

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ**  
**CURSO DE DIREITO**

**MELLANIE TRIGUEIRO MALINCONICO**

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:** Um contraponto com o sistema  
prisional brasileiro

**Recife**

**2012**

**MELLANIE TRIGUEIRO MALINCONICO**

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:** Um contraponto com o sistema prisional brasileiro.

Monografia apresentada a Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito

**Área de Concentração:** Ciências Jurídicas

**Orientador:** Prof. Dr. Leonardo Siqueira

**Recife**

**2012**

**Malinconico, M. T.**

**A redução da maioria penal: um contraponto com o sistema prisional brasileiro. / Mellanie Trigueiro Malinconico. O Autor, 2012.**

**44 folhas.**

**Orientador: Profº Drº Leonardo Siqueira  
Monografia ( graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito 2. Redução da Maioridade Penal 3. Sistema Prisional Brasileiro 4. Prevenção**

**340 CDU (2ªed.)  
340 CDD (22ª ed.)**

**Faculdade Damas  
TCC 2012-132**

**Mellanie Trigueiro Malinconico**

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:** Um contraponto com o sistema prisional brasileiro.

**DEFESA PÚBLICA em Recife,** \_\_\_\_\_ **de** \_\_\_\_\_ **de 2012**

**BANCA EXAMINADORA**

**PRESIDENTE:** Orientador Prof. Dr. Leonardo Siqueira

\_\_\_\_\_

**1º EXAMINADOR:** Prof. Dr.

\_\_\_\_\_

**2º EXAMINADOR:** Prof. Dr.

\_\_\_\_\_

**Recife**

**2012**

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus familiares, pela dedicação e incentivo durante toda uma vida, aos meus amigos mais próximos por todos os momentos compartilhados, ao meu namorado pelo apoio incondicional durante estes 5 anos de curso, ao meu orientador por todo o aprendizado adquirido.

**Recife**

**2012**

“É no problema da educação que assenta o grande segredo do aperfeiçoamento da humanidade”. (Immanuel Kant)

## RESUMO

O objetivo deste instrumento acadêmico de conclusão de curso é contribuir de uma forma positiva diante das diversas discussões em relação às propostas de Emenda a Constituição Federal existente a respeito da redução da maioridade penal de dezoito anos completos para dezesseis anos completos, tendo em vista a grave crise em que se encontra o sistema prisional brasileiro atual. Abordando em seu primeiro capítulo a questão da maioridade penal sob a ótica do ECA, CP e CF/88, bem como as considerações dogmáticas a respeito da imputabilidade, abordando em seu segundo capítulo a questão das Teorias da Pena, dando uma ênfase maior a Prevenção especial positiva, que trata de forma clara a questão da ressocialização do delinquente, prevista na Lei de Execuções Penais (LEP), e a partir daí, em seu terceiro capítulo, tratar da questão da redução da maioridade penal, em decorrência do sistema prisional atual, fazendo uma crítica a questão da Prevenção especial positiva, trazendo o tratamento da questão das condições do sistema prisional brasileiro atual e os efeitos da aplicação da pena privativa de liberdade para os menores em detrimento do estado alarmante em que se encontram as Penitenciárias Brasileiras. Utilizando como metodologia de estudo a pesquisa doutrinária, com artigos e revistas especializadas, bem como monografias existentes acerca do tema.

**Palavras-chave:** Redução da maioridade penal; Sistema prisional Brasileiro; Prevenção especial positiva.

## **ABSTRACT**

The purpose of this instrument academic completion of course is to contribute in a positive way on the various discussions in relation to the proposed amendment to the Federal Constitution exists regarding the reduction of legal age of eighteen years of age to sixteen years of age, in view of the severe crisis in which we find the current Brazilian prison system. Addressing his first chapter on the issue of legal age from the perspective of the ECA, and CP CF/88 and the dogmatic considerations regarding liability, in his second chapter addressing the issue of Theories Pena, giving greater emphasis to prevention particularly positive that this is clearly the issue of rehabilitation of the offender, as provided in the penal Execution Law (LEP), and from there, in his third chapter, dealing with the issue of reducing the age of criminal responsibility, as a result of the current prison system, making a critical issue of the special Prevention positive, bringing the issue of treatment of conditions of the Brazilian prison system and the current purposes of custodial penalty for minors over the alarming state are the Brazilian Penitentiary. Using such methodology to study doctrinal research, articles and magazines, as well as existing monographs on the subject.

**Keywords:** Reduction of legal age; Brazilian prison system; Prevention particularly positive.

## **LISTA DE SIGLAS**

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

LEP – Lei de Execuções Penais

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda a Constituição

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>CAPÍTULO 1 MAIORIDADE PENAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>	
1.1 A Questão da maioridade penal sob a ótica do ECA.....	12
1.2 Considerações dogmáticas sobre a imputabilidade.....	17
<b>CAPÍTULO 2 TEORIAS DA PENA</b>	
2.1 Teoria absoluta ou retributiva.....	23
2.2 Teoria relativa ou preventiva.....	24
2.2.1 Prevenção especial positiva e negativa.....	26
2.3 Teoria eclética ou unificada.....	28
<b>CAPÍTULO 3 O SISTEMA PRISIONAL E A REDUÇÃO DA MAIORIDADE: CRÍTICA À PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA</b>	
3.1. Sistema prisional brasileiro atual.....	30
3.2. Efeitos da aplicação da pena privativa de liberdade para o menor.....	35
<b>CONCLUSÃO</b> .....	39
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	41

## INTRODUÇÃO

Em 1984 a reforma do Código Penal de 1940 trouxe a mudança de nomenclatura da até então “responsabilidade penal”, que passou a se chamar imputabilidade penal, passando a serem consideradas imputáveis àquelas pessoas que possuem a capacidade de praticar determinado ato, considerado como crime, e em detrimento disso possuem discernimento suficiente para entender a gravidade do ato que esta sendo praticado.

No Brasil são considerados plenamente capazes para a completa compreensão de seus atos os maiores de 18 (dezoito) anos, cabendo aos menores de 18 (dezoito) anos completos o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo consideradas crianças as pessoas de até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescentes aqueles entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade incompletos, respeitando a sua condição peculiar por se tratar de pessoa que se encontra em estado de desenvolvimento e a proteção integral.

O art. 228 da Constituição Federal (CF/88) declara expressamente que serão inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sendo estes sujeitos a norma especial, que neste caso será o Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo o presente texto ser encontrado também descrito no art. 27 do Código Penal, bem como o art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há uma grande discussão a respeito das propostas de emenda a constituição que prevê a diminuição da maioria penal de 18 (dezoito) anos completos para até 16 (dezesseis) anos, gerando uma grande polêmica diante da sociedade, que se encontra inconformada ao se deparar cada vez mais com menores envolvidos em grandes crimes e do outro lado com o mundo jurídico penal que se encontra entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade da diminuição da maioria, levando em consideração a existência hoje do Estatuto da Criança e do Adolescente que traz como ponto principal e primordial a proteção integral e a condição da criança e do adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, gerando discursos acirrados, sejam eles contrários ou favoráveis.

Diante das considerações acima expostas, o presente trabalho acadêmico busca trazer o conhecimento necessário acerca das consequências que poderiam gerar a diminuição da maioria penal, tendo em vista que atualmente o sistema prisional brasileiro passa por uma crise interminável, com a falta de estrutura nos presídios para atender as necessidades básicas de tantos presos, sendo estes direitos assegurados pela Lei de Execuções Penais, bem como pela superlotação que hoje existe na maior parte dos presídios brasileiros.

Com isso, o primeiro ponto a ser abordado no presente trabalho, é a questão da maioria penal repercutida no Código Penal Brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Constituição Federal, trazendo o tratamento das questões inerentes a evolução da maioria ao longo dos anos, bem como a inconstitucionalidade da diminuição, tendo em vista a combinação entre o art. 228 e 60, §4, IV da CF/88 que trata da impossibilidade de haver qualquer deliberação acerca de propostas de emenda a constituição quando se falar em questões tendentes a abolir os direitos e garantias individuais inerentes ao ser humano, o que se encaixa perfeitamente no art. 228 da CF/88 que se enquadra nas questões de direitos fundamentais.

Ainda em uma primeira abordagem, trataremos das questões dogmáticas acerca da imputabilidade penal, trazendo as questões inerentes a pena e os fatores para sua configuração, quais sejam a culpabilidade, tipicidade e antijuridicidade, aprofundando a questão da imputabilidade como capacidade de ser culpável, capacidade de adquirir culpabilidade por determinado ato praticado em confronto com a lei, além dos diversos meios para ser considerado imputável e as formas de exclusão da imputabilidade.

