V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

HUGO BARONE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F724
Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Hugo Barone, Maria Lírida Calou De Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-262-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Este livro, na forma de coletânea, se inclui nos objetivos do CONPEDI de publicar os trabalhos apresentados durante os encontros e congressos do Conselho que buscam o desenvolvimento e a integração da pesquisa nas várias áreas da ciência jurídica.

O encontro ocorreu em Montevidéu – Uruguai de 8 a 10 de setembro do corrente ano de 2016 constituindo-se no V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, e foi a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina que contou com a ainda com a parceria de seis instituições brasileiras como da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Universidade de Passo Fundo - UPF e Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

O encontro de Montevidéu foi o quinto encontro de nível internacional do CONPEDI que então passou a assumir novo "compromisso de oportunizar espaço de integração entre as diferentes linhas de pesquisa da Pós-Graduação stricto sensu em Direito, dessa vez brasileiro e latino-americano, num intercâmbio estratégico que aproxima distintas comunidades acadêmicas e potencializa o desenvolvimento dos programas de mestrado e doutorado como um todo.

Coordenou-se o GT 8 sobre as formas consensuais de solução de conflitos que nos últimos anos, por meio da Conciliação e da Mediação que têm sido destacados como importantes instrumentos para solução rápida e pacífica dos conflitos, quer na área judicial, quer na esfera extrajudicial. O atual Código de Processo Civil Brasileiro indica a sólida utilização da solução consensual dos conflitos (art. 3°, §2°), fomentando a cultura do empoderamento das partes como caminho para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

Os trabalhos ali apresentados e os debates por eles gerados foram de alto nível, tanto de pesquisadores brasileiros como dos uruguaios. Constatou-se que o tema, no Uruguai, já alcançou um patamar melhor de desenvolvimento. Os trabalhos apresentados foram:

A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA A SER UTILIZADA PELA AMÉRICA LATINA NA GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL DOS CONFLITOS AMBIENTAIS: MARCO NORMATIVO DO BRASIL, de Simone Alves Cardoso, Adriana Machado Yaghsisian;

A CONCILIAÇÃO NAS DEMANDAS ESTATAIS COMO ALTERNATIVA PARA A ECONOMIA NO PROCESSO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL de Fernando Machado de Souza, Eduardo Augusto Salomão Cambi;

A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA APLICAÇÃO ENQUANTO ALTERNATIVA E EMPODERAMENTO DO CIDADÃO PERANTE A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA JUDICIAL de Carlos Eduardo Silva e Souza, Vivian Gerstler Zalcman:

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO JUIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PORTO ALEGRE: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES de Maria Angélica dos Santos Leal, Daniel Silva Achutti;

MEDIAÇÃO – UM MECANISMO FACILITADOR NA GARANTIA E RECONQUISTA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR de Dauquiria de Melo Ferreira;

MEDIAÇÃO E DEFENSORIA PÚBLICA: PACIFICAÇÃO SOCIAL E DISCURSO DIALÓGICO. A RUPTURA DE PARADIGMAS. De Gisele Santos Fernandes Góes, Luana Rochelly Miranda Lima Pereira;

Espera-se que a coletânea seja lida pela pesquisadores da área e que produza bons frutos para ou autores e os leitores.

Montevideo, Uruguai, 10 de setembro de 2016.

Profª Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR –Brasil

Prof° Dr. Hugo Barani - UDELAR – Uruguai

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL, CONSEQUÊNCIAS E ALTERNATIVAS

REDUCING THE CONVICTION AGE, CONSEQUENCES AND ALTERNATIVES.

Marcia Jaqueline Oliveira Santana

Resumo

O artigo pretende analisar o histórico da legislação penal infanto juvenil especialmente no tocante a responsabilização por crime ou ato infracional no Brasil, os projetos de emenda constitucional em trâmite no Congresso Nacional que visam reduzir a maioridade penal e sua constitucionalidade. Expõe a situação dos estabelecimentos de aplicação de medidas socioeducativas e alternativas a esta medida socioeducativa como os processos restaurativos.

Palavras-chave: Redução, Maioridade, Justiça, Restaurativa, Liberdade, Desenvolvimento

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the history of Brazil´s youth criminal system and the constitutional projects that change the age of conviction and its constitutionality. Also, this reviews the situation of the youth jails and points out restorative justice as an alternative.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Youth, Criminal, Age, Conviction, Restorative, Justice

INTRODUÇÃO

Vive-se em um momento no qual há uma tendência de reverter os avanços alcançados na legislação acerca do adolescente que pratica ato infracional no Brasil materializados por meio dos Projetos de Emenda Constitucional nº 171/1993 e nº 33/2012.

Para entender o porquê e como chegamos a esse panorama, tornou-se preciso conhecer o modo como a legislação acerca dos crimes/atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes no Brasil evoluiu e os fatos históricos e socioeconômicos que embasaram as transformações desta legislação.

Por opção didática e simbólica, não obstante a diferenciação entre crianças e adolescentes só ser registrada legalmente no Brasil a partir da Lei 8.069/90, já que antes todos eram tratados como menores, adotar-se-á esta diferenciação ao decorrer deste texto a fim de que o avanço legislativo seja refletido nesta produção acadêmica.

A pesquisa tem como objetivo geral estudar os motivos e o caminho percorrido para o tratamento diferenciado entre adolescentes e adultos na esfera penal, compreender os motivos e intenções dos projetos de lei em trâmite, verificando também sua viabilidade de atacar o problema da delinquência juvenil e quiçá oferecer novos caminhos baseados nos ideais da Justiça Restaurativa, empoderamento juvenil e da liberdade como desenvolvimento, conceito desenvolvido por Amartya Sen.

1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO INFANTO-JUVENIL NO BRASIL

1.1 Do Brasil Colônia ao Brasil República e o sistema penal indiferenciado

O Brasil tornou-se um país independente, deixando de ser colônia em 1822, mas antes disso, em 1808, com a chegada da Família Real de Portugal ao Brasil e a transformação da colônia brasileira em vice-reino, o Rei Dom João VI implementou as ordenações filipinas no Brasil. Nestas ordenações, já havia dispositivos que permitiam ao julgador diferenciar o menor de 21 anos e o adolescente menor de 17 anos, no caso concreto.

