Política Pública de atendimento à criança e ao adolescente no início do século XX até o Código de Menores de 1979 tem como característica principal a de destinar-se a um grupo especial: crianças abandonadas ou delinquentes.

Ângela Pinheiro, em estudo acerca do lugar social da criança e das representações infantis construídas socialmente (PINHEIRO, 2006), as classifica em três principais, sem exclusão de outras porventura existentes, quais sejam:

i) Objeto de proteção social, cuja preocupação maior é a preservação da vida, a sobrevivência infantil

A concepção da criança e do adolescente como objetos de proteção social refere-se, principalmente, à criança pequena, nos seus primeiros anos de vida. Essa concepção teve grande campo de florescimento e atuação a partir do pensamento cristão, principalmente por suas igrejas e atividades de filantropia. Há valores que forjam essa representação social, entre os quais destaco: o amor ao próximo, a compaixão, a caridade, a benemerência (PINHEIRO, 2006, p. 52).

ii) Objeto de controle e disciplinamento social, onde, principalmente pela atuação dos médicos higienistas e de profissionais liberais da época, a criança e o adolescente são vistos como responsabilidade do Estado, devendo este cuidar de seus filhos (as), futuro da nação. Por trás dessa responsabilização estava uma ideologia para garantir ocupação a crianças e adolescentes que permaneciam muito tempo na rua, evitando seu envolvimento com a delinquência e a chamada “subversão da ordem” – ideais anarquistas – não permitindo o desenvolvimento de tempo ocioso. Assim surgiram as crianças operárias, para as quais o lugar social da infância era garantido dentro da escala produtiva capitalista, para quem deveriam trabalhar e deste modo estarem inseridas no mercado.

A representação da criança e do adolescente como objetos de controle e disciplinamento social encontra, ainda hoje, vasta gama de práticas sociais, por meio de instituições de formação profissional. Criadas a partir da década de 1940, entidades como SENAC, SENAI e SESC, vinculadas a instituições patronais, incluem ações voltadas para a profissionalização de adolescentes oriundos de classes populares, para a formação de aprendizes que deverão ser preparados para se tornar profissionais disciplinados, ocupantes futuros de lugares de subordinação. Afinal, é conteúdo central da concepção da criança e do adolescente como objetos de controle e disciplinamento que adolescentes oriundos de classes subalternas devem ser preparados para ocupar o lugar de operários, de funções subalternas, não o lugar de dirigentes (PINHEIRO, 2006, p. 59).<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Atualmente percebemos a mesma lógica de inserção no mercado de trabalho como elemento garantidor da cidadania, surgindo ocupações como empacotadores de supermercado, manicure, costureira, e a mais variada gama de cargos técnicos suplementares a outras profissões.

iii) Objetos de repressão social, advinda com a rápida urbanização das cidades brasileiras e o aumento populacional (imigrantes, êxodo rural). Tem como objeto principal adolescentes não absorvidos pelo mercado de trabalho, nem pelo sistema educacional formal, geralmente pobres, que culminam em práticas de infrações penais. A solução estatal foi o Código de Menores de 1927 e a institucionalização da punição e da violência como forma de correção da conduta indesejada.

Inicia-se a era do isolamento, da retirada do convívio social de crianças e adolescentes a quem se atribuía o cometimento de atos considerados infracionais. É o uso da punição como instrumento de correção, pela exclusão da vida social, uma forma de neutralizar a ameaça que esses adolescentes representavam para a sociedade. É o combate à idéia de perigo para a sociedade que se associa ao adolescente marginalizado. É necessário, de acordo com o código de 1927, retirá-los do convívio social e isolá-los. É a institucionalização dos adolescentes considerados autores de ato infracional. Eles representam, para as instituições do Estado, a perturbação da ordem social e de forma não construtiva. Institucionalizá-los, na óptica dos dirigentes dessas instituições, representava um caminho de reeducação, para trazê-los de volta ao convívio social (PINHEIRO, 2006, pp. 61-62).

A mobilização pela infância englobava diversos atores: ONGs, sindicatos, movimentos populares, partidos políticos e igrejas, advogados e membros do Ministério Público, técnicos governamentais e organizações internacionais, como o UNICEF (PINHEIRO, 2006, p. 173).