No ponto seguinte será abordado a questão das Teorias das Penas, tratando da Teoria Retributiva ou Absoluta, como forma única e exclusiva de realizar a justiça por parte do Estado, de retribuir através de um castigo o injusto mal praticado pelo agente, sendo a pena apenas uma consequência jurídica diante do delito praticado, a Teoria Preventiva, como uma forma não mais de castigar o indivíduo pelo delito praticado, mas como um meio de estímulo contra a reincidência e ao mesmo tempo a favor da reintegração ou reinserção do indivíduo na sociedade, vendo esta teoria através de dois grandes grupos, quais sejam a prevenção geral e a prevenção especial. Tendo a Prevenção especial o objetivo principal de dissuadir o indivíduo, estimulando-o para que o mesmo não volte a delinquir, combatendo assim a questão da reincidência, através da ressocialização do agente e sua reinserção na sociedade. Por outro lado a Prevenção geral objetiva não inibir a reincidência, mas abarcar o momento anterior, trabalhando para impedir a prática de delitos, mas não novos delitos, e sim impedir a prática do primeiro delito. Em contrapartida trata da Teoria Eclética ou Mista, que trata da complementação entre as duas teorias anteriormente tratadas, com o intuito de solucionar os problemas que as teorias anteriores não foram capazes de abarcar.

A partir do estudo de cada Teoria da Pena será dada uma ênfase maior a questão da prevenção especial positiva, que trata da questão da ressocialização do agente, e da proposta de incidir na personalidade do agente para que o mesmo não volte a cometer delitos após o cumprimento da sua pena, evitando assim o instituto da reincidência no mesmo crime e o

cometimento de crimes mais graves, buscando primordialmente a reinserção do indivíduo na sociedade de determinada forma que o mesmo não sinta necessidade de cometer novos delitos, é o que está descrito no art. 10 da Lei de Execuções Penais.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordada a questão da Maioridade Penal em contraposição com a falência do sistema prisional brasileiro atual, trazendo um estudo geral acerca do sistema prisional brasileiro atual e seus inúmeros problemas e fazendo uma crítica severa a questão da prevenção especial positiva que trata da ressocialização do agente buscando impedir a reincidência, demonstrando os efeitos negativos gerados pela provável privação de liberdade com relação ao menor.

A finalidade maior deste trabalho acadêmico é através dos diversos pontos a serem abordados, demonstrar que o Brasil não está pronto para acolher ainda mais presos em suas penitenciárias, tendo em vista a desorganização que já se instala atualmente. E acima de tudo que é necessário proteger o menor, assegurar a real proteção integral do menor, respeitando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a exemplo do que se tem feito a partir do surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente na Lei 8069/1990, tendo em vista que a maior parte daqueles que cometem atos criminosos e vão para a cadeia, saem de lá ainda piores, e voltam na maior parte das vezes a delinquir, havendo assim um alto índice de reincidência no mesmo crime ou ainda o cometimento de crimes mais graves, buscando assim outra forma de punição, através de medidas socioeducativas e internação, com o objetivo de ressocializar e reinserir o menor na sociedade, fazendo um tratamento junto com a família, para que o mesmo não volte a reincidir no crime, determinando que a punição do menor através da pena privativa de liberdade poderá acarretar em consequências bastante negativas com relação ao respeito aos direitos do indivíduo.

Deixando claro que antes de haver qualquer pensamento a respeito da redução da maioridade penal seria necessária a implementação de políticas públicas que fossem capazes de garantir aos menores os direitos já determinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como levar em consideração o cenário do sistema prisional atual, não podendo adotar quaisquer providências sem previamente analisar se a estrutura carcerária brasileira é capaz de suportar aquilo a que se propõe.

Para a elaboração desta monografia será utilizado o método hipotético-dedutivo, ou seja, se utilizando de observações gerais como momento imprescindível e necessário para o exame dos aspectos específicos, se utilizando de legislações antigas e atuais, bem como diversos doutrinadores, monografias, bem como artigos inerentes a Revistas Criminais especializadas.

## **CAPÍTULO 1 MAIORIDADE PENAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **1.1 A questão da maioridade penal sob a ótica do ECA**

O Código Penal de 1940 em seu art. 27 presume que a inimputabilidade do menor será de 18 (dezoito) anos incompletos, como já foi tratado anteriormente, da mesma forma trata a Constituição Federal de 1988, que no seu art. 228 afirma que: “Art. 228 da CF/88: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos as normas da legislação especial”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente disposto na Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 em seu art. 104 afirma que são penalmente inimputáveis aqueles que forem menores de 18 (dezoito) anos, sendo sujeitos às previsões desta norma, quais sejam, as medidas socioeducativas, levando em consideração que para os efeitos desta lei, deverá ser considerada a idade da criança ou do adolescente na data do cometimento do ato. O art. 2º da referida lei determina que seja considerada criança a pessoa que tiver até doze anos incompletos, e adolescentes aqueles que tiverem entre doze anos completos e dezoito anos incompletos.

Quanto cometido pela criança ou adolescente, segundo a Lei nº 8069/90, o ato não será considerado crime, mas sim ato infracional, sendo aplicadas aos adolescentes medidas socioeducativas, quais sejam a advertência, a obrigação de reparar o dano causado, a prestação de serviços a comunidade, na maior parte das vezes atrelado ao mal praticado, por exemplo, em caso de ato infracional cometido contra determinada escola estadual, o adolescente passa a exercer algum tipo de função, de forma não remunerada, dentro da própria escola estadual, bem como a liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e finalmente a internação em estabelecimento educacional, sendo esta a ultima escolha, tendo em vista que gera a privação de liberdade do menor, sendo esta realizada apenas em casos excepcionais onde não couber nenhuma outra medida menos grave.

Além do tratamento atual das legislações brasileiras acerca da idade levada em consideração para efeitos de imputabilidade por crime cometido, faz-se necessário determinar ao longo dos anos, de que forma foi tratada a questão da idade núbil para a concepção da imputabilidade, até os dias de hoje, é o que trata Cláudio Brandão (2003, pág. 166-167):

Sobre a menoridade é interessante e diversificada a história do Direito e o Direito Comparado. A *constitutio criminalis Carolina* estabelecida no seu art. 164 que os ladrões, com menos de quatorze anos, não deveriam ser condenados a morte. O direito penal italiano, da Idade Média, estabelecia que eram penalmente inimputáveis os menores de sete anos, chamados de infantes; os menores entre sete e quatorze anos, chamados de impúberes, seriam submetidos a uma junta de especialistas, os quais decidiram sobre a sua capacidade segundo o critério *infantae proximi*, que era impunível, ou *pubertati proximi*, que tinha uma punição atenuada; a partir de quatorze anos o sujeito já era plenamente imputável, sendo tratado como adulto. O Código Penal Português de 1886 estabelecia norma semelhante: haveria inimputabilidade até dez anos de idade; dos dez ao quatorze anos, a imputabilidade era condicionada ao discernimento; a partir dos quatorze anos até a idade adulta, o sujeito era considerado imputável, mas tinha sua responsabilidade atenuada. Na Argentina (...) a lei Lei nº 21.338 estabeleceu que a imputabilidade dar-se-ia com quatorze anos, qualquer que fosse o sexo do autor. O vigente Código Penal português, de 1982, estabeleceu no seu art. 19 que a imputabilidade da-se com dezesseis anos, e o Código Penal espanhol, de 1995, estabeleceu que a imputabilidade dar-se-ia com dezoito anos.

Na Convenção de Genebra de 1924, começam as discussões acerca do tratamento da criança e do adolescente, porém foi com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) que os menores passaram a ter um tratamento especial. Em 1959 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que é fruto de mais de dez anos de trabalhos da Assembleia Geral das Nações Unidas e que no passar dos anos vai sendo aprimorada.

Segundo o site Wikipédia: No Continente Americano, o tratado celebrado em 1969, conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica” estabelece, em seu artigo 19 que “Toda a criança tem direito as medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é adotada a partir da Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, assegurando a todas as crianças e adolescentes, direitos e garantias fundamentais.

A partir de 1985, no bojo da Convenção Constituinte, o movimento de luta pelos direitos da infância reuniu 250 mil assinaturas e articulou-se em torno de duas Emendas a Constituição. Seu resultado é a introdução dos princípios básicos de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988. (BATISTA, 2009, pag. 93-94)

Dentre os princípios consagrados pela Convenção estão a participação popular na defesa dos direitos da criança e do adolescente, a proteção integral, o respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, igualdade de crianças e adolescentes, bem como a prioridade absoluta.