Nas ordenações filipinas, especificamente no seu capítulo V, título CXXXV, dispunha que quando algum homem ou mulher, que passasse de 20 anos cometesse qualquer delito, a este seria dado pena total, como se de vinte cinco anos passasse. Se a pessoa for de idade de 17 a 20 anos, ficava ao arbítrio do julgador dar-lhe pena total ou a diminuir, o julgador deveria

olhar o modo com que o delito foi cometido, as circunstâncias deste, a pessoa do ofensor e se o achar em tanta malícia, dar-lhe-á pena total, e se parecer que não a merece pela qualidade e simpleza do delito cometido, poderia diminuir a pena. E se o delinquente for adolescente menor de 17 anos, mesmo que o delito merecesse morte natural, em nenhum caso lhe seria dada, ficava ao arbítrio do julgador lhe dar outra menor pena. Assim, o adolescente menor de 17 anos poderia ser condenado a qualquer pena que poderia ser também reduzida, exceto a de pena de morte. Dos 17 a 20 anos poderia ser condenado a pena de morte ou poderia ter sua pena reduzida.

Registra-se assim que desde 1808, uma criança a partir dos sete anos que cometesse uma infração poderia ser punida legalmente no Brasil, exceto com pena de morte (BRASIL, 2016a).

Esta legislação pertenceria ao sistema penal indiferenciado para crianças e adolescentes, já que o mesmo sistema destinado aos adultos seria destinado a crianças acima de 7 anos com algumas distinções, tais como impossibilidade de pena de morte até os 17 anos e possibilidade de diminuição de pena.

A inimputabilidade era prevista para a criança menor de 7 anos de idade com origem no tradicional catecismo católico e Direito Canônico em que a idade da razão era alcançada aos 7 anos (SARAIVA, 2009, p.28).

Com a independência do Brasil, houve a outorga da Constituição Imperial de 1824 e entra em vigor o Código Criminal do Império de 1830 que substituiria na legislação criminal as ordenações filipinas. Neste Código, os artigos 10, 1º e 13 previa a inimputabilidade para as crianças e adolescentes menores de 14 anos, mas se fosse provado que estes agiram com discernimento, deveriam ser recolhidos à casa de correção, pelo tempo que o juiz fixasse, não podendo exceder à idade de 17 anos. A inimputabilidade às crianças menores de 7 anos foi mantida.

Tobias Barreto considerou que a teoria do discernimento que permitia a imputabilidade de crianças e adolescentes na idade de 7 a 14 anos, dava lugar a muito abuso e a um espetáculo doloroso (2003, p.47).

Houve a Lei do Ventre Livre em 1871, a abolição da escravatura em 1888 e a proclamação da República em 1889. Primeiro houve a edição do Código Penal em 1890 e em seguida, a Constituição Republicana de 1891. O Código Penal ampliou a inimputabilidade para a criança menor de 9 anos, estabelecida expressamente em seu art. 27, §1º, já as crianças

e adolescentes entre 9 e 14 anos, só seriam imputáveis se agissem com discernimento (art. 27, §2º).

No plano internacional, iniciou-se um aumento de reflexão sobre os direitos das crianças e adolescentes, que pode ser consubstanciado no Congresso Internacional de Menores em Paris em 28 de junho de 1911, Declaração de Genebra dos Direitos da Criança adotada pela Liga das Nações em 1924, que foi o primeiro instrumento internacional a reconhecer um Direito da Criança.

1.2 Brasil República nos anos 20 e o sistema tutelar

No Brasil, com a edição de normas de assistência e proteção a menores abandonados e delinquentes a lei nº 4.242/21 que alterou o Código Civil de 1916 e o Decreto nº 16.272/23, registrou-se a inimputabilidade absoluta às crianças e adolescentes menores de 14 anos, sem referência a ideia de discernimento, adotando-se o critério biológico para a definição da imputabilidade.

No entanto, em 1926, um adolescente de 12 anos, engraxate, se irritou com um cliente que não lhe pagou pelos serviços e atirou tinta nele, foi então condenado a quatro semanas de prisão, ficou preso com adultos, foi brutalmente violentado por 20 homens e hospitalizado na Santa Casa, esse fato foi denunciado na imprensa jornalística da época. Houve grande polêmica, seguida de discussão pública no Congresso e Presidência levando a edição do Decreto denominado Código de Menores no dia das crianças no ano seguinte (BRASIL, 2016b).

Este Decreto foi o de nº 17.943-A/27 denominado pela doutrina como Código de Menores ou Código Melo Mattos, que consolida as leis de assistência e proteção a menores, que estabeleciam que a criança e o adolescente menor de 14 anos se eximiria de qualquer processo e o adolescente de 14 a 18 anos, seria submetido a um processo especial regido por aquela lei.

Este decreto foi também a oficialização da criminalização da pobreza e da interferência do Estado na infância pobre, sob o discurso de proteção e assistência ao menor, permitindo-se a intervenção generalizada do juiz a qualquer criança em condição de pobreza com a institucionalização dos jovens infratores e crianças e adolescentes em situação irregular. Ou era internado porque era perigoso, ou porque era pobre, possibilitando seu enquadramento na situação irregular. Estavam sujeitos a um procedimento especial, não

ficavam presos junto com os adultos mas também não havia a aplicação das normas de processo penal, porque a legislação era de proteção e não de punição.

Neste Código de Menores, para a faixa etária dos 14 a 18 anos incidia a responsabilidade penal em um processo especial como regra, no entanto havia tratamento excepcional no art. 71 para o maior de 16 anos e menor de 18 anos, se provado que era indivíduo perigoso e seu estado de perversão moral, caso em que a este indivíduo se aplicaria o código penal, podendo inclusive na falta de vaga em estabelecimento para adolescentes ser recolhido em estabelecimento comum separado dos condenados adultos, até que alcançasse sua regeneração sem exceder o prazo legal.

