



**DEPARTAMENTO DE DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO  
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA  
“LUÍS DE CAMÕES”**

**A IDADE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO VÁLIDO FRENTE AO  
PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autora: Luíza Rosa Oliveira Lima

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número da aluna: 20151958

**Junho de 2021**

**Lisboa**

## **DEDICATÓRIA**

Inicialmente, quero dedicar este trabalho aos meus pais, meus exemplos de vida, de dignidade e de fé.

Ao meu marido, Antônio Gilberto Girão Araripe Filho, pela compreensão incentivo e seriedade.

Aos meus filhos, meus maiores tesouros, João Pedro e Ana Luiza, que me motivam a buscar novos horizontes e que fizeram de mim o melhor que eu poderia ser: tornaram-me mãe.

À minha querida irmã Ana Kélia, por uma vida toda ao meu lado, por ser a melhor parte de mim, pelas palavras necessárias nos momentos certos e por dizer, sempre, que eu posso, bem como sempre me proporcionar o suporte necessário cuidando dos meus filhos na minha ausência.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelo dom da vida e por permitir que eu tivesse coragem de ir atrás de meus sonhos e por me dar a oportunidade de realizá-los. Sem Ele, nada disso seria possível.

A minha família, por compreender minha ausência e por me apoiar incondicionalmente.

Ao meu orientador, professor doutor Pedro Trovão do Rosário, pela paciência desde o início, atenção, disponibilidade, orientação, segurança, dedicação, dicas e estímulo constantes, através dos quais pude ampliar meus conhecimentos.

Ao meu colega e amigo doutor José Herannd Diógenes, pelas dicas, apoio e orientações.

A Universidade Autónoma de Lisboa, pela oportunidade de ampliar os meus conhecimentos em um ambiente tão acolhedor e criativo, e pela recepção calorosa que sempre proporcionou.

Aos amigos que adquiri no decorrer dessa jornada, com os quais pude partilhar momentos de tensão, alegria, medo e descontração, e que levarei para sempre comigo.

A todos vocês, muito obrigada.

“Educai as crianças e não será preciso punir os homens.” (Pitágoras)

## RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a presença da idade nas diversas Constituições Brasileiras e Portuguesas como fator que, a respeito de alguns institutos, marca o início de alguns direitos, e, mormente, servir também de parâmetro para dizer quando se dá o início a maioridade penal. Verificar se a técnica utilizada pelo Constituinte originário de tratar alguns institutos, a exemplo da imputabilidade penal, diretamente na Constituição, matéria antes afeta a legislação ordinária, é válida frente ao princípio da igualdade.

Para tanto, foram consultadas as legislações específicas dos dois países, tendo início com as Constituições brasileiras, seguindo com as Constituições de Portugal, priorizando os seguintes aspectos: quais institutos a idade interferia, ora para assegurar o exercício facultativo ou obrigatório de um direito, ora para determinar o início de situações jurídicas novas, até o momento de estabelecer quando a pessoa passa ser imputável penalmente.

No Brasil, é dado tratamento jurídico-penal diferenciado aos menores de 18 (dezoito) anos incompletos, que não serão submetidos Código Penal, por escolha do Constituinte, de maneira que serão tratados segundo estatuto próprio, no caso atual o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Esse tratamento decorre da Constituição Republicana de 1988, que vê na proteção à criança e ao adolescente uma prioridade, o que tornou a questão da inimputabilidade penal uma garantia fundamental, cuja idade não pode ser reduzida pelo desejo do legislador originário.

Em Portugal, a inimputabilidade ocorre até os 16 (dezesseis) anos incompletos, quando o inimputável, em razão da idade, escapa aos rigores do Código Penal português.

Vale salientar que, apesar de no Brasil a maioridade penal começar em momento diferente do que ocorre em Portugal, os dois países estabelecem que se a pessoa estiver cumprindo medida socioeducativa, essa medida poderá ser cumprida até, no máximo, 21 (vinte) anos.

Ao se analisar as legislações brasileiras e portuguesas, deu-se evidencia à diferença de tratamento atribuído à criança e ao adolescente ao longo dos diversos diplomas legislativos que surgiram até o momento.

Conclui-se, nesta dissertação, que o modo como a criança e o adolescente passaram ser vistos e tratados ao longo dos anos é um tema que evoluiu, e, percebe-se que, a depender do

sistema jurídico, se brasileiro ou se português, o tema tem *status* constitucional de direito fundamental, sendo, inclusive, considerado cláusula pétrea. É o caso da inimputabilidade penal que, no Brasil, é enfrentado diretamente no texto constitucional, que, com isso, busca realizar, igualdade material, bem como a impedir que, diante do desejo do legislador infraconstitucional, seja a maioria reduzida por um processo legislativo ordinário.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Idade. Igualdade. Inimputabilidade Penal. Cláusulas Pétreas.