No pacto internacional sobre direitos civis e políticos (PIDCP), os arts. 23 e 24 cuidam da questão da família e da criança, apontando a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado no estabelecimento de medidas que garantam a condição da criança. O pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (Pidesc), particularmente o art 10, também se remete ao tema, protegendo a família, as mães e todas as crianças e adolescentes contra qualquer exploração econômica e social. (BATISTA, 2009, pag. 100)

É evidentemente clara a enorme relevância que se é dada a criança e o adolescente, tendo em vista o estabelecido no art. 27 do CP que trata da questão da incapacidade de culpabilidade por parte do menor de 18 (dezoito) anos completos:

Com relação à menoridade, o Direito brasileiro adotou a teoria biológica: a inimputabilidade fica na estrita dependência da verificação da idade do agente, que deverá ser menor de dezoito anos. (BRANDÃO, 2003, pag. 166)

O menor acaba por possuir uma presunção legal de inimputabilidade em detrimento do disposto no art. 228 da CF/88 que adotou como base para a aferição da imputabilidade um critério puramente biológico, levando em consideração apenas a idade do adolescente, independente de critérios psicológicos, ou seja, da determinação da capacidade do indivíduo para entender o ato que está sendo praticado e definido como crime.

Vagner Rangel Moreira (2011) trata em seu artigo das Emendas a Constituição Federal que já foram propostas ao longo dos anos, com o interesse pela diminuição da maioridade penal, em alguns casos com a mudança total e em outros com a mudança parcial do descrito na norma. São essas emendas:

- PEC 18/99: Pôr Romero Jucá – Que determina a diminuição da imputabilidade para dezesseis anos completos, porém, somente nos crimes contra a vida e contra o patrimônio, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. O que tornaria a mudança da norma relativa, tendo em vista que diante da não existência dos casos anteriormente previstos, a norma continuaria a vigorar com os dezoito anos.
- PEC 20/99: Pôr José Roberto Arruda – Que determina que a idade considerada para termos de imputabilidade passaria a ser dezesseis anos completos para qualquer crime praticado seja

ele de pequena ou grande relevância, porém, levando em consideração entre dezesseis e dezoito anos a questão do estado do agente e a aferição da sua capacidade para compreender o caráter ilícito do fato, o que acabaria gerando um grande desconforto e posteriores problemas na Execução do processo, tendo em vista a relativização dessa questão Psicológica do indivíduo, que poderia variar de pessoa para pessoa e não ser algo tão preciso quanto a gravidade do ato requer.

- PEC 03/01: Pôr José Roberto Arruda – Trazendo o mesmo posicionamento da PEC 20/99 modificando apenas a questão da reincidência, que a partir dali se faria necessária para determinar a diminuição, só devendo haver a diminuição, além de todos os fatores já discriminados, a questão da reincidência do indivíduo no crime praticado.

- PEC 26/02: Pôr Marco Maciel – Com a redução da imputabilidade penal de dezoito anos completos, para dezesseis anos completos, quando com relação a crimes hediondos ou contra a vida, mas que também seja levado em consideração à questão da capacidade do agente para entender o caráter ilícito do ato praticado.

- PEC 90/03: Pôr Magno Malta – Leva em consideração da idade de treze a dezoito anos, mas apenas em caso de prática de crimes hediondos.

- PEC 9/04: Pôr Papaléo Paes – Faz-se necessário constatar a capacidade do agente para entender o ilícito do fato, sendo diferente de todas as PEC'S anteriormente propostas onde havia um limite de idade para a imputabilidade. Aqui não existe uma idade pré-fixada, levando em consideração apenas a capacidade do agente, o que leva a aferição por um critério puramente psicológico, ao contrário do determinado no art. 228 da CF/88 que trata de um caráter puramente biológico.

O art. 227 da CF/88 determina que os direitos das Crianças e dos Adolescentes deverão ser assegurados levando-se em consideração a absoluta prioridade existente, obrigando o Estado, bem como a família e a sociedade a trazer essa garantia.

Art. 227 da CF/88: É dever da família, da sociedade, e de do Estado assegurar a criança e o adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 5º da CF/88 trata dos direitos e garantias individuais, porém, segundo o que preceitua o §2 deste mesmo artigo, os direitos expressos neste artigo não excluem a existência de outros, ou até os inerentes a tratados internacionais em que o Brasil faça parte (MAIA, 2011).

Acerca do parágrafo anterior há uma questão de grande relevância a ser tratada com relação ao art. 228 da CF/88 que é considerado Cláusula Pétrea, tendo em vista que se encontra vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser direito fundamental assegurado na Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança de 1989, do qual o Brasil faz parte. O que de acordo com o que preceitua o art. 60§4, IV da CF/88 torna inconstitucional a aceitação de quaisquer das propostas a emenda constitucional anteriormente descritas, tendo em vista que não permite a emenda a constituição com relação a propostas que tenham como interesse abolir algum direito ou garantia individual, direito este que se encontra assegurado a criança e o adolescente.

Art. 60 da CF/88: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4 Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – Os direitos e Garantias Individuais”.

Preceitua ainda Daniel Maia (2011) que:

O artigo 228, por estabelecer um direito individual fundamental, já que é relacionado à liberdade, notadamente à liberdade do adolescente (ser ainda em formação) em face do Estado, não pode ser alterado por emenda constitucional que vise a restringir esse direito, visto que este faz parte do regime especial dos direitos fundamentais, incidindo a limitação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988. O Aludido artigo constitucional busca garantir a não imputação criminal, e o conseqüente cerceamento da liberdade da pessoa menor de 18 (dezoito) anos, que deverá receber uma proteção especial por parte do Estado, uma vez que o Poder Constituinte Originário, entendeu que o adolescente menor de 18 (dezoitos) anos ainda é um ser em desenvolvimento físico, mental, espiritual, emocional e social.

Após o estudo das questões inerentes a maioridade penal sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a exposição do tratamento do menor não só a luz do ECA, mas também da Constituição Federal e Direito Penal, passamos a expor no conteúdo seguinte as considerações dogmáticas acerca da imputabilidade penal, fazendo uma ligação entre a questão da imputabilidade penal e a maioridade penal como um dos requisitos para a configuração da imputabilidade.

## 1.2 Considerações dogmáticas sobre a imputabilidade

Antes de iniciar os comentários a respeito da imputabilidade penal, faz-se necessário o estudo das condições necessárias para a configuração do crime, como violação ou exposição a perigo do bem jurídico, sendo este o ponto inicial deste estudo.

O primeiro elemento geral do crime é derivado do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, isto é, do Princípio da Legalidade. Se é necessário que uma conduta criminosa esteja prevista em lei, é também necessário que a ação humana esteja perfeitamente adequada ao modelo descritivo na lei. Essa adequação é chamada de tipicidade. (BRANDÃO, 2003, pag. 10)

Desta forma, só se poderá falar em crime se a conduta cometida pelo agente tiver seu tipo previsto no ordenamento jurídico, porém a simples existência do tipo penal para configuração de determinados delitos não significa automaticamente que tudo aquilo que for tipificado será constituído como crime, assim, é necessária a utilização não só deste pressuposto, mas também de outros que afirmem a existência de um crime.

O segundo elemento geral do crime é a antijuridicidade, configurada a partir do momento em que se entende que toda a conduta prevista no ordenamento jurídico é considerada reprovável, desta forma, é contrária ao direito, sendo assim por excelência uma conduta “antijurídica”.

A antijuridicidade consiste numa relação entre ação e ordenamento jurídico, que expressa a desconformidade da primeira com o segundo, isto é, a realização da vontade não corresponde objetivamente aos mandamentos da ordem jurídica. (BITENCOURT, 2003, pag. 297)

Ainda para Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 217), a antijuridicidade será considerada aquela contradição existente entre uma ação praticada por uma pessoa e o ordenamento jurídico.

Só se considerando típica, mas não antijurídica, a partir do momento em que se encontra elencada nas causas de exclusão da antijuridicidade previstas no art. 23 do CP, quais

sejam: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Além das condições de tipicidade e antijuridicidade, que são considerados valores atribuídos à própria ação, há ainda a culpabilidade que agrega juízo sobre o autor do fato e não mais sobre a ação praticada. A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, que é atribuído a determinada pessoa pelo cometimento de um ato considerado típico, sendo assim previsto em Lei, bem como antijurídico, não elencado nas causas de exclusão anteriormente expostas, onde ao ter liberdade para se comportar conforme o ordenamento jurídico optou por se comportar contrariamente ao descrito.

A culpabilidade, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a reprovação pessoal contra o agente do fato fundamenta-se na não-omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitida. (BITENCOURT, 2003, pag. 298)

A partir do estudo da questão do crime é possível adentrar na questão da imputabilidade penal, que é considerada justamente a capacidade que a pessoa possui de ser considerado culpável, ou seja, de culpabilidade, a capacidade que o indivíduo possui de ser reprovado diante do ordenamento jurídico pelo ato praticado, e, ao não se configurar a capacidade do indivíduo, automaticamente se torna inexistente a culpabilidade.