Em 1932, a Consolidação das Leis Penais, no Decreto nº 22.213/32, modifica o código penal de 1890, consolidando a inimputabilidade da criança e adolescente menor de 14 anos.

No Estado Novo, período ditatorial quando Getúlio Vargas era o ditador, foi editado o Código Penal de 1940 e apesar de todos os retrocessos democráticos inerentes a um período ditatorial, estabeleceu-se que o adolescente menor de 18 anos era inimputável penalmente, no art. 23, sujeitos às normas previstas na legislação especial, ou seja, o Código de Menores, Decreto 17.943-A.

O modelo tutelar e paternalista da legislação infantojuvenil é um reflexo da época sendo que também assim qualificavam a legislação trabalhista.

Seguindo a edição da Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1954, em 1956, houve um projeto de lei nº 1000 que intentava reformar o Código de Menores, era presidente nesta época, Juscelino Kubitscheck. Na justificativa deste projeto, havia a percepção dos equívocos cometidos pelo Código de Menores, ressaltando-se a importância de se ter como objetivo principal a prevenção do abandono de crianças, ao invés da criação de meios para remediá-lo e a preocupação com a mortalidade infantil. Interessante destacar que o pátrio poder é colocado como pátrio dever, distanciando-se do poder discricionário de tempos remotos e a assiduidade escolar é valorizada, tornando obrigatória a frequência à escola e a comunicação da ausência aos pais. Há também a percepção de que condições sociais e econômicas propiciavam a vadiagem infanto-juvenil e não uma deformação congênita da alma da criança. Não obstante o tom ainda paternalista da legislação, quando coloca que o juiz de menores deveria assumir perante a sociedade o papel de um bom pai de família, constata-se neste projeto de lei que já havia uma evolução social na percepção do problema da criança e da adolescência, destacando-se a ideia de que a internação não deveria constituir regra, o inconveniente das prisões e do regime penitenciário para os jovens e a importância da educação como medida preventiva ao abandono e a delinquência infanto juvenil.

No entanto, em 1964, foi deflagrado o golpe militar e em 1971, o projeto de lei nº 1000/56 foi retirado da pauta da Câmara pelo Ditador Emílio Garrastazu Médici. Com o retrocesso representado pela ditadura, o Código Penal Militar promulgado em 1969, dispôs que o menor de dezoito anos era inimputável, salvo se, tendo completado dezesseis anos, revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento, retornando ao critério biopsicológico afastado pelo Código Penal de 1940.

O Brasil já era signatário da Declaração dos Direitos da Criança promulgada pela ONU em 1959, que considerou a criança um ser humano em desenvolvimento, citou o superior interesse da criança, ressaltando que todas as crianças, sem exceção, possuem direitos não podendo haver qualquer distinção por motivo de raça ou riqueza.

Em 1979, no Ano Internacional da Criança, aprovou-se o Novo Código de Menores com a Lei nº6.697/79, proveniente do Projeto de Lei nº1.573/75, na justificativa de projeto de lei 1340-A em 15/09/79 refere-se aos seguintes dados que justificam mais o projeto do Código de Menores do que este a que se seguiu: quadro de desigualdade econômica gritante e concentração brutal de renda, em que 2/3 da população assalariada vivia situação econômica precária, em 1975, 83% dos crimes cometidos por adolescentes era de furto, o que evidenciaria o baixo padrão de vida dos envolvidos e era alta a mortalidade infantil.

Se o PL nº 1000 de 1956 referia-se à necessidade de colocar as crianças na escola, este projeto referiu-se a crianças e adolescentes no mercado de trabalho citando ser necessária a preparação da mão de obra jovem no campo, que na faixa etária de 10 a 14 anos, na zona urbana, apenas 11,3% estavam mobilizados na força de trabalho e na zona rural, 40,9%, sendo que na faixa etária de 15 a 19 anos, 49,3% estariam incorporados na força de trabalho nas cidades e 72,2% na zona rural.

Não obstante, a confissão de que havia um problema social proveniente da desigualdade econômica, a referência à criança se dá quando cita os instrumentos internacionais, na legislação nacional quando a criança ou adolescente é vítima de disfunção social por não dispor de renda suficiente, pela insatisfatória participação no consumo de bens materiais e culturais, não usufruição dos serviços de saúde, educação, habitação, recreação e desenvolvimento, torna-se menor abandonado sujeito à proteção do Estado.

Retira-se ainda desta justificativa, a ideia de que a delinquência juvenil inicia-se com a criança em via de marginalização social e culmina com o adolescente infrator. Adverte-se também que se não forem tomadas medidas urgentes preventivas e de recuperação dos

adolescentes infratores, a vida se tornará insuportável para todos nas grandes cidades brasileiras.

As ideias contidas nesta justificativa demonstram claramente que não há coerência entre o quadro social apresentado, as estatísticas de atos antissociais coletadas face aos perigos projetados e o projeto de lei. A desigualdade econômica é demonstrada como a grande causa de todos os males, a concentração brutal de renda é provada estatisticamente e a pobreza é apontada como a causa de marginalização da criança em 90,26% dos municípios brasileiros. Registra ainda que a maior ocorrência de delitos é de furto, no entanto alerta que autoridades abalizadas indicavam aumento de taxa da criminalidade, que assaltos, furtos e sequestro seriam os crimes mais frequentes e a necessidade de medidas urgentes de recuperação dos infratores, seguidas de estatísticas acerca do trabalho infanto-juvenil, não obstante, a vigência do 10º Princípio da Convenção Internacional de 1959 indicar não ser permitido à criança qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação.

O art. 40, § 2º do Código de Menores também permitia na falta de estabelecimento adequado a internação do menor excepcionalmente em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolado destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade. Quando completasse 21 anos e tivesse internado, e o Juiz não tivesse declarado a cessação da medida de internação, passaria a jurisdição do Juízo incumbido das execuções penais (art.40, §§ 3º e 4º da Lei 6697/79).