A rede de articulação e mobilização, voltadas para a defesa de direitos da criança e do adolescente, em atuação na primeira metade dos anos 1980, tais como as redes movimentalistas, em efervescência no cenário nacional, incluía entre seus objetivos o reconhecimento legal dos direitos reivindicados. A Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança (FNDDC), criada em 1985, e integrada, sobretudo, para os setores municipalistas de prefeituras consideradas progressistas, veio compor, com a Pastoral do Menor e o MNMMR, o núcleo central dessa rede de luta pelo reconhecimento legal dos direitos da criança e do adolescente. Consolidava-se o movimento em defesa dos direitos da criança e do adolescente (PINHEIRO, 2006, p. 170).

Através dessa mobilização social foi possível inserir na Constituição Federal de 1988 elementos que já se discutiam na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas, em 1989. São exemplo desses elementos o art. 227, *caput*, da Constituição, que versa sobre a prioridade absoluta de crianças e adolescentes,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e 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-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Essa mobilização foi importante para o surgimento de um instrumento legal que iria romper com o paradigma até então dominante no tocante aos direitos da criança e do

adolescente. O revogado Código de Menores – Lei Federal Nº 6.697 de 10 de outubro de 1979, que considerava um “menor”<sup>4</sup> passível de intervenção policial quando fosse encontrado em “situação irregular” - caracterizada basicamente pelo estado de carência, abandono ou delinquência do adolescente (PINHEIRO, 2006, p. 79). Estas três determinantes sociais, segundo o legislador da época, seriam responsáveis pelo comportamento anormal do “menor”, cabendo, desta forma, a intervenção do Estado no sentido de tratá-lo do mal.

O Direito penal, através do código de menores, passava a considerar o adolescente que fosse encontrado numa dessas situações, quase sempre ligadas à condição de pobreza, como carência e abandono, como um sujeito perigoso, capaz de violar os bens essenciais à manutenção da ordem orgânica social.

Assim descreve Pinheiro:

Ora, considerar integrantes de um segmento populacional em situação irregular significa contrapô-lo aos demais, que, por oposição, encontram-se em situação regular. Trata-se de uma classificação discriminatória. E à lei cabe, portanto, “regularizar” aqueles ditos em situação irregular (PINHEIRO, 2006, pp. 76-77).

Dessa forma, desrespeitavam-se princípios e direitos fundamentais da nossa ordem constitucional, como o do devido processo legal e da ampla defesa. Assim rezava o artigo 5º: “Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado” (CABRAL, 1999, p. 79), ou seja, o juiz poderia desconsiderar até normas superiores hierarquicamente ao código de menores.

É importante ressaltar, mais uma vez, que mesmo as normas que aparentemente resguardavam os direitos demonstravam acentuada “coisificação” da criança e do adolescente, tratados então não como sujeitos, mas objetos da tutela jurisdicional. Além disso, percebe-se, como apontado, a influência de um estigma de criminalização da pobreza e da própria condição de “não-adulto”. Assim, mesmo tais avanços em relação à política anterior se mostravam deveras acanhados. Apenas no começo da década de 90 tal tratamento viria a sofrer alterações significativas, como se trabalhará a seguir.

### **3 O paradigma do ECA: criança e adolescente como sujeitos de direitos**

Dois importantes instrumentos legais foram fundamentais para a mudança desse modo de conceber crianças e adolescentes como objeto de tutela, para garantir-lhes a condição de

---

<sup>4</sup> Usaremos o vocábulo “menor” apenas com o intuito de tornar o exemplo mais elucidativo, apesar de este termo tornar-se ultrapassado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90).

sujeitos de direitos. Tais instrumentos foram a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>5</sup> e o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal 8069/90.

A Convenção traz cinco princípios estruturantes de seu texto que dão origem a quatro direitos fundamentais de crianças e adolescente. Os princípios são: a sobrevivência e desenvolvimento da criança; a não discriminação; o interesse superior e a participação. Os direitos daí surgidos são: o direito à sobrevivência; o direito ao desenvolvimento; o direito à proteção e o direito à participação. A Convenção surge como um instrumento de mudança do modo histórico-cultural de compreensão da infância e da adolescência como objetos de tutela, reconhecendo sua condição peculiar e necessidade de proteção, ou seja, não se absolutiza a expressão sujeitos de direitos para eximir a sociedade e o Estado de garantir direitos, mas sim para aumentar a exigência de efetividade desses mesmos direitos:

O mais importante dessa Convenção não terá sido a criação de novos direitos da criança e do adolescente, propriamente. Mas a tônica que coloca na necessidade da efetivação da norma, da implantação e da implementação (operacionalização) de um **sistema de garantias de direitos**, isto é, **espaços públicos institucionais e mecanismos de proteção e defesa dos direitos e de controle social desses espaços e mecanismos**. (grifos no original) (CABRAL, 1999, p. 37).