Segundo Cláudio Brandão (2003), o sujeito considerado imputável é aquele que possui capacidade plena para alcançar a representação da sua conduta, bem como ter liberdade suficiente de entendimento e vontade.

O Código Penal Brasileiro não traz explicitamente a conceituação da imputabilidade, mesmo tendo como título principal em seu título III a “imputabilidade”, mas o determina pela negativa prevista nos artigos 26 e seguintes do CP:

“Art. 26 do CP: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 do CP: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 do CP: Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Desta forma, tudo aquilo que não se encontrar descrito ao tratar da questão da inimputabilidade, será automaticamente considerado imputável.

Segundo Aníbal Bruno (BRANDÃO, 2003, pag. 163-164) há três sistemas capazes de determinar a imputabilidade do indivíduo: o sistema biológico ou psiquiátrico, o sistema psicológico e por fim o sistema biopsicológico, também considerado misto.

O critério Biológico determina que serão consideradas inimputáveis todas aquelas pessoas que possuem transtornos mentais ou patologias, desenvolvimento mental deficiente ou transtornos mentais que sejam transitórios, e para que se configure a inexistência de capacidade para a culpabilidade é necessário que se comprove o estado patológico do agente, estado esse que poderá ser comprovado através de um parecer ou laudo médico.

O critério Psicológico por sua vez se caracteriza pelo estado psicológico do agente no momento da prática do ato criminoso, não podendo ser considerado imputável aquele que ao momento da ação não possuía capacidade para entender o caráter ilícito atribuído ao ato.

Por fim, o critério Biopsicológico ou misto é a complementação dos dois critérios anteriores, trazendo ao mesmo tempo um fator biológico e um fator psicológico, o que acaba tornando o indivíduo inimputável, por não ser capaz de compreender o caráter ilícito do fato, e é o justamente o que se verifica no art. 26 do CP, que trata de um lado da questão da doença mental ou desenvolvimento incompleto e em consequência disso trata da questão da incapacidade para entender o caráter ilícito do fato, seja total ou parcialmente.

Na exposição de motivos do Min. FRANCISCO CAMPOS ao código penal de 1940, explica-se a opção pelo critério misto, pois o biológico prende-se ao aspecto da saúde mental, a verificação da existência de uma enfermidade mental, sendo necessário junta-se a este aspecto o de ordem psicológica, ou seja, se faltava a capacidade de no momento avaliar a criminalidade do fato. (REALE JÚNIOR, 2004, p. 209)

Após o completo entendimento sobre os pressupostos para a existência do crime e as consequentes formas de imputação do agente com a capacidade para adquirir culpabilidade por um ato ilícito praticado, adentramos na ceara da inimputabilidade, como forma de atribuir a determinadas pessoas a incapacidade para se tornar culpável pela pratica de delitos.

O art. 26 do CP trata da questão da doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, determinado a inimputabilidade nestes casos e ainda a diminuição de pena nos casos em que no momento do fato se constata que em virtude de algum tipo de perturbação mental o indivíduo naquele momento não possuía condições de compreender por completo o caráter ilícito do ato praticado por ele, exemplos dessas doenças mentais são a oligofrenia, que produz lesões na inteligência, bem como a esquizofrenia, bipolaridade, dentre tantas outras.

Não se trata mais de doença mental, mas de perturbação mental, o que enquadraria as psicopatologias, em especial a falha de caráter do portador de personalidade psicopática, ou anormal, que apresenta grau considerável de inteligência, mas ausência de afetividade, de sentimentos, e logo de arrependimento (REALE JÚNIOR, 2004, pag. 211)

O art. 27 do CP, já anteriormente descrito, fala da inimputabilidade atribuída aos menores de 18 (dezoito) anos, que possuem legislação especial, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde serão tratados os direitos e deveres inerentes à criança e o adolescente, bem como as medidas socioeducativas a que será submetido se houver a pratica de qualquer ato infracional, demonstrando assim a incapacidade absoluta do menor para compreender o caráter ilícito do fato, bem como respeitando a sua proteção integral, tratando o menor como pessoa em situação peculiar de desenvolvimento.

Após o tratamento dos casos onde a imputabilidade não poderá ser considerada é importante que sejam tratados os casos do art. 28 do CP, que fala dos casos onde não haverá a exclusão da imputabilidade do agente, sendo estes os casos de emoção ou paixão, havendo apenas alguns casos em que poderá haver a atenuação da pena, como preceitua o art. 65, III, c e o art. 121 §1:

Art. 65 do CP: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III – Ter o agente; c) (...) sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;  
Art. 121 do CP: Matar alguém: Caso de diminuição de pena §1 – Se o agente comete o crime (...) sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Bem como os casos de embriaguez voluntária ou culposa, sendo esta por meio de uso de bebidas alcoólicas ou até mesmo substâncias de efeitos análogos, o que adota a teoria da *actio libere in causa*. Sendo isento de pena apenas nos casos em que por consequência de uma embriaguez completa, por motivos alheios a vontade do indivíduo, o mesmo comete um crime num instante de total incapacidade para entender o caráter ilícito do fato, ou tendo sua pena diminuída se constatado que o agente no momento do fato não possuía sua plena capacidade para entender o ilícito do fato.

Com o estudo das características para a comprovação da existência do crime e conseqüentemente o estudo aprofundado da questão da imputabilidade, adentrando a questão da maioridade como fator para a configuração da inimputabilidade da pessoa menor de 18 (dezoito) anos completos, passamos a estudar no segundo capítulo da presente Monografia as Teorias da Pena em geral, aprofundando a questão da Prevenção especial positiva, que trata da ressocialização do agente que praticou o crime, fazendo uma crítica a essa Prevenção que não possui qualquer aplicabilidade, o que acarretaria em grande prejuízo se houvesse a diminuição da imputabilidade de 18 (dezoito) anos completos para 16 (dezesesseis) anos completos.

## CAPÍTULO 2 TEORIAS DA PENA

Antes de adentrar a questão das Teorias da Pena faz-se necessário falar a respeito da Pena, que tem por base o princípio da legalidade, como forma de garantia de que qualquer que seja o indivíduo, só será punido em virtude de lei anterior que culmine.

A pena poderá ser conceituada segundo Cláudio Brandão (2008, p. 279-281), como a forma mais grave de sanção imposta por parte do Estado ao indivíduo, como repressão a pratica de determinado crime, e por ser a sanção mais grave, será esta utilizada em ultimo caso, devendo assim ser a sanção menos aplicada. Havendo a pena apenas para condutas que tornem a violar de alguma forma os bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico.

A pena pode ter várias origens etimológicas. Para alguns, a pena vem do latim poena, que significa sofrimento; de outro lado, há os que acham que a palavra pena provém do grego ponos, que significa dor; e ainda há os que identificam no sânscrito punya, que significa purificação (de um mal), a origem da palavra pena (BRANDÃO, 2008, p. 279).

Sendo a pena consequência de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, praticada por agente que possua capacidade para tal, e ao mesmo tempo uma forma de punir os crimes praticados, bem como a reincidência no cometimento destes crimes.

O fundamento jurídico da pena é a culpabilidade do autor. O dogma nulla poena sine culpa, expressamente declarado no art. 19 do CP, é uma das exigências elementares do sistema que não acolhe a responsabilidade meramente objetiva, isto é, decorrente da simples relação de causalidade física descrita no art. 13 do CP (DOTTI, 2004, p. 433).

A pena vem como uma maneira de responder aos anseios definidos pela sociedade, que cada dia mais clama por justiça diante dos grandes acontecimentos e as atrocidades que vem ocorrendo, de maneira cada vez mais grave, bem como com o intuito de punir o indivíduo que cometeu o crime demonstrando as graves consequências que lhes poderão ser atribuídas pela pratica do ilícito.

Poderá ainda a pena ser utilizada como forma de repreensão com relação a prática de um ato ou reiterados atos, através de uma espécie de castigo com relação ao crime praticado e, ao mesmo tempo destacar o poder estatal, reprovando todo aquele que não observar as normas contidas no ordenamento jurídico, bem como servir como prevenção, não só para inibir a prática de novos crimes por meio do indivíduo que já cometeu um crime anteriormente, bem como no sentido de alertar a sociedade para evitar que o primeiro crime seja praticado e advertir de alguma forma aqueles que pretendem cometer um crime.