De fato, após a vigência do Código, verificou-se aumento na internação de crianças e adolescentes, sendo que 80% dos internados não haviam cometido qualquer delito, o que consagrava um sistema de controle de pobreza (SARAIVA,2009, p.54).

Ainda, no período do regime militar em 1969, o Decreto-Lei nº1004 foi aprovado mas não chegou a entrar em vigor. Este decreto dispôs nos art. 33 e 34 que o menor de dezesseis anos era inimputável e maior de dezesseis e menor de 18 anos era imputável se revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento e neste caso, a pena aplicável seria diminuída de um terço até a metade. Os menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficariam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial. Se este decreto tivesse entrado em vigor, teria representado um gravíssimo retrocesso com a adoção do critério biopsicológico afastado a partir de 1922 com a Lei nº 4242/21 e Decreto nº 16.272/23.

A reforma penal de 1984, deu nova redação à parte geral do Código Penal e manteve o critério objetivo da imputabilidade penal a partir dos 18 anos no art.27. Na exposição de motivos, aduz-se que foi mantida a inimputabilidade das crianças e adolescentes por opção de política criminal e que a criança/adolescente é ser ainda incompleto, naturalmente antissocial, na medida que não é socializado ou instruído, sendo que o reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação e afastamento do jovem delinquente do convívio social sem o submeter a contaminação carcerária.

Houve a redemocratização do país e assembleia constituinte eleita pelo voto popular promulgou a Constituição Cidadã de 1988, que trouxe nos art. 227 e 228, os princípios fundantes da Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente, inimputabilidade dos adolescentes menores de 18 anos e bases para o denominado sistema garantista.

2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E LEI 8.069/90

Sem dúvida a lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente -ECA) sempre será um marco na legislação infanto juvenil brasileira, mas a sua promulgação não pode ser considerada como a decretação do fim da doutrina da situação irregular e menorista.

Ressalte-se que o princípio do superior interesse da criança foi trazido pela Declaração de Direitos da Criança de 1959, inserto no art.5º do Código de Menores de 1979 e foi aplicado justificando toda espécie de medida. Devido a indeterminação quanto ao seu conteúdo e sua sustentação na lógica da incapacidade do menor, ao adulto, ao juiz de menores, ao Estado é que caberia reconhecer no caso concreto qual solução atenderia ao melhor interesse da criança ou bem-estar do menor.

Os resquícios dessa doutrina da situação irregular podem ser verificados em diversos artigos do ECA, tais como: o art. 175 que dispõe que a audiência preliminar será feita perante o Ministério Público, em que pode ser concertada a remissão, sem a presença obrigatória de defensor ao ato, neste dispositivo o papel do *Parquet* assemelha-se ao papel do antigo Juiz de Menores, que seria por si só responsável para resguardar os direitos e interesses do adolescente; no art. 98, a situação de risco e seu conteúdo aberto, assemelha-se à situação irregular, havendo espaço ao arbítrio e subjetivismos da identificação da ameaça ou violação de direitos das crianças e adolescentes; o art. 122, que não define conceitos como reiteração ou ato infracional grave e o art. 174, quando determina que deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi resultado de um grande acordo nacional, razão pela qual traz em seu bojo concessões à velha doutrina menorista, havendo casos em que não se impõe ao adulto a privação de liberdade que se impõe ao adolescente sob o falso argumento de que internação não é pena e se justifica no superior interesse da criança/adolescente (SARAIVA, 2009, p.85).

No Código de Menores de 1979, no art. 2º a criança e o adolescente estaria em situação irregular se vítima de maus-tratos ou autor de infração penal, não havia diferenciação e a ambos era cabível a medida protetiva.

A lei nº 8.069/90 fez uma clara distinção, mas não modificou a mentalidade brasileira de que o adolescente autor de ato infracional é protegido pela legislação. O caráter aflitivo da medida socioeducativa de internação não é reconhecido por grande parte da população, talvez pelo ranço histórico.

A etapa inaugurada com o ECA é denominada garantista pois introduziu a regra da proteção integral no art. 1º e o reconhecimento da criança e adolescente como sujeito de direitos e titulares de garantias no art. 3º.

Houve uma mudança de paradigma cujos aspectos principais são reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direito, participação comunitária nos Conselhos de Direitos que traçam diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude, competência aos Conselhos Tutelares para agir diante de ameaça e violação a direitos das crianças, municipalização da política de atendimento, eliminação das internações sem cometimento comprovado de crime ou contravenção e incorporação de princípios do direito penal na apuração de ato infracional (SPOSATO,2006,p.61).

Para Karyna Sposato, reconhece-se uma responsabilidade especial para os adolescentes, ou seja àqueles de 12 a 18 anos de idade, fruto da inimputabilidade, sem contudo eximir estes de sua responsabilidade por atos delituosos, havendo reprovabilidade dos seus atos, assim como garantias que limitam o poder punitivo do Estado e orienta a sua atuação em prol da integração social do adolescente e observância dos seus direitos (2006, p.68-69).

3 PROJETOS DE LEI QUE AMEAÇAM A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Serão tratados neste artigo apenas dois Projetos de Emenda Constitucional- PEC, a de nº 171/93 e nº33 de 2015.

3.1 Proposta de Emenda Constitucional nº 171/1993

A PEC nº 171/1993 visa alterar a redação do art.228 da Constituição Federal e consistiria na imputabilidade penal do maior de 16 anos. A justificativa da PEC considera que quando se estabeleceu a inimputabilidade do menor de 18 anos, critério biológico no Código Penal de 1940, assim o foi com base na presunção legal de menoridade e seus efeitos na capacidade para entendimento do ato delituoso. O autor da PEC então considerou que a mudança social com mais liberdade de imprensa, liberação sexual, emancipação dos filhos e consciência política dos jovens de 16 a 18 anos em 1993 em relação aos jovens em 1940, deixaria de justificar a inimputabilidade penal aos menores de 18 anos.