## ABSTRACT

The present work had the objective of analyzing the presence of age in the different Brazilian and Portuguese Constitutions as a factor that, regarding some institutes, marks the beginning of some rights, and mainly also serves as a parameter to say when the age of criminal responsibility begins.

Verify whether the technique used by the original Constituent to treat some institutes, such as criminal liability, directly in the Constitution, a matter that previously affects ordinary legislation, is valid against the principle of equality.

For this purpose, the specific legislation of the two countries has been consulted, starting with the Brazilian Constitutions, followed by the Constitutions of Portugal, prioritizing the following aspects: which institutes did the age interfere, sometimes to ensure the optional or mandatory exercise of a right, now to determine the beginning of new legal situations, until the moment of establishing when the person becomes criminally liable.

In Brazil, different legal and penal treatment is given to minors under 18 (eighteen), who will not be submitted to the Penal Code, by choice of the Constituent, so that they will be treated according to their own Statute, in the present case the Statute of the Child and the Adolescent (ECA).

This treatment stems from the Republican Constitution of 1988, which sees the protection of children and adolescents as a priority, which has made the question of criminal non-liability as a fundamental guarantee, whose age cannot be reduced by the wishes of the original legislator.

In Portugal, non-accountability occurs until the age of 16 (sixteen) incomplete, when the non-accountable due to age escapes the rigors of the Portuguese Penal Code.

It is worth noting that, although in Brazil the criminal majority starts at a different time than occurs in Portugal, treatment in these two countries, both countries establish that if the person is fulfilling a socio-educational measure, this measure can be fulfilled up to, at most, The age of 21 (twenty).

As the Brazilian and Portuguese legislation analyzed, the difference in the treatment given to children and adolescents it was given evidenced over the different legislative diplomas that have emerged so far.

It is concluded, in this dissertation, that the way in which children and adolescents came to be seen and treated over the years is a theme that has evolved, and it is clear that depending on the legal system, whether Brazilian or Portuguese, the theme has constitutional status as a fundamental right, being even considered a stone clause. This is the case of criminal liability, which, in Brazil, is faced directly in the constitutional text, is directly faced in the constitutional text, which, with this, seeks to achieve material equality, as well as to prevent that, given the desire of the infra-constitutional legislator, the age of majority be reduced by an ordinary legislative process.

**Keywords:** Constitutionalism. Age. Equality. Criminal Inimputability. Stone Clauses.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 CAPÍTULO I – BREVE ESBOÇO SOBRE O CONSTITUCIONALISMO</b> .....	15
1.1 HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES EXISTENTES NO BRASIL E EM PORTUGAL.....	17
1.2 DO USO DA IDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO DE CERTAS SITUAÇÕES JURÍDICAS E SOBRETUDO PARA MARCAR O INÍCIO DA INIMPUTABILIDADE PENAL.....	18
1.3 É VÁLIDO FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE O USO DA IDADE COMO ÚNICO CRITÉRIO PARA DISCRIMINAR QUEM SERÁ INIMPUTÁVEL E QUEM NÃO SERÁ IMPUTÁVEL PENALMENTE .....	27
1.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....	27
1.4.1 Conceito de igualdade .....	29
1.4.2 A igualdade formal e a igualdade material, a igualdade perante a lei e a igualdade na lei.....	31
<b>2 CAPÍTULO II – O TRATAMENTO DO TEMA DA INIMPUTABILIDADE NOS SISTEMAS BRASILEIRO E PORTUGUÊS</b> .....	32
2.1 AS SEMELHANÇAS E AS DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA CAPACIDADE CIVIL E DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA O ESTUDO DA IMPUTABILIDADE PENAL.....	32
2.2 AS DIREFERNÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL .....	34
<b>3 CAPÍTULO III – ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE PENAL NO BRASIL</b> .....	38
3.1 UMA BREVE ANÁLISE ESPOSITIVA DOS DIPLOMAS LEGAIS PENAIIS .....	38
3.1.1 Código Criminal do Império (1830) .....	38
3.1.2 Do Código Penal dos Estados Unidos do Brazil (1890) .....	42
3.1.3 Do Código Penal (1940) .....	43
3.2 DAS LEIS SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE .....	44
3.2.1 Da Estrutura da Consolidação das Leis de Assistência e Proteção aos Menores 44	
3.2.2 Das Leis de Assistência e Proteção a Menores (Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927).....	47