O art. 59 do CP expressa justamente esta questão de reprovação e prevenção do crime existente na pena:

O juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Desta forma, quanto à aplicação das penas há três teorias que se encontram dispostas para explicar a função e/ou finalidade primordial da pena, sendo estas: A Teoria Absoluta ou Retributiva, Teoria Relativa ou Preventiva e por fim a Teoria Unificadora ou Eclética.

## **2.1 Teoria absoluta ou retributiva**

A teoria absoluta causou uma grande repercussão nas ideias do século XIX, como característica do Direito Penal Clássico (HIRECHE, 2004, p. 9). A pena neste contexto é tida como uma retribuição ao mal causado pelo crime, desta forma a partir do momento que o indivíduo comete um crime, ou seja, um mal, ele terá como consequência o cumprimento de uma pena, que será uma forma de retribuição pelo mal causado a vítima.

Segundo Cléber Masson (2011, p. 541-542), a pena aparece como retribuição do estado a um injusto mal provocado por parte do indivíduo, não havendo qualquer tipo de finalidade prática, tendo em vista que não se preocupa com o indivíduo, como é o caso da teoria preventiva, mas apenas com a questão da vingança do estado contra o criminoso, com a

única finalidade de castigar o criminoso pelo mal causado, trazendo desta forma o reestabelecimento da ordem social.

A ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional a magnitude do injusto e da culpabilidade (PRADO, p. 147).

Ainda segundo Luiz Regis Prado, a teoria absoluta da pena tem suas origens no idealismo alemão, sobretudo com as teorias de retribuição ética ou moral de Kant, e a teoria da retribuição lógico-jurídica de Hegel.

A teoria da retribuição ética ou moral de Kant, afirma que a aplicação da pena vem de uma necessidade ética e moral, com uma exigência da aplicação da justiça. Defende um imperativo categórico onde independente da quantidade de pessoas que existam ao cometer crimes deverão ser punidos. Levando em consideração os preceitos da Lei de Talião (HIRECHE, 2004, p. 15), onde há uma grande contraposição entre o crime cometido e a pena a ser cumprida, trazendo uma ligação justamente com a questão da retribuição, onde o indivíduo irá sofrer uma pena compatível com a gravidade do crime praticado, é a melhor interpretação do “olho por olho, dente por dente”.

A teoria da retribuição lógico-jurídica de Hegel segue um método dialético, afirmando que a pena vem justamente como uma negação ao cometimento do delito, é uma retribuição a conduta ilícita praticada, definindo o crime como a negação do direito, algo contrário ao descrito no ordenamento jurídico, e a pena como negação da negação, sendo assim um castigo ou repressão a um ilícito praticado com relação à norma e, portanto, como uma reafirmação do direito, seguindo também da ótica da Lei de Talião.

A teoria de Hegel e de Kant tem em comum justamente essa relação de igualdade que existe entre o cometimento de um crime e a sua passível retribuição.

## **2.2 Teoria relativa ou preventiva**

Há na Teoria Relativa um entendimento utilitarista por parte do ordenamento jurídico, onde o indivíduo ao mesmo tempo em que sofre a sanção penal pelo ato ilícito praticado serve de exemplo para que o restante da sociedade se conscientize quanto as consequências da pratica de um crime e a partir dai deixem de praticá-lo, encontrando como fundamento da pena a necessidade de evitar o cometimento de novos delitos por parte do indivíduo, por isso a questão da prevenção, com o sentido de prevenir novos ilícitos.

A Teoria Preventiva da pena poderá ser dividida em duas vertentes que serão aqui abordadas:

- a) Teoria Preventiva Geral;
- b) Teoria Preventiva Especial;

A prevenção geral poderá ser identificada a partir da questão da intimidação, onde a pena de determinado indivíduo servirá como exemplo para o restante da sociedade, intimidando-os e, desta forma, evitando o cometimento de novos delitos por parte dos que já cometeram e principalmente afastado dos possíveis futuros delinquentes o animus da pratica delitiva. Onde o indivíduo, através do exemplo negativo repassado pelo outro, deixará de praticar atos ilícitos em razão do temor ou a intimidação em sofrer a aplicação de determinada sanção penal.

Von Feuerbach, que define a questão da prevenção geral, através da Teoria da Coação Psicológica, acredita que a pena previne a pratica de novos delitos porque intimida ou coage psicologicamente os indivíduos, fazendo com que estes não queiram mais praticá-los (PRADO, p. 147).

A forma tradicional de intimidação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de Feuerbach (1775-1833), representa a dimensão negativa da prevenção geral: O estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena (JUAREZ, 2006, p. 459)

A Teoria Preventiva Geral poderá ainda ser dividida em Preventiva Geral Positiva e Preventiva Geral Negativa, a primeira trata da questão da pena como forma de estabilizar o ordenamento jurídico e, desta forma, se justifica pela estabilização do direito, pela conscientização da necessidade do seguimento da norma.

Em síntese, uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributiva, pois que a aplicação de uma pena a infração delitiva perpetrada conduz a realização de seu efeito preventivo estabilizador, de maneira que “a mudança de etiquetas não afeta em absoluto o conteúdo da pena, que é reafirmação do ordenamento jurídico, ou seja, retribuição justa”. (PRADO apud MARTÍN, p. 149).

A partir da prevenção geral positiva se impõe um efeito de continuidade da sociedade, a partir do momento que através da retribuição o condenado é castigado pelo crime cometido, e a partir daí é reestabelecida a ordem da sociedade.

Neste sentido, ROXIN define a chamada integração/prevenção como demonstração da inviolabilidade do direito, necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo, destacando uma tríplice superposição de efeitos político-criminais: primeiro, o efeito sócio-pedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; segundo, o efeito de aumento da confiança do cidadão no ordenamento jurídico pela percepção de imposição do direito; terceiro, o efeito de pacificação social pela punição da violação do direito e, portanto, solução do conflito com o autor. (JUAREZ, 2006, p. 460)

Há dois posicionamentos a respeito da prevenção geral positiva, quais sejam, as opiniões de Welzel e Jakobs (HIRECHE, 2004, p. 40): Segundo Hans Welzel, há uma finalidade ética e social de garantia dos valores da sociedade e de sua manutenção. Já segundo Jakobs a pena se faz necessária como forma de garantir os valores e a manutenção correta da sociedade.

A prevenção geral negativa tem como objetivo evitar que seja praticado um novo delito por parte do indivíduo.

Tem o propósito de criar no espírito dos potenciais criminosos um contraestímulo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime. Busca intimidar os membros da coletividade acerca da gravidade e da imperatividade da pena, retirando-lhes eventual incentivo quanto a prática de infrações penais. Demonstrando-se que o crime não compensa, pois ao seu responsável será inevitavelmente imposta uma pena, assim como aconteceu em relação ao condenado punido (MASSON, 2011, p. 542/543).

### **2.2.1 Prevenção especial positiva e negativa**

A prevenção especial se encontrou dominante no Direito Penal entre os séculos XIX e XX e tem como maior expoente Von Liszt (HIRECHE, 2004, p. 26), consiste na atuação sobre o próprio indivíduo, evitando que o mesmo possa voltar a delinquir futuramente, desta forma a prevenção geral trata da sociedade em si mesma, buscando retribuir e ao mesmo tempo intimidar o restante da sociedade acerca do cometimento de crimes, enquanto a prevenção especial trata do próprio delinquente, buscando fazer um tratamento através de diversos fatores com o intuito de reinserir o indivíduo na sociedade e assim inibir totalmente a possibilidade do cometimento de novos delitos por parte do indivíduo, trazendo como objetivo principal da sanção penal, ressocializar o condenado e em contrapartida evitar futuros delitos.

A execução do programa de prevenção especial ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social através da neutralização do criminoso, consiste na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena, por outro lado, a prevenção especial positiva de correção ou ressocialização do criminoso. (JUAREZ, 2006, p. 457).

A prevenção especial positiva trata da questão da ressocialização do condenado, com o intuito de reinseri-lo na sociedade, através da adoção de diversas políticas públicas, em composição com o Estado, a própria sociedade e a família. É realizada pelo trabalho conjunto de psicólogos, sociólogos e assistentes sociais, dentro do próprio estabelecimento penitenciário durante a própria execução da pena, sendo o condenado tratado ainda durante a sua condenação, com o intuito de sair do cárcere e a partir daí junto com a família e a sociedade retornar a sua vida normal, sem estereótipos, tendo em vista que já houve o cumprimento de sua pena, como preceitua o art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7210/84) que afirma que a execução penal tem por objetivo principal efetivar o disposto em sentença e ao mesmo tempo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado.