Esta ideia é equivocada, já que em 1984 na exposição de motivos da lei nº 7.209/84 já se expressava que a inimputabilidade aos adolescentes até 18 anos se justificava por questões de política criminal e para evitar a contaminação carcerária nestes jovens, razão pela qual também a prescrição penal para o menor de 21 anos é reduzida pela metade.

No entanto, a principal razão pela qual esta PEC não deverá ou não deveria ser aprovada é sua inconstitucionalidade, a inimputabilidade penal do adolescente menor de 18 anos está prevista no art. 228 da CF é norma que garante direito individual à criança e adolescente de não ser submetido a persecução penal em Juízo, responsabilização criminal e aplicação de sanção penal, é cláusula pétrea e não poderia ser modificada pelo legislador constituinte derivado, na forma do art.60,§4º da CF.

Registre-se que cláusulas pétreas podem estar previstas fora do Título II – Direitos e Garantias Fundamentais - art. 5º a 17 da CF conforme decisão proferida pelo STF ao julgar a ADI nº 939/DF.

Esta PEC se aprovada violará também diversas obrigações do Brasil diante da legislação internacional de direitos humanos relativa à proteção dos direitos da criança e do adolescente, uma vez que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil, estabelece que até os 18 anos, o ser humano deve ser considerado criança e tem direito a uma proteção especial a seu desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, por meio de uma forma de vida saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Não pode ser esta privada de sua liberdade, de forma ilegal ou arbitrária, devendo a detenção, reclusão ou prisão de uma criança ser efetuada em conformidade com a lei e

apenas como último recurso, durante o mais breve período de tempo que for apropriado, além disso, deverão promover estabelecimentos de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de que se alegue ter infringido leis penais, regra também contida nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), que exige conjunto de leis, normas e disposições especialmente aplicáveis aos adolescentes que pratiquem atos infracionais, ressaltando a necessidade de sistema jurídico diferente, assim como sua separação dos adultos.

Dessa forma, não subsiste razão ao autor da PEC quando cita mudanças sociais a modificar o jovem de 16 anos de 1940 ao jovem atual, pois o critério biológico dos 18 anos é defendido tanto na legislação internacional como na Constituição promulgada em 1988.

Ressalta-se que as Regras de Beijing da ONU ressaltam que o perigo da contaminação criminal para os jovens presos preventivamente não deve ser subestimado e da importância de sublinhar medidas alternativas, acrescenta ainda que nenhum menor deve ser detido num estabelecimento onde esteja sujeito a sofrer a influência negativa de adultos e que é necessário ter sempre em consideração as necessidades próprias do seu estado de desenvolvimento.

Ressalte-se que no art. 5º,§§ 2º e 3º da CF, os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, havendo a possibilidade de tratados internacionais aprovados em cada casa do Congresso Nacional por três quintos dos votos serem equivalentes às emendas constitucionais.

A PEC 171/93 foi aprovada de forma polêmica na Câmara em 21/08/2015, já que ao pautar o projeto da redução da maioridade penal, o presidente da Câmara fez duas votações, em dias diferentes até obter o resultado que lhe interessava (MARTINS, 2016).

Desde então, seu andamento está sobrestado, sendo dado impulso à PEC nº 33/2012.

3.2 Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2012

A PEC nº 33/12 intenta alterar o art. 228 e 129 da CF, esta PEC inclui no art. 129 como função do Ministério Público promover privativamente incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de 16 a 18 anos e no art. 228 que lei complementar estabelecerá casos em que o Ministério Público poderá propor nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de 16 a 18 anos em incidente de desconsideração de inimputabilidade.

Na justificativa, o autor relatou o desvirtuamento do debate, a radicalização de posições e a dificuldade de se obter acordo na questão da maioridade penal aos 16 anos, comentou que sobre o assunto há seis propostas de emendas constitucionais somente no Senado, em que foi oferecido substitutivo que condicionavam a prova da imputabilidade a laudo pericial que aduzisse a capacidade dos agentes de 16 a 18 anos de entenderem o caráter ilícito do fato. Informa que a intenção é manter a regra atual, mas que esta regra possa ser afastada em casos excepcionais, considerou que não ofende ao princípio da igualdade e deve somente ser aplicada a crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo, múltipla reincidência em lesão corporal e roubo qualificado e cumprimento em estabelecimento em separado dos adultos, no entanto remete a discussão desses detalhes para a lei complementar a ser discutida posteriormente.

Todas as considerações sobre a inconstitucionalidade da PEC nº 171/93 podem ser estendidas a esta PEC nº 33/12, em virtude de que é também emenda tendente a abolir direito e garantia individual e é claro para aqueles adolescentes aos quais for proposto pelo *Parquet* o incidente de desconsideração de inimputabilidade e passar a ser imputável, seu direito e garantia individual de não ser submetido a persecução penal em Juízo, responsabilização criminal e aplicação de sanção penal será violado.

A criação do incidente de desconsideração de inimputabilidade algo que remete ao incidente de insanidade mental do processo penal e a desconsideração da personalidade jurídica do processo civil, é uma figura esdrúxula, uma vez que a insanidade mental é atestada por um médico psiquiatra nomeado pelo Juízo e a inimputabilidade do adolescente será aferida inicialmente pelo Promotor de Justiça nos casos e nas formas definidos pela lei complementar que exige um quórum menor (maioria absoluta) e procedimento diferenciado do desta emenda constitucional. Na própria justificativa da PEC nº 33/2012, os crimes citados a permitir a desconsideração já são bem amplos envolvendo inclusive lesão corporal grave em caso de múltipla reincidência, dentre outros, o que indica que a lei complementar poderá ser tão abrangente de modo que a exceção torne-se a regra.

Considero esta proposta ainda mais perigosa uma vez que ficaremos ao arbítrio de uma maioria absoluta na aprovação da lei complementar que assentará o tratamento diferenciado a adolescentes, o que não é permitido pela Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1989. Não há adolescente mais inimputável que outro e a exigência de tratamento diferenciado ao do adulto, além de recolhimento em local distinto também subsiste no ordenamento internacional.