<b>3.2.3</b>	<b>Do Código dos Menores ou o Código Mello Matos (Decreto nº 17.943-A/1927)</b>	
		53
<b>3.2.4</b>	<b>Do Estatuto da Criança e do Adolescente e sua Estrutura (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)</b>	59
<b>3.2.5</b>	<b>Um comparativo entre os principais pontos das Leis de Assistência e Proteção a Menores (Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)</b>	80
<b>4</b>	<b>CAPÍTULO IV – UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A NORMAS INTERNAS (BRASIL E PORTUGAL) SOBRE OS DIRETOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>	91
<b>4.1</b>	<b>DOCUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA</b>	91
<b>4.1.1</b>	<b>A convenção sobre os direitos da criança</b>	97
<b>5</b>	<b>CAPÍTULO V – A IDADE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO NOUTRAS CONSTITUIÇÕES</b>	99
<b>5.1</b>	<b>PORTUGAL (1982)</b>	99
<b>5.2</b>	<b>REPÚBLICA DE CUBA</b>	99
<b>5.3</b>	<b>ESPANHA</b>	100
<b>5.4</b>	<b>CHILE</b>	101
<b>5.5</b>	<b>COLÔMBIA</b>	101
<b>6</b>	<b>CAPÍTULO VI – A IDADE COMO FATOR DETERMINATE PARA O INÍCIO DA RESPONSABILIDADE PENAL NO DIREITO COMPARADO</b>	102
<b>6.1</b>	<b>A IMPUTABILIDADE PENAL NOUTROS SISTEMA CONSTITUCIONAIS</b>	102
<b>6.2</b>	<b>A IDADE PARA A RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL E PARA RESPONSABILIDADE PENAL DE ADULTOS NOUTROS PAÍSES</b>	105
<b>6.3</b>	<b>CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA</b>	108
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	110

## LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
Art.	Artigo
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPB	Código Penal do Brasil
CPP	Código Penal de Portugal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
CPIB	Constituição Política do Império do Brasil
CREUB	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPMP	Constituição Política da Monarquia Portuguesa
CCMP	Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa
CPMP	Constituição Política da Monarquia Portuguesa
CPRP	Constituição Política da República Portuguesa
CPRP	Constituição Política da República Portuguesa
CRP	Constituição da República Portuguesa

## INTRODUÇÃO

Por objetivo central, esse trabalho se propõe a analisar a presença do fator idade nas Constituições do Estado brasileiro (Constituições: 1824, 2891, 1934, 1937, 1946, 1067, 1988) e do Estado português (Constituições: 1822, 1826, 1838, 1911, 1933, 1976) em momentos constitucionais distintos. Disso, surge a necessidade de compreender a essência deste movimento e o fim a que se propunha. Isso porque a cada nova Constituição, seja quanto a origem, outorgada ou promulgada, surge inegavelmente um novo Estado, que, sobretudo, assegura direitos e garantias. A idade é em todos esses ordenamentos jurídicos determinante quanto ao momento inicial e final para o exercício de direitos e garantias, sendo que, a partir da idade, o direito pode se revelar de exercício facultativo ou obrigatório.

Verifica-se, principalmente, que a idade utilizada como um dado objetivo que visa a assegurar tratamento diferenciado a determinadas pessoas em razão de determinado fator etário, com o objetivo de estabelecer o início da responsabilidade penal uma igualdade, sem que isso possa contrariar o princípio da igualdade conforme estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E, sendo a Constituição a pedra angular de todo sistema jurídico de um Estado, faz-se necessário uma análise da legislação infraconstitucional, em especial as que tratam do direito penal, bem como as que estabelecem proteção as crianças e adolescentes, para verificar sua compatibilidade com as Constituições vigentes da época.

Neste ponto, traz à baila as legislações ordinárias, tanto do Estado brasileiro como do Estado português, a semelhança do que ocorreu no estudo das constituições do Brasil e de Portugal, verificando a data em que os textos normativos foram promulgados e qual a Constituição vigente a época, priorizando alguns aspectos: qual a idade considerada o limite entre a inimputabilidade e a imputabilidade penal. Noutras palavras, quando seria possível o Estado responsabilizar criminalmente alguém por seus atos. Surgindo a necessidade de diferenciar personalidade jurídica de capacidade jurídica, imputabilidade penal de responsabilidade penal.