Com a promulgação da Lei 8069/90, o Brasil passa a ter um novo paradigma para a proteção dos direitos infanto-juvenis: O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), fruto de um processo histórico de lutas sociais pelo reconhecimento da infância como portadora de direitos. O Estatuto versa sobre a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, sem exclusão por motivo de raça, etnia ou classe social, portanto, não se refere somente a quem estiver em alguma situação irregular. A chamada *Doutrina da Proteção Integral* engloba dois aspectos: crianças e adolescentes são sujeitos de todos os direitos fundamentais dos adultos e de mais outros direitos que lhes pertencem pela sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Outro aspecto é que tanto o Estado, quanto a família e a sociedade são responsáveis solidariamente pela efetivação de tais direitos.

A proteção integral afirma-se como “um conjunto de cuidados voltados para a proteção e a assistência à criança, de forma que possa ela assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade” (PINHEIRO, 2006, p. 89). É um preceito que determina que o Estado e a Sociedade devem garantir a criança e ao adolescente o seu pleno desenvolvimento comunitário, político e societário.

Consagrou o Estatuto também o princípio da prioridade absoluta, presente no art. 4º, *in verbis*:

---

<sup>5</sup> Antes da Convenção de 1990 existia uma Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, da antiga Liga das Nações.

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade (grifo nosso), a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo Único. A garantia de prioridade compreende: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; inação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

A respeito da conduta de crianças e adolescentes que se assemelham aos crimes e contravenções penais, o ECA em seu artigo 103, denomina de ato infracional e prescreve o rol de medidas socioeducativas a serem adotadas, caso sejam cometidas por adolescente:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Verifica-se, portanto, uma inversão da lógica da internação, garantindo a aplicação de medidas socioeducativas, de cunho restaurativas, não penais, e que se harmonizariam com a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Dessa forma, toda criança<sup>6</sup> que pratique algum ato infracional é passível de medidas de proteção, enquanto que ao adolescente que pratique um desses atos, são aplicadas medidas socioeducativas, em que a internação, medida privativa de liberdade, “é sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (BRASIL, 1990). Dessa forma a regra não é mais a internação dos que praticam “desvio de conduta” e sim medidas socioeducativas.

Inúmeros avanços foram conquistados com o Estatuto da Criança e do Adolescente, como a impossibilidade das prisões arbitrárias, ou o afastamento dos adolescentes de suas famílias para inseri-los em unidades de internação sem observação do devido processo legal. A restrição da liberdade do adolescente, por ser um direito constitucional, assume um caráter, pelo menos formal, de excepcionalidade e brevidade. Houve também o estabelecimento de

---

<sup>6</sup> O ECA adota o fator biológico para determinar a infância da adolescência, àquela seria até os doze anos e esta iria dos doze aos dezoito anos incompletos.

garantias processuais específicas, mas, na prática, apesar de todas as recomendações em contrário, a privação de liberdade continua sendo uma medida amplamente utilizada como meio de punição aos adolescentes que cometem atos infracionais (RIZZINI; PILOTTI, 2009).

Ainda assim, o Estatuto tem revelado lacunas quanto a algumas questões que influenciam a prática judiciária na seara infracional. O aumento do processo de institucionalização de adolescentes, a discricionariedade do juiz ao identificar e definir o que seria justificativa para restrição de liberdade, tem repercutido em uma administração do conflito sob o viés *menorista*, e que continua alimentando-se da ânsia penalista presente na sociedade.

Segundo Cirino dos Santos, a indicação irrestrita da medida de internação ao adolescente corresponde à ânsia *reformatória e de defesa social*.

As inversões da prática judicial são parte daquela lógica diabólica: a medida de *internação* – inaplicável se existir outra “*medida adequada*” (art. 122, §2o) –, torna-se o carro-chefe das medidas “sócio-educativas”, substituindo todas as outras, sem ser substituída por nenhuma, como se as hipóteses de internação (*infração com violência, reincidência e descumprimento injustificado de medida anterior*, art. 122) fossem suficientes por si mesmas, independente da *ausência* de outra medida adequada, como exige a lei (SANTOS, 2000).