Se a PEC nº 171/93 é extremamente gravosa por rebaixar critério biológico da maioridade penal ao 16 anos, apesar do ordenamento nacional e internacional considerar que é criança e ser peculiar em condição de desenvolvimento todos abaixo de 18 anos sem distinção, a PEC nº 33/2012 é ainda mais pusilânime por adotar critério biopsicológico, já que alguns adolescentes acima de 16 anos seriam submetidos a legislação especial e outros seriam submetidos a lei penal, resgatando dispositivos já citados tais quais o art. 71 do Dec. nº 17.943-A/1927 e o art. 40 da lei nº 6697/1979.

4 PROBLEMAS DE SUPERLOTAÇÃO EM UNIDADES DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Não obstante, o ímpeto punitivista e alegação de impunidade na responsabilização infanto juvenil no discursos dos legisladores e até nos operadores de direito, a realidade fática demonstra a superlotação das unidades de internação de adolescentes e no sistema carcerário.

Nas unidades de internação para adolescentes, segundo o CNJ a taxa de ocupação média no Brasil em 2011 é de 102%, os piores índices foram encontrados no Ceará (221%), Pernambuco (178%), Bahia (160%), Sergipe (108%), Paraíba (104%) e Alagoas (103%), o que indicou haver superlotação do sistema. O caráter aflitivo da medida socioeducativa de internação pode ser percebida nos seguintes dados: mais de 10% dos estabelecimentos registrou situações de abuso sexual, ocorreram mortes por homicídio em mais de 5% das unidades, havendo também registros de morte por suicídio, um terço dos adolescentes declarou sofrer agressão física pelos funcionários, 19% respondeu sofrer castigo físico e 10% recebeu agressões da Polícia Militar dentro da unidade, um quarto dos estabelecimentos registrou haver rebeliões ou motins no período da pesquisa.

Em São Paulo, na Fundação Casa, no mês de maio de 2016, 107 adolescentes com medidas de internação determinadas judicialmente, foram liberados após cinco dias a espera de vagas. Segundo a reportagem são todos jovens envolvidos em casos graves a maioria de roubos a mão armada e os motivos para a liberação decorreriam da paralisação de servidores e não manutenção de 70% da categoria em serviço. No ano passado, havia 9.374 jovens infratores na fundação, ante um total de 8.311 vagas disponíveis, também neste ano foi registrada o maior número de fugas, 487. A recusa de vagas é corriqueira (PAGNAN, 2016).

Registre-se que segundo o CNJ em 2011, São Paulo apresenta 112 estabelecimentos de execução de medida socioeducativa, o que representa mais que um terço do total de estabelecimentos existentes no País (2012).

De acordo com a Anistia Internacional, o sistema de justiça juvenil apresentou superlotação severa e condições degradantes, tendo vários adolescentes morrido em custódia além de grande número de denúncias de tortura e de violência contra meninos e meninas, esta instituição considerou que se aprovada a emenda constitucional da redução da maioridade, esta violará diversas obrigações do Brasil diante da legislação internacional de direitos humanos relativa a proteção dos direitos da criança e do adolescente (2015).

Para João Batista Costa Saraiva, a crise do sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade é grave sendo ainda pior a crise que assola o sistema penitenciário, sistema ao qual os defensores da redução da maioridade penal pretendem transferir os adolescentes acima de 16 anos que infrinjam a lei penal. Ressalta também o caráter aflitivo da medida socioeducativa de internação, já que envolve privação de liberdade (2009, p.96).

Segundo o anuário de Segurança Pública foram 15.221 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação e 5.573 em medida de internação provisória em 2013. Os atos infracionais representaram 42% de roubo, 24,8% de tráfico e de 9,2% de homicídio em 2013. Em 1996 eram 4.245 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e 23.066 em 2013, percebe-se que quintuplicou o número de adolescentes, sem que houvesse um aumento de segurança ou redução de crimes cometidos por estes (2015).

Segundo levantamento do SINASE em 2013, 57% dos jovens em restrição e privação de liberdade são considerados negros e pardos.

No sistema carcerário a situação é realmente pior, segundo o CNJ havia 563.526 pessoas presas no Brasil em 2014, 711.463 incluída aquelas que estão em prisão domiciliar, o déficit de vagas no sistema é de 206.307. As vagas no sistema totalizam 357.219 e o número de pessoas presas sem computar a prisão domiciliar é de 563.526. O Brasil é o 4º do Ranking dos 10 países com maior população prisional em termos absolutos, se excluído o número de pessoas em prisão domiciliar, o que o faria subir para a 3º posição à frente da Rússia. Caso todos os mandados de prisão em aberto fossem cumpridos teríamos 1.085.454 pessoas presas, desta forma o déficit de vagas no sistema é de 728.235 (2014).

Em 2014, no anuário de segurança pública, registrou que havia 607.373 presos no sistema penitenciário e na custódia das polícias, desse total 37,9% estava na faixa etária de 18 a 24 anos e de 22,8%, na faixa etária de 25 a 29 anos. Entre 1999 e 2014 o número de presos

triplicou e não houve melhoria significativa de sensação de segurança, sequer de redução de crimes, mantida a mesma aceleração, serão 1,9 milhão de presos em 2030. Assim como principais vítimas do encarceramento, 68% das vítimas de morte por agressão eram pardas e pretas e 53% tinham entre 15 e 29 anos (2015).

Desta forma, diante da superlotação dos sistemas de internação para adolescentes, frequentes violações a direitos dos internos neste sistema e a constatação da falência do sistema carcerário brasileiro com um deficit de vagas superior ao número de vagas existentes, é perceptível que os projetos de emenda constitucionais intentam apenas incluir mais candidatos a vagas em um sistema deficitário, sem olvidar a taxa de reincidência alta de egressos dos dois sistemas a indicar que o problema da criminalidade e da violência não serão minimamente atendidos pelas propostas em votação. São mais soluções reativas e que não avançam na pauta da modernização da segurança pública.