Nesse contexto, importa saber qual a idade penal e qual o diploma que estabelece essa idade, marcando o início da responsabilidade penal. No Brasil, em particular, o tema da imputabilidade penal, ou seja, inimputabilidade penal, foi enfrentada diretamente na Constituição (CRFB 1988), que fixou em 18 (dezoito) anos completos, diferente do que

ocorrera nas constituições anteriores (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967), que não enfrentou o tema da maioridade penal, deixando a cargo da legislação infraconstitucional. O sistema português, por sua vez, não enfrentou o tema da maioridade penal em nenhuma de suas constituições, assegurando tal incumbência à legislação infraconstitucional, que tratou de fixá-la aos 16 (dezesesseis) anos.

Saber se a maioridade decorre diretamente da Constituição ou da legislação infraconstitucional tem enorme carga de importância e efeitos jurídicos que se espraiam por toda a legislação infraconstitucional, a qual se obriga a, no máximo, replicar o que estabelece o texto da Constituição. Não é uníssona a ideia de que a idade de 18 (dezoito) anos é a melhor idade para se imputar responsabilidade penal, há vozes que defendem a redução da maioridade. O certo é que, no Brasil, segundo a Constituição (CRFB de 1988), a idade de 18 (dezoito) anos como marco etário para imputabilidade penal, considerada garantia fundamental do cidadão, de modo a assegurar proteção integral à criança e ao adolescente contra a inferência do Estado, portanto cláusula pétrea, não poderá ser reduzida senão com o surgimento de uma nova Constituição.

A proteção assegurada à criança e ao adolescente é perceptível ao longo dos tempos, sendo detalhada em diversos diplomas nacionais e internacionais, os quais asseguravam os mais diversos direitos, muitos deles já dispostos de igual modo nas Constituições dos Estados.

Procurou-se ainda identificar quem é a criança e quem é o adolescente para o sistema jurídico brasileiro e português, e o tratamento e as medidas que lhes são atribuídos diante de condutas tidas por análogas ao crime.

O trabalho tem início com um breve esboço sobre o constitucionalismo (Capítulo I), seguindo de uma abordagem das constituições existentes no Brasil e em Portugal, ainda aborda o uso da idade nas Constituições brasileiras e nas Constituições portuguesas, sobre o como fator de discriminação de certas situações jurídicas e sobretudo para marcar o início da inimputabilidade penal, a análise do princípio da igualdade, o seu conceito, a igualdade nas vertentes formal e material, a igualdade perante a lei e a igualdade na lei. Estudou ainda qual o tratamento do tema da inimputabilidade nos sistemas brasileiro e português (Capítulo II): traçou as semelhanças e as diferenças entre os institutos da capacidade civil e da personalidade jurídica para o estudo da imputabilidade penal; as diferenças entre os institutos da imputabilidade penal e da responsabilidade criminal. Realizou-se alguns apontamentos sobre a história da

responsabilidade penal no Brasil (Capítulo III): uma breve análise expositiva dos diplomas legais penais; do Código Criminal do Império (1830); do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890), do Código Penal (1940); das leis sobre a criança e o adolescente, da estrutura da consolidação das leis de assistência e proteção aos menores; das leis de assistência e proteção a menores (Decreto nº 17.943-a, de 12 de outubro de 1927); do Código dos menores ou o Código Mello Matos (Decreto nº 17.943-a/1927); do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e sua estrutura (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990); uma análise comparativa entre os principais pontos das leis de assistência e proteção a menores (Decreto nº 17.943-a, de 12 de outubro de 1927), da lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); uma breve abordagem sobre as normas internas (Brasil e Portugal) sobre os direitos da criança e do adolescente, documentos internacionais sobre os direitos da criança na convenção sobre os direitos da criança. Verificou-se a idade como fator de discriminação no direito noutras constituições (Capítulo IV): Constituições de Portugal, da República de Cuba, da Espanha, do Chile e da Colômbia. Analisou-se a idade como fator determinante para o início da responsabilidade penal no direito comparado a imputabilidade penal noutras sistemas constitucionais (Capítulo V): a idade para a responsabilidade penal juvenil e a responsabilidade penal de adultos noutras Países; e nas cartas dos direitos fundamentais da união europeia. Segue-se ao final com conclusão (Capítulo VI), onde se conclui que a idade objetivamente considerada é um fator válido para marcar o início da responsabilidade penal, mas não deve ser considerada isoladamente. Ainda, por se tratar de responsabilização criminal, que afetará diretamente o direito de ir e vir (garantia constitucional), cuja responsabilidade do direito penal, o qual impõe um tratamento mais severo que os demais ramos do direito, faz-se necessário que o tema seja enfrentado diretamente na Constituição, de modo que, sobretudo fique protegido, contra alterações feitas pelo legislador infraconstitucional, somente podendo ser alterada, diante das regras para modificar a Constituição, em que pese, se trate de direitos e garantias fundamentais, consideradas cláusulas pétreas, que lhe assegura que não podem ser suprimidas, salvo pelo Poder Constituinte originário, isto é, uma nova Constituição.