O reconhecimento de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, todavia, não tem impedido processos desiguais de responsabilização em contextos de práticas infracionais. Na realidade, as classes subalternas são realmente aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização (BARATTA, 2002, p. 198).

De nenhuma maneira, entretanto, o recrudescimento no tratamento do adolescente em conflito com a lei reverbera apenas no Judiciário. Nota-se tal agravamento em todas as esferas políticas, sendo flagrante o Legislativo, no qual abundam propostas para revisão da imputabilidade juvenil, conforme mencionado alhures.

É nesse sentido que, no próximo tópico, abordaremos o conceito de Direito Penal do Inimigo, explicando se e como a redução da maioria penal se revela como um aspecto deste.

#### **4 A redução da maioria penal como faceta do Direito Penal do Inimigo**

Conforme citado anteriormente, o Direito Penal do Inimigo é um conceito desenvolvido pelo alemão Günther Jakobs. Assim, cabe situar o leitor de forma breve no pensamento deste autor.

Enquanto é majoritariamente compreendido que o Direito Penal tem como objetivo a proteção de bens jurídicos, Jakobs defende o seu papel de “garantir a identidade normativa, a constituição da sociedade”, de restabelecer no “plano da comunicação a vigência perturbada

da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma” (JAKOBS, 2003a, pp. 03-05, 10-11). Ou seja, o Direito Penal é uma resposta à perturbação da norma, que por si é também a perturbação da ordem de um sistema social, possuindo o duplo escopo de manter a norma protegida e ainda passar a mensagem de que tal turbação não pode ocorrer ou as consequências serão enfrentadas.

Nesse passo, a pena seria uma “reação a uma violação normativa. Através dessa reação demonstra-se sempre que se deve respeitar a norma violada (...) às expensas [perda de quaisquer bens] de um responsável” (JAKOBS, 2009, pp. 20-21) que perturbou a vigência normativa; a “pena pública é a manutenção do esquema de interpretação válido publicamente” (JAKOBS, 2003b, p. 09).

Jakobs também conceitua “pessoa” tecnicamente, do ponto de vista jurídico. Segundo Greco (2005, pp. 211-247), para o alemão, pessoa é alguém que se deixa coagir a viver em um estado de civilidade, em cujo comportamento conforme a norma se confia e se pode confiar. Por outro lado, inimigos seriam

“a rigor não-pessoas”, lidar com eles não passa de neutralizar uma fonte de perigo, “como um animal selvagem.” Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo (GRECO, 2005, p. 218).

O conceito de “Direito Penal do Inimigo” foi utilizado pela primeira vez por Jakobs em um artigo datado de 1985, denominado “Criminalização no estado prévio à lesão de um bem jurídico” (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*) nas “Jornadas Penalistas Alemães”, de Frankfurt (CONDE, 2008, p. 37).

Nesse trabalho, Jakobs separa o que chama de “Direito Penal do Inimigo” do “Direito Penal do Cidadão”. Este último respeita a esfera privada do cidadão, enquanto o primeiro permite a punição do crime inclusive em sua fase de premeditação, o que a rigor constituiria em punir o próprio “pensar em cometer o ato delituoso”. Jakobs assim se dedica a analisar o direito posto, buscando e criticando as incursões do direito penal do inimigo na legislação em vigor, por entender que não haveria razão para a existência delas. Diz Greco:

O artigo de 1985 cunha, portanto, o conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude “despreocupadamente positivista.” O direito penal do inimigo “só se mostra legítimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional”, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação. Na discussão que se seguiu à conferência, declarou Jakobs mesmo sua esperança em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar o direito penal do inimigo impossível, considerando uma tal interpretação da

constituição já atualmente aceitável, se bem que não como a única que se poderia defender (GRECO, 2005, p. 216).

Não permaneceu assim, contudo, o pensamento do teórico alemão. Em estudos mais recentes, Jakobs defende o Direito Penal do Inimigo não por um viés crítico, mas descritivo (GRECO, 2005, p. 216). Assim, entende que não há alternativa possível a tal direito, podendo coexistir separadamente com o Direito Penal do Cidadão, sendo essa a única maneira de salvar este último. Seria aplicável, portanto, a esses “inimigos”, essas “não-pessoas”. Jakobs sustenta, enfim, que, àquele que desobedece à norma e, portanto, à própria civilidade, e se comporta como animal, é permitido que se faça tudo que seria possível no estado de natureza. Não há porque respeitar quaisquer garantias materiais ou processuais, podendo inclusive se punir atos ainda não cometidos, tamanha a certeza de que o autor de tais fatos se enquadraria no conceito de inimigo.