O Direito Penal simbólico é praticado diuturnamente pelos legisladores brasileiros, um crime é praticado e noticiado pela imprensa, a sociedade se comove e pede providências, os legisladores aumentam a pena cominada a tal crime, o que não significará a redução do cometimento de tal crime, no entanto, a redução da maioridade penal pode trazer efeitos imediatos e nefastos, que é a contaminação carcerária dos adolescentes de 16 a 18 anos e a violação dos direitos destes, já que a mera separação deste dos adultos por celas não será suficiente ou adequada para evitar estes fenômenos.

O Direito Penal simbólico não só identifica um determinado fato mas também um específico tipo de autor, que é definido não como igual mas como o outro, os agentes políticos perseguem a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, portanto o direito penal simbólico e o punitivismo mantém uma relação fraternal (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p.88).

4 DA LIBERDADE COMO DESENVOLVIMENTO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA A INTERNAÇÃO

A medida de internação socioeducativa, mesmo que abreviada em relação ao cumprimento de pena em regime penitenciário, restringe a liberdade do adolescente e já se mostrou perversa, aflitiva, violadora de direitos e ineficaz.

A reincidência dos que estavam internados é alta, 43,3% observado o universo dos adolescentes que cumpriam medida de internação em julho de 2010 e outubro de 2011 e de 54%, se analisados os processos de aplicação de medida socioeducativa (CNJ, 2012).

A pesquisa realizada no CNJ, apontou baixa escolaridade entre os adolescentes entrevistados, 8% eram analfabetos e a última série frequentada por 86% destes estava englobada no ensino fundamental, assim como apontou o alto índice de uso de entorpecentes admitido por 75% dos adolescentes internados entrevistados (2012).

Obviamente, investir na educação dos jovens e em políticas de redução do uso de drogas serão sempre políticas sociais necessárias e adequadas a enfrentar o problema, mas é também uma forma de retirar do âmbito jurídico e do Poder Judiciário qualquer espécie de participação na solução.

A ideia de liberdade como desenvolvimento destrinchada por Amartya Sen torna-se interessante, porque afasta o viés paternalista da legislação infanto juvenil originária da doutrina da situação irregular (que não foi totalmente afastada com o ECA) apontando para o desenvolvimento por meio de expansão das liberdades e não por meios coercitivos.

A internação é ainda uma das medidas socioeducativas mais utilizadas no Brasil, representando 64% das medidas aplicadas em 2013, no ECA esta medida deveria ser aplicada de forma excepcional, no entanto a estatística demonstra que é quase a regra e não a exceção (SINASE,2013).

A medida de internação não reeduca ou integra o adolescente autor de ato infracional, especialmente devido ao quadro de superlotação e o não atendimento dos preceitos contidos na legislação infanto juvenil pelas unidades espalhadas pelo país. Insistir em reeducar pela coerção e restrição de liberdade do adolescente tem sido uma política equivocada.

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade que são a pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância e interferência excessiva de Estados repressivos (SEN, 2000, p. 18).

A interferência excessiva do Estado sob o falso argumento da promoção do bem-estar do menor demonstrou ao longo do tempo que era o Estado que estava irregular, que este no lugar de atacar a pobreza, promover oportunidades econômicas e oferecer serviços públicos, exerceu a tirania, tachou os menores de abandonados e em situação irregular e privou-lhes da liberdade.

A interferência excessiva do Estado não funciona, promove danos sociais e é custosa. Para Amartya Sen, a condição de agente livre e sustentável emerge como um motor fundamental do desenvolvimento (2000, p.19).

O processo de integração do adolescente que comete ato infracional não é simples e é um dos maiores desafios da política pública e social do Brasil. Além de olhar o adolescente como ser humano em condição peculiar de desenvolvimento, é necessário afastar a ideia de que uma instituição irá reeducar e corrigir o mesmo, especialmente sem contar com sua participação ativa no processo. A ideia do empoderamento juvenil e do desenvolvimento como liberdade é que o adolescente participe deste processo reeducativo. A falência do processo meramente retributivo e punitivo demonstrou que a privação da liberdade não conduzirá a integração social.

O adolescente não deve ser paciente de medida socioeducativa e deve participar ativamente do processo de integração social, para que sua finalidade primordial seja atingida.

Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros, eles não precisam ser vistos como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento. O indivíduo pode ser agente, alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos (SEN, 2000,p.26).

O desenvolvimento que se pretende atingir é o de viver realmente bastante tempo, sem morrer jovem, e de levar uma vida boa enquanto esta dure, sem miséria e privações de liberdade(SEN, 2000,p.28).

No Brasil a juventude pobre e negra tem uma forte tendência de morrer jovem e de ser encarcerada, conforme demonstram as estatísticas do Anuário de Segurança Pública de 2015 e Levantamento do SINASE de 2013, não obstante o crescimento econômico brasileiro experimentado na última década.

A Justiça Restaurativa quando estimula que ofensor, vítima e comunidade dialoguem e construam uma solução consensual para aquele ato infracional, permitindo que ajam, falem sobre o que passou, busquem superar o ocorrido, entendam a dimensão do seu ato sobre o ponto de vista do outro (vítima e ofensor), tornam os adolescentes autores de atos infracionais, sujeitos ativos no processo de responsabilização, que dependem de seu consentimento livre e espontâneo para ser posto em funcionamento e exigem sua participação para a formalização do acordo restaurativo.

Amartya Sen adverte que o autointeresse é uma motivação extremamente importante, a solução de problemas sociais e econômicos pode estar na expansão das liberdades de

pessoas cujos interesses são mais diretamente afetados por estes problemas e é preciso acreditar no potencial de pessoas com diferentes culturas em compartilhar valores e concordar em comprometimentos comuns (2000, p.260 e 279 e 297).

A Justiça Restaurativa foca na responsabilização do sujeito autor de ato infracional e não no dogma de retribuição e punição da justiça penal.

Quando se põe o fardo de cuidar do interesse de uma pessoa sobre os ombros de outra, essa transferência de responsabilidade pode acarretar a perda de vários aspectos importantes como motivação, envolvimento e autoconhecimento que a própria pessoa pode estar em posição única de possuir, substituir a responsabilidade individual por responsabilidade social só pode ser em graus variados contraproducente, não há substituto para a responsabilidade individual (SEN,2000, p.320-321).