# 1      **CAPÍTULO I – BREVE ESBOÇO SOBRE O CONSTITUCIONALISMO**

Inicialmente, é importante ter em mente que o Constitucionalismo são movimentos políticos realizados nos diversos países, ao fazer revoluções, com quebra de paradigmas governamentais, atualizando a forma de governo, estado e o sistema de governo. Trabalhando com uma nova política e na transformação de uma cultura administrativa inovadora para aquele estado. Atualmente, os movimentos constitucionais são promulgados por uma assembleia nacional constituinte para limitar o Poder do governante, restringindo o Poder do Estado através das garantias fundamentais aos seus cidadãos.

A Constituição dos Estados Unidos da América (1787) é um marco histórico mais conhecido na literatura de um movimento constitucional, costuma-se atribuir a origem formal do Constitucionalismo à esta Constituição, que é escrita pelos governandos das treze antigas colônias inglesas, e a Constituição francesa (1791), com início na Revolução Francesa<sup>1</sup>. Contudo, há quem defenda que as Constituições, em sentido real ou sociológico, sempre tenham existido<sup>2</sup>.

Esses movimentos de limitação do Poder estatal e garantias fundamentais tiveram início durante o século XVII, na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa. O Rei João Sem Terra foi obrigado a assinar um acordo de paz, onde limitava o Poder da Monarquia, em prol da permanência da família real no poder. Há quem diga que este documento foi a primeira constituição escrita, há quem defenda que foi um contrato entre a sociedade e o governo, em fim, já no século XVIII, nos EUA, em 04 de julho de 1787, houve a declaração da independência dos Estados Unidos da América, sendo seguido, no mesmo século, pela França, cujo tema foi o direito de liberdade, igualdade e fraternidade. Percebe-se, com isso, que não foi um único movimento constitucional. Dai porque se falar em Movimentos Constitucionais ou Constitucionalismos, pois cada um destes movimentos ocorreram em épocas e contextos diferentes e tiveram as suas características próprias.

O Constitucionalismo Inglês, que ocorreu no século XVII, na Inglaterra, limitou o poder do soberano, por meio da supremacia do parlamento, e instituiu declaração de direitos

---

<sup>1</sup>Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, Ebook, p. 25.

<sup>2</sup>Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional / Bernardo Gonçalves Fernandes. - 3.ed. -Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, Ebook, p. 19.

(Bill of Rights), passando, até os dias atuais, a manter uma Constituição material, não escrita e histórica.

Por sua vez, o Constitucionalismo norte-americano e francês ocorreu no século XVIII, durante o período do Iluminismo e Cientificismo (Século das Luzes). Na América do Norte, ocorria a Revolução de Independência dos EUA (as 13 colônias norte americanas) e, na França, as revoluções burguesas (1789). Como forma de limitar o poder, a separação de poderes era defendida, e houve a declaração de direitos: Bill of Rights de 1791 (EUA) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França).

Foi a partir desse cenário que surgiram os Estados Constitucionais de Direitos marcados pelas constituições formais e escritas, que deveriam garantir direitos e estabelecer a separação dos poderes. Uma sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição<sup>3</sup>.

Segundo Canotilho (1993, p. 61), “A ideia da organização *constitucional* do Estado começou a ganhar vulto no século XVIII com o chamado *movimento constitucional*, impulsionado pelas revoluções americana e francesa”. Canotilho (1993, p. 61) ainda apresenta alguns conceitos de Constituição: (i) Constituição como modo de ser da comunidade, (ii) a Constituição como organização jurídica do povo, (iii) A Constituição como *lex fundamentalis*, (iv) por fim, a Constituição como ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito.

A partir dessas breves linhas sobre o Constitucionalismo e o surgimento dos Estados Constitucionais, pois dotados de Constituições (material e não escritas, ou formais e escritas), serão analisadas as Constituições do Brasil e de Portugal, também são frutos de movimentos revolucionários e culturais.

---

<sup>3</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.



## 1.1 HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES EXISTENTES NO BRASIL E EM PORTUGAL

O constitucionalismo, assim visto como movimento revolucionário e cultural criador do Estado Constitucional, traz em si a origem das Constituições (material e formal), limitando o poder e garantido direitos.