Segundo Cleber Masson (2011, p. 543), a prevenção especial positiva tem como preocupação principal o instituto da ressocialização, buscando através de diversas formas reinserir o condenado na sociedade, e após o cumprimento correto e integral da sua pena

retornar ao convívio social passando a partir daí a respeitar as regras impostas pelo ordenamento jurídico e não cometer mais delitos.

A prevenção especial negativa, por outro lado, tem como objetivo maior a neutralização ou inocuidade do condenado, retirando-o totalmente da convivência com a sociedade, através da privação de liberdade, buscando gerar diante da sociedade uma falsa impressão de segurança social.

A prevenção especial negativa de neutralização do criminoso, baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito da execução penal, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão, e, assim, a neutralização do condenado seria uma das funções manifestas ou declaradas cumpridas pela pena criminal. (SANTOS, 2006, p. 457-458)

Segundo Cleber Masson (2011, p. 543), a prevenção especial negativa tem como objetivo primordial intimidar o indivíduo fazendo com que ele não volte a infringir a lei penal, buscando evitar assim o instituto da reincidência, demonstrando através da própria pena os pontos negativos de se reincidir em um crime.

### **2.3 Teoria eclética ou unificada**

A Teoria eclética ou unificada nada mais é, do que uma combinação entre as Teorias Retributiva e Preventiva, onde a retribuição jurídica torna-se ao mesmo tempo um instrumento de prevenção ao cometimento de novos crimes, através da intimidação do agente, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que passa a impedir a degeneração, é a tentativa de suprir aquilo que não foi alcançado através das teorias anteriormente estudadas, na intenção de demonstrar a real necessidade da aplicação da pena.

A pena encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional a gravidade do injusto e a culpabilidade de seu autor, além de necessária a manutenção da ordem social (PRADO, p. 155)

Desta forma, a teoria unitária se fundamenta primordialmente na questão do delito praticado e ao mesmo tempo no propósito de evitar que novos delitos sejam cometidos, tratando assim simultaneamente da prevenção e da retribuição, o que se encontra acolhido no ordenamento jurídico através do art. 59 do CP, anteriormente descrito, onde abarca a prevenção e retribuição, aceitando desta forma a teoria unitária, sendo a teoria unificada a teoria predominante na legislação.

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante a sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial (MASSON, 2011, p. 545).

A partir do completo estudo acerca da Teoria da Pena, poderemos adentrar ao terceiro capítulo que abordará a questão do sistema prisional brasileiro e seus graves problemas, bem como a questão das consequências da privação de liberdade do menor, trazendo uma crítica a prevenção especial positiva, que trata da ressocialização do agente, demonstrando por diversos fatores que não há meios e políticas eficazes nem mesmo para a ressocialização dos adultos que chegam ao sistema carcerário, que dirá as crianças e os adolescentes.

## **CAPITULO 3 O SISTEMA PRISIONAL E A REDUÇÃO DA MAIORIDADE: CRITICA A PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA**

### **3.1 Sistema prisional brasileiro**

A escola liberal clássica considerava que aquele que cometia determinado crime não se tornava por isso uma pessoa diferente do restante das pessoas, não havendo uma preocupação maior na questão do indivíduo e sim a questão do delito em si, desta forma não havia nenhum tipo de patologia inerente ao cometimento de crimes, mas partia da própria vontade do indivíduo em praticá-lo, havendo assim um livre arbítrio por parte do indivíduo em responder pelas suas próprias ações.

A partir do século XIX e início do século XX, veio a escola positivista, que a partir daí já enxergava o indivíduo como uma pessoa doente, que sofria de um tipo de patologia, afirmando que o indivíduo não tinha a vontade de praticar um ato delituoso, mas este já era inerente a determinado seres humanos. Desta forma, as pessoas já nasciam com essa predisposição para delinquir, com essa patologia, desta forma era algo que independia da sua própria vontade, sendo necessário assim um tratamento especial com relação ao indivíduo.

Ainda no século XIX, a principal forma de punição passou a ser a privação de liberdade, que se encontra abarcada pelas penitenciárias brasileiras (TORRES, 2007). A ideia principal do sistema prisional brasileiro é a de controle social, onde ao mesmo tempo em que repreende a prática do ato delitivo, retirando da sociedade aquelas pessoas que cometem atos contrários a norma, busca ressocializar o indivíduo e reinseri-lo na sociedade após o devido cumprimento da sua pena. Porém, não é o que vem realmente acontecendo, tendo em vista que na maior parte das vezes o tratamento ao condenado dentro do sistema carcerário é extremamente controverso as garantias asseguradas pela Lei de Execuções Penais, tornando aqueles que entram no cárcere ainda piores, tendo em vista que o mesmo sente a necessidade de se adaptar a vida nos presídios até mesmo por um instinto de sobrevivência.

A maneira pelo qual os presídios brasileiros estão sendo administrados é o que acaba segregando o delinquente, tendo em vista que a maior parte dos direitos previstos na Lei 7210/84 (Lei de Execuções Penais) estão sendo violados constantemente dentro do sistema carcerário, são direitos do preso a assistência dentro do presídio como determina:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência em sociedade.

Art. 11. A assistência será: I – Material; II – Saúde; III – Jurídica; IV – Educacional; V – Social; VI – Religiosa.

A assistência material é o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, porém esses serviços não estão nem perto do aceitável, tendo em vista que a alimentação é precária e as instalações higiênicas principalmente trazem condições para a infestação de doenças dentro do presídio, doenças estas que acabam muitas vezes por causar a morte de muitos detentos, o número de presos hoje é infinitamente maior ao número previsto para as cadeias e isso gera um grande desconforto, visto que as celas onde se encontram os presos, que já são muito pequenas, se tornam ainda menores, obrigando os presos a dividir um pequeno espaço.

A assistência a saúde é de caráter preventivo e curativo, como determina o art. 14 da Lei de Execuções, compreendendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico e, em não possuindo o estabelecimento prisional o aparelhado necessário para prover a assistência médica, será esta prestada em um outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento, sendo ainda assegurado a mulher o acompanhamento pré-natal e pós-parto, o que não ocorre na realidade, onde o estabelecimento prisional muitas vezes não possui qualquer médico ou quando possui o mesmo só aparecer 1 ou 2 vezes na semana para atender a todos os presos, o que se torna impossível, bem como a saída para médicos externos que dificilmente são autorizadas pela direção do estabelecimento, tendo em vista a alta periculosidade e que os mesmos teriam que dispor de carro, escolta.

A assistência jurídica por sua vez é destinada como forma de defensoria pública, destinada aos presos que não possuam recursos financeiros para constituir advogado, com o intuito de garantir o cumprimento do devido processo legal, havendo local apropriado destinado ao atendimento por defensor público no próprio estabelecimento prisional e fora do estabelecimento sendo implantados Núcleos Especializados de Defensoria pública para a prestação de assistência jurídica gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem qualquer recurso financeiro para constituição de advogado, como preceituam os artigos 15 e 16 da Lei de Execuções Penais.

Porém, não é o que vêm ocorrendo, os advogados nos presídios existem, mas a realidade atual é que só permanece preso aquele que não possui condições financeiras, porque

aquele que consegue constituir advogado na maior parte das vezes sai da prisão e consegue se não for absolvido, responder ao menos em liberdade e, em contraponto, grande parte dos condenados que se encontram na cadeia e não possuem condições financeiras permanecem na cadeia por muito mais tempo do que deveria permanecer no cumprimento legal de sua pena, tendo em vista que a assistência judiciária gratuita não dá conta de atender a todos os presos e acompanhar o andamento de todos os processos, então muitos passam mais tempo do que o previsto na pena aguardando o atendimento por parte da Defensoria Pública.

A assistência educacional consiste na instrução escolar e conseqüentemente na formação profissional do preso ou internado, onde a cada três dias de trabalho será remido um dia de pena, e a cada doze horas de instrução escolar será remido um dia de pena, não podendo às doze horas ser concluídas em um só dia.

Porém, esta deveria ser a assistência garantida a todos os presos, remetendo a todos o direito de trabalhar e estudar e ter conseqüentemente sua pena diminuída, porem com a superlotação não há trabalho e estudo para todos os presos, alias, não há trabalho ou estudo para quase nenhum preso e estes acabam tendo seu direito arrancado ao ponto que não conseguem arrumar formas de diminuir sua pena, não por livre vontade, mas por falta de possibilidade.

O art. 31 da Lei de Execuções prevê que o condenado a pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidades, não sendo obrigatório o trabalho para o preso provisório, só podendo ser realizado no interior do estabelecimento.