Greco aponta que não foram poucas as críticas a tal postura:

Mas o alvo principal das críticas foi o suposto direito do estado de recusar a seres humanos o status de pessoa: o conceito do direito penal do inimigo significaria uma volta a idéias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhante a certas concepções de Mezger ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo, de Carl Schmitt; a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito; ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros; ele representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal; ela configuraria um inadmissível direito penal de autor (GRECO, 2005, pp. 222-223).

As críticas acima se justificam. As ideias defendidas por Jakobs em suas manifestações recentes justificariam regimes em que os inimigos foram identificados por critérios anteriores aos seus próprios atos, como a raça, nos regimes nazista e no modo de produção escravagista, largamente utilizado mundialmente.

Pois diante disso, cabe questionar: tal critério anterior não poderia ser etário?

Conforme dito anteriormente, a atuação judicial nos processos de apuração de atos infracionais cometidos por adolescentes em conflito com a lei tem refletido um viés menorista. Isso significa que as garantias processuais e materiais inerentes à condição dos adolescentes não são respeitadas. Vale dizer: o microssistema infracional trazido pelo ECA com supedâneo constitucional e em normas internacionais é deixado quase que inteiramente de lado na prática, para a utilização de um sistema penal.

A gravidade disso reside na questão que os sistema penal e infracional possuem objetivos diferentes, sendo este último focado na reeducação do infrator. Não se usa, nesse sentido, o termo ressocialização; isso porque o adolescente em conflito com a lei é entendido como pessoa em desenvolvimento e que o ato infracional é um desvio a ser corrigido nesse percurso. Não por acaso é que as “penas” do sistema infracional são em verdade medidas

socioeducativas, destinadas a promover a educação do adolescente e prevenir novas ocorrências semelhantes.

Calha ainda retomar o já dito anteriormente de que os processos de apuração de ato infracional também estão imbuídos da mesma seletividade que impera cotidianamente no sistema penal propriamente dito. Os adolescentes em conflito com a lei são, em maioria, demarcados por rótulos raciais e de classe claros: são negros e pobres. Além disso, são estes os destinatários da maioria das medidas de internação (que deveria ser a *ultima ratio* do sistema infracional, a ser aplicada somente quando falíveis todas as demais).

Avança-se no sentido de construir o adolescente em conflito com a lei pobre e negro na figura do inimigo. É comum situá-lo no eixo dos conflitos sociais violentos e associar tal figura com o cometimento de crimes. Assim, cria-se um medo coletivo em torno de tal figura, a ponto de construir a figura do inimigo e buscar meios para combatê-lo.

O que é, nesse sentido, a redução da maioridade penal senão a possibilidade de punição prévia de pessoas por um critério etário e o aumento do leque de inimigos?

A crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo se dirige especialmente “pela introdução de elementos próprios do estado absoluto no interior do estado de direito, sem se dar conta de que isso o implode” (ZAFFARONI, 2004, p. 160). O argentino sustenta que o poder punitivo sempre foi dirigido a hostis – “diferentes”. Confirmando tal constatação existem vários exemplos ao longo da história: negros, judeus, homossexuais, “bruxas” e quaisquer outros grupos que apresentassem características que não fossem enxergadas de modo positivo pelo regime estabelecido na sociedade. Tais grupos, assim, não seriam punidos pelo que *fazem* mas pelo que *são*. Zaffaroni identifica ainda que a busca por novos inimigos não gera pacificação social, mas somente um grande número de encarcerados, devido a sua presunção de periculosidade.

Nesse sentido, é preciso o entendimento de Delmanto sobre a redução da maioridade penal:

Tema constante dos debates políticos é o da redução da maioridade penal, o que, a nosso ver, seria um grave equívoco do legislador. A propósito, sob o aspecto pragmático, cabe indagar inicialmente: diante do medieval e vergonhoso caos do sistema penitenciário brasileiro, onde prender esses “novos” inimputáveis? Em face do enorme déficit de vagas, nem se diga que seriam construídos novos presídios especialmente destinados aos menores, mesmo porque, há mais de trinta anos, desde a edição da Lei de Execução Penal, sequer foram construídas penitenciárias suficientes para os imputáveis. Assim, o contato com os presos adultos seria inevitável. Não só por essa, mas também por outras razões, o marco dos 18 anos estabelecido no art. 228 da Magna Carta deve ser privilegiado (DELMANTO, 2016, pp. 189-190).