No Brasil, a história do Constitucionalismo até o momento, produziu 7 (sete) Constituições<sup>4</sup>, são elas: (i) a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, (ii) a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, (iii) a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, (iv) a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, (v) a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, (vi) a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 janeiro de 1967, (vii) a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Em Portugal, não tão diferente do que ocorreu no Brasil, o Constitucionalismo até o momento, produziu 6 (seis) Constituições<sup>5</sup>. São elas: (i) a Constituição Política da Monarquia Portuguesa, 23 de setembro de 1822, (ii) a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, de 29 de abril de 1826, (iii) a Constituição Política da Monarquia Portuguesa, de 4 de abril de 1838, (iv) a Constituição Política da República Portuguesa, de 21 de agosto de 1911, (v) a Constituição Política da República Portuguesa, de 11 de abril de 1933, (vi) a Constituição da República Portuguesa, de abril de 1976.

O fato de o Estado brasileiro e português possuírem Constituições escritas, ditas formais, não é suficiente para concluir terem na essência uma Constituição (Constituição real). Isso porque é necessário que cada um destes Estados mencionados pregassem a limitação de poderes e garantissem direitos fundamentais. Somente por isso se pode concluir, ao menos inicialmente, que possuem uma Constituição.

---

<sup>4</sup>BRASIL. Planalto. Legislação. **Constituições anteriores**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-antecedentes-1>. Acesso em: 2 maio 2021.

<sup>5</sup> PORTUGAL. PERCURSOS. Exposição virtual sobre as Constituições. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/PercursoConstituicao.aspx>. Acesso em: 2 maio 2021.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 2º, no título I (Dos Princípios Fundamentais) prega a separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e no art. 5º, no título II (Dos Direitos e Garantia Fundamentais) garante direitos. Já a Constituição da República Portuguesa, de abril de 1976, no art. 2º (Estado de direito democrático) garante direitos e prega a separação dos Poderes.

## 1.2 DO USO DA IDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO DE CERTAS SITUAÇÕES JURÍDICAS E SOBRETUDO PARA MARCAR O INÍCIO DA INIMPUTABILIDADE PENAL

A idade, como marco etário, tem sido usada pelo direito para marcar o início de situações jurídicas, servindo como critério objetivo para atribuir tratamento diferenciado às pessoas. Isso faz com que a idade seja um fato jurídico, diante da sua relevância para o mundo jurídico como um todo. Em especial as Constituições, que são responsáveis por dispor sobre a organização do Estado, sobretudo para tratar sobre matérias como poderes e direitos fundamentais, utilizam o fator idade como critério para o exercício ou não de determinados direitos. Acredita-se que o critério utilizado tem o propósito de promover a igualdade substancial, e em alguns casos por entender ser proporcional e razoável.

No Brasil, as pessoas nunca poderão receber tratamento preconceituoso em razão da idade. Isso por que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de 1988 ao promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>6</sup>. Apesar disso, observa-se o fato que essa mesma Constituição utiliza a idade como critério para o exercício de alguns direitos, e ainda diz a partir da idade quem será ou não responsabilizado criminalmente, o que não pode ser visto com um tratamento preconceituoso, algo vedado pela própria Constituição.

Nesse sentido, o termo “idade”, como fator discriminante, marca sobremaneira o texto das Constituições brasileiras desde a de 1824 até a de 1988. O termo idade permeia os mais variados institutos jurídicos, por exemplo, a idade no campo dos direitos políticos, a idade

---

<sup>6</sup> Art. 3º, caput, IV, da CF/1988.

relacionada a qualidade de cidadão e o exercício do voto. Quanto a esses dois últimos temas, não foram enfrentados na Constituição Política do Império (1824), sendo tratados apenas nas Constituições seguintes.

Segundo a Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil (1891), eram eleitor apenas os maiores de 21 anos de idade (Art. 70). Ainda sobre a capacidade para ser eleitor, por sua vez, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934) disse que os eleitores eram os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos (art. 108). Sendo que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937) estabeleceu que eram eleitores os brasileiros maiores de 18 anos (Art. 142).

Segundo a Constituição Política do Império do Brasil (1824), para ser senador, naquela época do Brasil Imperial (1824), tinha que ter a idade de 40 anos ou mais (Art. 45). Conforme a Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil (1891), para ser senador deveria ser maior de 35 (trinta e cinco) anos de idade (art. 30). E a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946), estabeleceu a idade mínima de maior de 21 ano para ser eleito deputado e 35 para o Senado Federal (Art. 38, parágrafo único, III).