A medida socioeducativa de internação é contraproducente por não incutir a ideia de responsabilidade. O adolescente é paciente da medida e cabe aos reeducadores e ao Estado transformá-lo a fim de que não volte a delinquir. Sem estimular a motivação, o envolvimento e o autoconhecimento no adolescente, a medida tem sido ineficaz e sequer o sofrimento que gera tem servido de meio coercitivo a desestimular a delinquência.

A alternativa que a Justiça Restaurativa propõe é também uma democratização do Judiciário, é o momento de chamar a sociedade não para condenar ou absolver no Tribunal do Júri na sala secreta com voto sigiloso, mas sim para buscar um consenso aberto, dialogando e compartilhando experiências.

O aumento de liberdades políticas e civis é decisivo para o próprio processo de desenvolvimento, a liberdade de agir como cidadão que tem sua importância reconhecida e suas opiniões devem ser levadas em conta, em vez de viver como vassalo bem alimentado, vestido e entretido (SEN,2000, p.326).

Segundo a Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Onu, processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima, ofensor e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária e círculos decisórios.

5 CONCLUSÃO

Não obstante o senso comum de que seguimos avançando democraticamente, a história da legislação penal infanto juvenil no Brasil demonstra que houve avanços e recuos, que ora crianças e adolescentes eram vistos como vítimas e ora como inimigos, e às vezes eram vistos como vítimas e inimigos simultaneamente.

A lei nº 8.069/90 vedou qualquer possibilidade de encarcerar adolescentes com adultos e os projetos que tramitam no Congresso, intentam permitir esta possibilidade como modo de combater a delinquência juvenil, não obstante a cláusula pétrea erigida no art.228 da Constituição Cidadã.

Demonstrou-se a falácia destes projetos com a apresentação do deficit de vagas nas penitenciárias e estabelecimentos de internação socioeducativa, assim como foi revelado que têm perfil semelhante as vítimas da epidemia de homicídios violentos e as do encarceramento seletivo.

Se o número de homicídios violentos no Brasil supera a de países em guerra, talvez seja necessário reconhecer a necessidade de implantação de uma cultura de paz e reconciliação nacional. A leitura do economista Amartya Sen forneceu substrato ideológico para este artigo ao demonstrar a necessidade de envolver as pessoas mais afetadas pelas questões sociais nas soluções destes problemas.

A Justiça Restaurativa aplica conceitos como motivação, participação social, empoderamento, envolvimento e autoconhecimento, em um formato simples que tem potencial para transformar as pessoas e especialmente os adolescentes, autores de ato infracional.

Os projetos de emenda constitucional em trâmite são nefastos, não são apenas simbólicos e podem promover a contaminação penitenciária de adolescentes de 16 anos. Se passar tendem a ser discutidos no STF e devem ser combatidos diuturnamente com a ampliação de processos restaurativos, que democratizem a justiça e fomentem a participação de todos na mudança do quadro social.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2015/16 O Estado dos Direitos Humanos no Mundo**. Disponível na Internet: <https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/informe-anual-20152016-o-estado-dos-direitos-humanos-mundo/>.Acesso em 25 mai. 2016.

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal.**Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Em 1927 o Brasil ganhou o 1º Código de Menores**. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/07/em-1927-o-brasil-ganhou-o-primeiro-codigo-de-menores>. Acesso em 25 mai. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Desde 1808, jovens têm responsabilidade penal no Brasil**. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/04/desde-1808-jovens-tem-responsabilidade-penal-no-brasil>.Acesso em 25 mai. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). **Levantamento Anual Sinase 2013**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>. Acesso em 29 mai. 2016.

Anuário Brasileiro da Segurança Pública 2015. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/9o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>. Acesso em 29 mai. 2016.

CNJ. Conselho Nacional da Justiça. **Novo Diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** Brasília, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>.

CNJ. Conselho Nacional da Justiça. **Panorama Nacional da Execução das Medidas Socioeducativas de Internação.** Brasília, 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>.

EXTRA. **Unidades para menores infratores estão com dobro de sua capacidade máxima no Rio.** Disponível em:<http://extra.globo.com/casos-de-policia/unidades-para-menores-infratores-estao-com-dobro-de-sua-capacidade-maxima-no-rio-rv1-1-19348382.html> Acesso em 1 jun. 2016.

GÜNTHER, Jakobs, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo:** noções e críticas**.** 4. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARTINS, Rodrigo. **Modelos esgotados** – A esquerda precisa mudar a forma de exercer o poder, prega a deputada Luiza Erundina. Carta Capital, 18 maio 2016, p.36-39.

MENDEZ, Emilio Garcia. **Adolescentes e Responsabilidade Penal**: Um Debate Latino Americano. Buenos Aires, 2000. Por uma Reflexão sobre o Arbítrio e o Garantismo na Jurisdição Sócio-Educativa. Disponível em <http://www.abmp.org.br/publicacoes/PortalABMPPublicacao88.doc>.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Convenção sobre os direitos das crianças**. Adotada e proclamada pela resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Nova Iorque, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf >. Acesso em: 29 mai. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores.** Adotada e proclamada pela resolução 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 29 de novembro de 1985. Nova Iorque, 1985. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseRegrasdeBeijing.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade.** Adotada e proclamada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Nova Iorque, 1990. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/documentos_internacionais/id104.htm>. Acesso em: 1 jun. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Princípios orientadores das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil.** Adotada e proclamada pela resolução 45/112 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Nova Iorque, 1990. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincpiosdeRiade.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

PAGNAN, Rogério. **Sem estrutura, gestão Alckmin nega vaga e manda jovem infrator para casa**. Disponível em:<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1774777-sem-estrutura-gestao-alckmin-nega-vaga-e-manda-jovem-infrator-para-casa.shtml> Acesso em 26 mai. 2016.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei** – da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2012.