A assistência ao Egresso, prevista nos arts. 25, 26 e 27 da Lei de Execuções Penais, consiste na orientação e apoio no sentido de reintegrar o preso a vida em liberdade com a concessão se necessário de estabelecimento adequado pelo prazo de até dois meses, colaborando ainda com a reinserção do preso no mercado de trabalho, o que não vem ocorrendo, tendo em vista que ao sair do estabelecimento prisional o preso se encontra na maioria das vezes desamparado diante da sociedade, onde não consegue nenhuma oportunidade de trabalho para recomeçar a vida e muitas vezes como não há trabalho disponível dentro do estabelecimento prisional, não consegue juntar nenhum dinheiro para recomeçar a vida ao sair do presídio, e em consequência a falta de oportunidades fora da prisão o delinquente acaba cometendo novos delitos e sendo novamente preso.

A assistência Social por sua vez, tem como objetivo maior incidir sobre o preso, para que o mesmo possa retornar a liberdade da melhor forma, como preceitua o art. 22 da Lei de Execuções Penais:

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;

II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;

V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;

VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

Tendo como base o conhecimento de resultados dos exames, relatando ao Diretor do Estabelecimento as dificuldades enfrentadas pelo assistido, acompanhar de que forma o assistido agiu nas saídas temporárias e permissões de saídas, promovendo a recreação, a orientação do assistido até a fase final do cumprimento da pena, de forma a facilitar o seu retorno à sociedade, orientando quando necessário a família do preso, para reinseri-lo novamente na sociedade da forma mais eficaz possível.

É o que preceitua a prevenção especial positiva, que busca a ressocialização do indivíduo, agindo com um único objetivo que é de reinserir o delinquente na sociedade, através de diversas políticas públicas e em paralelo, com um trabalho a ser desenvolvido junto com a família, no sentido de trazê-lo novamente a sociedade e estimula-lo para que o mesmo não venha a reincidir no crime cometido ou no cometimento de crimes ainda mais graves.

Encontra-se na prevenção especial positiva o maior instrumento deste trabalho, que é demonstrar que o menor deverá ser punido através do que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, e que o aumento na maioridade penal de dezesseis anos completos para dezoito anos completos seria uma catástrofe, tendo em vista que o sistema penal brasileiro atual se encontra em uma grave crise, não havendo uma só assistência que funcione em perfeitas condições, e demonstrando que colocar um menor para conviver em um ambiente onde a quantidade de presos já é bem superior a quantidade possível seria um erro, e ao invés de ressocializar e estimular o menor a não cometer novos delitos ainda mais graves, irá por em convivência com agentes responsáveis por crimes graves em condições extremamente precárias e ao invés de melhorá-lo irá piorá-lo.

Desta forma, a maneira como as nossas cadeias tem sido administradas, onde não há espaço físico para dormir, para higiene, trabalho, alimentação, acaba remetendo a ideia de

“animais enjaulados” o que acaba resultando na reincidência. É o que diz um trecho do livro Cabeça de Porco, onde os autores comentam sobre os motivos da reincidência dos jovens infratores.

É isso o que realmente ocorre quando os jovens são levados às medidas socioeducativas, que são chamados desta forma por uma ilusão, porque na realidade não há qualquer medida no sentido de ressocialização. E se a situação já se encontra complicada nos próprios ambientes onde o menor infrator cumpre as medidas socioeducativas, que são a maior punição diante do menor, através da privação de liberdade, que mal não seria causado ao colocar estes adolescentes infratores em uma prisão comum, com criminosos de todas as idades, pagando pelo cometimento de diversos crimes graves.

A grande realidade é que a crise do Sistema Penal Brasileiro não vem de hoje, a muitos anos isso está na nossa cara e nós procuramos não enxergar. A sociedade vem clamando cada vez mais por justiça e em contrapartida o Poder Judiciário vem cada vez mais criando novos tipos penais para suprir os anseios da sociedade em punir cada vez mais crimes, o que só gera confusão, tendo em vista que já há tantos tipos penais previstos, que daqui a pouco chegará o dia em que todos os crimes estarão previstos e todos estarão do lado de dentro do estabelecimento prisional, sem que tenha ninguém do lado de fora, para fechar a prisão.

O Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo em uma entrevista no dia 14 de novembro de 2012 reafirmou o descaso existente no sistema prisional brasileiro, afirmando que as condições nos presídios são tão péssimas, que muitos preferem a morte a permanecer nos presídios brasileiros, que hoje possui um déficit de mais de 160 mil presos, que se encontram ocupando os poucos presídios existentes, que em sua maioria se encontram superlotados.

A pena privativa de liberdade não consegue assegurar a sua função maior de reprimir o crime praticado pelo indivíduo e trazer segurança para a sociedade que vê na prisão uma falsa segurança diante da punição do indivíduo, tendo em vista que ao ser condenado, não há qualquer assistência ou garantia de direitos fundamentais, que se tornam ainda piores dentro da cadeia, fora que grande parte dos crimes cometidos atualmente vem através de solicitações de presos dentro das próprias cadeias, ou seja, a sensação de segurança que a privação de liberdade teria que nos trazer se vê inexistente, tendo em vista que mesmo presos os condenados conseguem continuar comandando grandes crimes.

### 3.2 Efeitos da aplicação da pena privativa de liberdade para o menor

Segundo Cláudio Brandão (2008, p. 286), na antiguidade, a privação da liberdade se dava através do suplício ou morte, a partir da Idade Média, passou a entender a privativa de liberdade como algo mais brando, retirando a impressão de morte e passando a adotar a privativa de liberdade apenas como uma sanção em caráter de restrição de liberdade de locomoção. Porém, só a partir do século XVIII a pena passou a ser introduzida realmente como condição de forma autônoma de punição diante do indivíduo. As penas que anteriormente eram tidas como uma forma de castigo corporal diante dos crimes praticados, como forma de marcar indefinidamente o condenado, passaram com a pena privativa de liberdade de castigos corporais a questão do tempo vivido pelo condenado, retirando do condenado apenas a sua liberdade de locomoção, cerceando desta forma o seu direito de ir e vir.

Desta forma, segundo preceitua o art. 32 do CP são espécies de pena: a privativa de liberdade, restritiva de direito e multas. A pena privativa de liberdade vem na forma de reclusão e detenção, sendo a pena de reclusão cominada pelo legislador em casos de crimes mais graves e executada em regime fechado, semi-aberto e aberto e a pena de detenção cominada pelo legislador em crimes menos graves, em regimes semi-aberto e aberto, sendo o regime fechado uma exceção determinada pela extrema necessidade.

Art. 33 do CP: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. §1 – Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Segundo preceitua Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 475/479): A privação de liberdade produz uma maior reincidência, aumentando o índice de criminalidade, por conta dos efeitos nocivos causados pela prisão, exercendo uma influência extremamente negativa na vida social do condenado, gerando uma desclassificação social por parte do indivíduo que acaba tornando a sua auto-imagem associada ao conceito de criminoso, delinquente. Além de

tudo isso gera uma desintegração social, onde o indivíduo com o estigma de criminoso diminui bruscamente as suas chances de reinserção na sociedade, perdendo as chances de emprego, com a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, bem como a formação pessoal.

A crítica criminológica da função de prevenção especial positiva da pena criminal – como se sabe, baseada na noção de crime como problema individual e na concepção de pena como tratamento curativo -, demonstra o fracasso histórico no projeto técnico-corretivo da prisão, caracterizando pelo reconhecimento continuado do fracasso e pela reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado – segundo o celebre isomorfismo reformista de Foucault (JUAREZ, 2006, p. 476)

Desta forma, a crise existente na execução da pena é extremamente grave, tendo em vista que todos aqueles ideais de tratamento expostos na prevenção especial positiva, como forma de ressocialização do indivíduo, se mostram totalmente ineficazes. Todos aqueles que são condenados na maior parte das vezes ao sair da prisão acabam reincidindo no crime ou cometendo crimes ainda mais graves, tendo em vista que o sistema carcerário não lhes fornece nenhum tipo de assistência com o intuito de retirá-los da vida do crime, isso se concretiza num exemplo que vem ocorrendo com muita frequência, que é a questão dos crimes cometidos na sociedade a mando de condenados que ainda se encontram em cárceres, em cumprimento de pena.

A explicação da crise é simples: a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de desculturação pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de aculturação pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a violência e a corrupção – ou seja, a prisão so ensina a viver na prisão. Em poucas palavras, a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior. (DOS SANTOS, 2006, p. 478)

Após a saída da prisão há outro obstáculo a ser seguido pelo ex-condenado que se encontra completamente rotulado pela sua condenação, fazendo com que o retorno a sociedade seja extremamente difícil diante da atitude principalmente dos outros que passam a vê-lo como delinquente, como pessoa incapaz de voltar ao seio comum da sociedade por conta do crime anteriormente praticado, criando na sociedade a expectativa de prática de

novos delitos por parte do ex-condenado, desta forma fechando totalmente as portas para a ressocialização do mesmo e sua possível reinserção na sociedade, o que acaba gerando a falta de possibilidades de voltar ao convívio normal diante da sociedade e conseqüentemente levando o indivíduo ao cometimento de novos crimes, muitas vezes mais graves que os anteriores.