Para ser eleito presidente da República, segundo a Constituição Política do Império do Brasil (1824), o cidadão deveria ter mais de 35 anos de idade, algo que se repetiu na Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (art. 41, § 3º), na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (art. 52, § 5º), na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (art. 78), na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (art. 80, III), na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (art. 75, III).

A idade é utilizada ainda para estabelecer o marco etário para o exercício de cargos, funções e empregos na administração pública, quando estes seriam aposentados compulsoriamente, tendo a Constituição, chamado para si a obrigação de, por exemplo, estabelecer a idade mínima para ocupar determinados cargos públicos nos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo e quando seriam aposentados.

A Constituição da República (1934), quanto ao Poder Judiciário, estabeleceu que juízes eram alcançados pela compulsória aos 75 anos de idade (art. 64), a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946) e a Constituição da República Federativa do Brasil (1967) estabeleceram que a aposentadoria compulsória seria aos 70 anos de idade (art. 95, §1º), que foi seguida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (art. 107, § 1º).

Vale mencionar que, quanto à aposentadoria dos funcionários públicos, as Constituições brasileira sempre, de certo modo, enfrentaram o tema. Por exemplo, Constituição da República de 1934 estabeleceu que seriam aposentados compulsoriamente aos 68 anos de idade (art. 170, § 3º, a). Este preceito se repetiu na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (art. 156, d). Enquanto isso, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 aumentou a idade para 70 anos (art. 191, II). Essa idade foi mantida na Constituição da República Federativa de 1967 (art. 100, II).

Ainda no Poder Judiciário, segundo a Constituição da República de 1934, para ser ministro da Corte Suprema, era requisito ter mais de 35 (trinta e cinco) anos e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade (art. 74). Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, estabeleceu como um dos requisitos para ser ministro do Supremo Tribunal Federal idade não inferior a 35 (trinta e cinco), nem idade superior a 58 anos de idade (art. 98). A Constituição da República Federativa de 1967 estabeleceu idade mínima, como requisito para ser ministro do Supremo Tribunal Federal, de 35 anos (art. 99). De igual modo, fez a Constituição da República Federativa de 1967 (art. 113, § 1º).

As constituições brasileiras continuaram preocupadas com idade mínima, inclusive, para ser juiz federal. Isso ocorreu com a Constituição da República de 1934, que fixou a idade mínima de 30 e máxima de 60 anos de idade, dispensado este limite somente aos que já forem magistrados (art. 80). A Constituição da República Federativa de 1967 somente estabeleceu idade mínima de 30 anos para ser juiz federal (art. 118) e para compor o Superior Tribunal Militar, dentre os ministros civis, ser maior de 35 anos idade (art. 121, § 1º, da CRFB 1967).

De igual modo, as Constituições brasileiras, em sua maioria, estabeleceram idade mínima, inclusive, para ser ministro de Estado. A Constituição da República de 1934 estabeleceu que só os maiores 25 anos podem ser ministro (art. 59, parágrafo único). O mesmo sucedeu com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (art. 88, parágrafo único) e a Constituição dos Estados Unidos de 1946 (art. 90, III, parágrafo único, III). Outrossim, as Constituições brasileiras se preocuparam até mesmo com a idade mínima para ser ministro do Tribunal de Contas. A Constituição da República Federativa de 1967 estabeleceu que para ser ministro do Tribunal de Contas o cidadão deveria ser maior 35 anos (art. 73, § 3º).

A Constituição da República de 1934 estipulou que para ser chefe do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios, disse ser preciso que a pessoa seja maior de trinta

anos (art. 95, § 2). A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 disse que só seria eleito para o Conselho Federal maiores de 35 anos (art. 51).

Assim, fica evidente o uso da idade como um dos requisitos para ocupar acento e destaque em cada um dos três Poderes do Estado (Judiciário, Legislativo e Executivo) pelas Constituições brasileiras.