Delmanto rebate ainda o argumento de que o sistema infracional importa em uma ausência de responsabilização ao adolescente em conflito com a lei:

Ademais, na prática, já existe um Direito Penal Juvenil que é o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, no que concerne à internação, tem inquestionável caráter penal – repressivo (...). Com efeito, apesar de os menores não responderem a processo criminal justamente por serem inimputáveis, faltando justa causa para a ação penal, embora possam ter cometido um fato típico e antijurídico que passa a ser chamado de “ato infracional”, há, em razão disto, imposição das respostas penais previstas naquele diploma, como a internação, que se consubstancia em privação de liberdade, com inegável caráter de pena (DELMANTO, 2016, p. 190).

O acerto da crítica acima reside no fato de que as infrações cometidas por adolescentes, embora não se submetam ao Direito Penal comum não ficam impunes. Ao revés; dada a realidade que atravessam as unidades de internação, o que se observa é que longe do ideal de reeducação, os adolescentes amargam agruras por vezes piores que os adultos, em locais sem condições de higiene, salubridade ou dignidade básicas.

A redução da maioria penal, portanto, representaria um tiro de misericórdia num sistema que em teoria foi implantado com o ECA, mas nunca teve uma concretização prática. Representaria ainda a consolidação de um Direito Penal do Inimigo tupiniquim, que possui como alvo o adolescente pobre e negro, tido como origem de toda sorte de malfeitos.

### **Considerações Finais**

O presente artigo teve como objetivo geral analisar a redução da maioria penal à luz do Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida por Günther Jakobs. A problemática que se colocou foi: a redução da maioria penal se enquadra como aspecto do Direito Penal do Inimigo? A pesquisa, qualitativa e de natureza bibliográfica, traçou preliminarmente um panorama do histórico da responsabilização do adolescente em conflito com a lei, buscando suas origens no pós-abolição e passando pelo Código de Menores, sob o prisma da minorização. Após, analisaram-se as mudanças de paradigma trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que levaram a criança e o adolescente à condição de sujeitos de direitos. Por fim, trouxe-se o conceito de Direito Penal do Inimigo, buscando-se explicar como a redução da maioria penal pode se enquadrar nessa teoria.

O Direito Penal do Inimigo, amplamente criticado pela doutrina, continua em voga na prática. Nos labirintos kafkianos do nosso Judiciário, ainda são os hostis, as minorias, aquelas que mais enfrentam a repressão estatal.

As origens da construção do adolescente com um recorte de cor e classe como inimigo são, como explicado, seculares. Não mais recentes são os problemas sociais que assolam o país e que por muitas vezes explicam o ingresso da nossa juventude pobre e negra na criminalidade.

Enquanto se tratar o adolescente em conflito com a lei como caso de polícia e não de educação, os jovens continuarão sendo a prova mais cabal da falência do Poder Público e da sociedade. E continuarão conhecendo o Estado apenas em sua face repressiva, no banco dos réus e não da escola. O que tende a se agravar com a redução da maioria penal.

## Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16. jul. 1990. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 06 out. 2016.

CABRAL. Edson Araújo (Org). **Sistema de garantia de direitos**. Recife: CENDHEC, 1999.

CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo**. v. 5. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. Colección Claves del Derecho Penal.

DELMANTO, Celso, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior, Fabio M. De Almeida Delmanto. **Código Penal comentado**. 9 ed. rev., atual, e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Luis. Sobre o chamado Direito Penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes, ano VI, n. 7, p. 211-247, dez. 2005. Disponível em:<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf> > Acesso em 07.jan.2017

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa** – Teoria de um Direito Penal funcional. v. 6. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. Coleção Estudos de Direito Penal.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal** – teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria da pena - Suicídio e Homicídio a pedido**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. v. 3. Barueri: Manole, 2003b. Coleção Estudos de Direito Penal.

PINHEIRO. Ângela. **Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade**. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

PRIORE, Mary Del (org.). **História das crianças no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. Ed. Ver – São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. **O adolescente infrator e os direitos humanos**. 2000. Disponível no site [www.abmp.org.br](http://www.abmp.org.br). Acesso em: 05.dez.2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. v. 14. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. Coleção pensamento criminológico