A drástica mudança de identidade social como efeito das sanções estigmatizantes tem sido posta em evidência (...) e demonstra a dependência causal da delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência que configuram uma verdadeira e própria carreira criminosa, dos efeitos que sobre a identidade social do indivíduo exerce a primeira condenação; isto coloca uma dúvida de caráter fundamental sobre a possibilidade mesma de uma função reeducativa da pena. (BARATTA, 2002, p. 179).

Desta forma, Baratta trata com muita convicção a respeito do rótulo gerado no ex-condenado, mesmo após este ter cumprido integralmente sua pena e de certa forma ter respondido diante da sociedade pelo crime praticado. É como se todo o indivíduo que cometesse crimes jamais pudesse ser visto de outra forma pela sociedade, se não como um delinquente, e é o que preceitua muito bem a escola positivista que acredita que o indivíduo que comete crimes é totalmente diferente dos outros indivíduos.

A comunidade carcerária tem tornado cada vez mais difícil as reais possibilidades de socialização ou reinserção na sociedade, sendo resumidos no ponto de vista de que os institutos de detenção não produzem qualquer tipo de efeito positivo, pelo contrário, produzem efeitos totalmente contrários a reeducação e a reinserção do condenado na sociedade, trazendo para o condenado uma situação de constância com relação a vida criminosa, tendo em vista que o mesmo não é trabalhado nem dentro, nem fora da cadeia.

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que a “possibilidade de transformar um delinquente anti-social violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir” e que “o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação”. (BARATTA, 2002, p. 183-184)

Resta claro, desta forma, que as consequências da introdução de um menor em um cárcere brasileiro são a garantia de uma posterior reincidência por parte do menor e o ferimento a diversas garantias fundamentais inerentes ao mesmo, garantias estas asseguradas pela própria Constituição Federal, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista as condições precárias em que se encontra o sistema prisional brasileiro, bem como as repercussões extremamente negativas diante do condenado ao ser retirado do cárcere e reinserido na sociedade.

## CONCLUSÃO

Ao aprofundar o estudo a respeito da maioria penal fazendo um contraponto com a questão da crise em que se encontra atualmente o sistema prisional brasileiro, foi possível observar através dos diversos pontos apresentados a inviabilidade existente com relação a diminuição da maioria penal, tendo em vista que não há qualquer controle com relação aos adultos que se encontram em cárcere, o que dirá com relação aos menores.

No decorrer do trabalho, que teve como conteúdo legislações, doutrinas, monografias e artigos de revistas criminais, ficou evidente o descaso existente com relação ao cuidado do indivíduo e acima de tudo a violação clara aos direitos fundamentais do ser humano, sem nenhum tipo de respeito às condições básicas inerentes a todo ser humano, bem como a questão da superlotação que hoje já existe nos cárceres, o que nos faz refletir que diminuindo a maioria seriam ainda mais pessoas presas e mais superlotação, bem como situações ainda mais precárias.

No primeiro capítulo abordou-se a questão da maioria penal, tratando já da questão do art. 228 da CF/88 como cláusula pétrea, sendo assim considerado direito fundamental, o que torna desde já inconstitucional a diminuição da maioria, tendo em vista que fere os preceitos do art. 60, §4, IV da CF/88 que não permite emenda a constituição tendente a abolir qualquer direito fundamental constituído.

E, ainda inicialmente houve um estudo acerca da dogmática da imputabilidade penal, como forma de capacidade do indivíduo ser considerado culpável, já adentrando também na questão da maioria penal como forma de tornar o indivíduo inimputável para entender o caráter ilícito do fato.

No segundo capítulo abordou-se a questão da Teoria da Pena com as questões de retribuição e prevenção, entendendo-se a retribuição como forma de castigar o indivíduo pelo ilícito praticado, fazendo uma menção à questão da lei de talião com o “olho por olho, dente por dente” e a prevenção como busca positiva da ressocialização do indivíduo, trazendo-o novamente ao convívio social, bem como o lado negativo, com a retirada total do indivíduo da sociedade.

Buscou-se ainda aprofundar a questão da prevenção especial positiva que posteriormente foi tratada no terceiro capítulo através de uma crítica a questão da ressocialização, que hoje no Brasil é praticamente inexistente, tendo em vista que os inúmeros problemas existentes no sistema carcerário acabam por aumentar cada vez mais os índices de

reincidência entre os ex-condenados, que além de passar por situações extremamente constrangedoras dentro dos próprios presídios no tempo de cumprimento de pena, após a saída do cárcere não possuem qualquer incentivo por parte do próprio estado, família e sociedade para serem reinseridos na sociedade e, sem família e sem emprego se veem tentados a praticar novos crimes, reincidindo assim nos mesmos crimes ou cometendo crimes ainda mais graves.

Nesse sentido, foi possível observar que no sistema prisional brasileiro as penas funcionam em total desacordo, bem como os direitos assegurados aos condenados através da Lei de Execuções Penais, não havendo qualquer respeito com relação aos preceitos fundamentais inerentes ao ser humano.

A privação de liberdade, que tem como função principal proteger a sociedade da prática de delitos, já não funciona com relação aos adultos, que mesmo encarcerados comandam os crimes de dentro das próprias cadeias, que dirá com relação aos menores.

É necessário que antes de qualquer pensamento com relação à diminuição da maioria penal, no intuito de punir severamente os menores pelos atos infracionais praticados, sejam implementadas diversas políticas criminais eficazes, capazes de punir o indivíduo pelo ato praticado, mas punir assegurando todos os direitos fundamentais e em conjunto entre a sociedade, estado e família buscar a ressocialização do indivíduo para que o mesmo não volte a delinquir e além de ser completamente reinserido na sociedade, intimidar as outras pessoas para que não pratiquem nenhum tipo de crime, servindo assim o indivíduo como exemplo ao restante da sociedade.

E, diante de tal cenário, se demonstra a inviabilidade com relação à diminuição da maioria penal, tendo em vista a crise do sistema prisional brasileiro e a inconstitucionalidade das propostas à emenda constitucional que preveem a diminuição da maioria penal.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 8. Ed. São Paulo; Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso e Direito Penal – Parte Geral*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

BRASIL, *Vade Mecum*. *Código Penal Brasileiro (1940)*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, *Vade Mecum*. *Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do estado brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização. **Revista de Estudos Criminais**. Rio Grande do Sul, Fonte do Direito, v. 27, outubro 2007.

BRUNO, Anibal *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, Fábio Felix. Regulamentação Jurídica e Situação Atual do Tratamento Penitenciário. **Revista de Estudos Criminais**. Rio Grande do Sul, Fonte do Direito, vol 25, abr-jun 2007.

FREITAS, Ricardo. Reincidência e Repressão Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, nov-dez 2009.

HIRECHE, Gamil Foppel el. **A função da Pena na Visão de Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JUSTINIANO, José Caetano. **Redução da Maioridade Penal**. 2011. 43 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

MAIA, Daniel. **Maioridade Penal e a impossibilidade de sua redução no Direito Brasileiro**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20134/majoridade-penal-e-a-impossibilidade-de-sua-reducao-no-direito-brasileiro/2>>. Acesso em: 02 de out. 2012

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 01**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Novos Limites a maioridade penal: um termo recorrente. **Revista Ciências Penais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 0.

MOREIRA, Vagner Rangel. **A Cláusula Pétrea da Maioridade Penal**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-clausula-petrea-da-maioridade-penal,31379.html>>. Acesso em: 07 de nov. 2012.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos Fins da Pena: breves reflexões. **Revista Ciências Penais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 0.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal** (Parte Geral – vol. 01). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RUDNICK, Dani; BUARQUE, Wanessa. Restrição de Liberdade no sistema penal e o “tratamento” de adolescentes. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, v. 24, jan-mar 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal (Parte Geral)**. 21. Ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. A Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como barreira a redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 80, setembro-outubro 2009.

THOMPSON, Augusto. **A questão Penitenciária**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TORRES, Andrea Almeida. Críticas ao Tratamento Penitenciário e a Falácia da Ressocialização. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, Fonte do Direito, v. 26, jul-set 2007.

WIKIPEDIA. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o\\_Internacional\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_da\\_Crian%C3%A7a](http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Internacional_sobre_os_Direitos_da_Crian%C3%A7a)>. Acesso em: 10 de set. 2012

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5. Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.