De igual modo, as Constituições brasileiras se valeram da idade para, em situações pontuais, excepcionar o direito de trabalhar. A Constituição da República de 1934, por motivo de idade, proibiu o trabalho aos menores de 14 anos, proibiu o trabalho noturno a menores de 16, o trabalho em indústrias insalubres a menores de 18 anos (art. 121, § 1º, c). A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 proibiu a discriminação salarial para um mesmo trabalho por motivo de idade, bem como o trabalho a menores de 14 anos, o trabalho a mulheres e a menores em indústrias insalubres, e trabalho noturno a menores de 18 anos (art. 157, II e IX). A Constituição da República Federativa de 1967 proibia o trabalho a menores de 12 anos e de trabalho noturno a menores de 18 anos em indústrias insalubres (art. 158, X). A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em diversos momentos e temas, marcou a idade como fator discriminante para o exercício de um direito.

a) Direitos trabalhistas: assistência gratuita aos filhos e dependentes de trabalhadores desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade (Art. 7º, XXV), proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos (Art. 7º, XXXIII).

b) Direitos Políticos: voto obrigatório para os maiores de 18 anos (Art.14, § 1º, I) e facultativo para os maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18 anos (Art.14, § 1º, II, b, c); idade mínima de elegibilidade (Art.14, VI).

c) Previdência Social: aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar (Art. 40, II), ou, no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem (Art. 40, III).

d) Investidura em Cargos e funções Públicas: fixou a Constituição (1988) idade mínima para ocupar determinados cargos e funções.

d.1) Ministro do Tribunal de Contas da União: ter idade de mais de 35 e menos de 75 anos (Art. 73, 1º, I);

d.2) Ministro de Estado: ter idade de mais de 21 anos (Art. 73, 1º, I);

d.3) Conselho da República: ter mais de 35 anos de idade (Art. 89, VII);

d.4) Ministro do Supremo Tribunal Federal: ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade (Art. 101);

d.5) Ministro do Superior Tribunal de Justiça: ter mais de 35 e menos de 75 anos (Art. 104, Parágrafo único);

d.6) Tribunais Regionais Federais: ter mais de 30 e menos de 65 anos (Art. 107);

d.7) Tribunal Superior do Trabalho: para ser ministro terá que ter mais de 35 anos e menos de 65 anos (Art. 111);

d.8) Tribunais Regionais do Trabalho: ter mais de 30 e menos de 65 anos (Art. 115);

d.9) Ministério Público da União: ter mais de 35 anos (Art. 128);

d.10) Advocacia-Geral da União: ter mais de 35 anos (Art. 131, §1º).

e) Pagamento de débitos da Fazenda Públicas em virtude de sentença judiciária (Precatórios e Obrigações de pequeno Valor): terão prioridade na ordem de pagamento de débitos da Fazenda Públicas em virtude de sentença judiciária os titulares, originários ou por sucessão hereditária, que tenham 60 anos de idade (Art. 100, § 2º).

f) Previdência Social: cobertura da previdência social para casos de idade avançada (Art. 201, I); direito à aposentadoria aos 65 anos de idade, se homem, e 62 anos de idade, se mulher (Art. 201, caput, § 1º).

g) Educação prestada pelo Estado: educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade (Art. 208, caput, I), e a Educação Infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade (Art. 208, caput, IV).

h) Proteção à criança, ao adolescente e ao jovem: dever da sociedade e do Estado priorizar a proteção da criança, ao adolescente e ao jovem (Art. 227, caput); Trabalho: idade mínima para admissão ao trabalho (Art. 227, § 3º).

i) Maioridade Penal: são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (Art. 228, caput, da CF/1988).

j) Proteção à Pessoa Idosa: é dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas (Art. 230, caput, da CF/1988); programas de amparo ao idoso serão executados preferencialmente em seus lares (Art. 230, § 1, da CF/1988); gratuidade no transporte público aos maiores de 65 anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (Art. 230, § 2, da CF/1988).

Por sua vez, as Constituições portuguesas, em menor proporção do que as Constituições brasileiras, também se utilizaram do fator idade como forma de delimitar o momento exato para o surgimento de um direito ou estabelecer uma situação jurídica. Sabe-se que em Portugal o poder constituinte originário, igual ao que se deu no Brasil, foi chamado a se manifestar por diversas vezes, e elegendo quais temas e institutos teriam *status* Constitucional.

A Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822, a primeira Constituição Portuguesa, ao tratar sobre o herdeiro presuntivo da Coroa, estabeleceu uma idade para que este pudesse prestar juramento de manter a religião católica (art. 135); estabeleceu a menoridade do sucessor da Coroa antes de ter dezoito anos completo (art. 147); e que durante a menoridade o sucessor não governará (art. 148).

A Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826, segunda Constituição portuguesa, dispôs sobre o direito do príncipe real e dos infantes ao assento na Câmara logo que chegassem aos 25 anos de idade (art. 39); repetiu a temática sobre o herdeiro presuntivo e a idade que prestará juramento de manter a religião católica aos 14 anos completos de idade (art. 79); manteve a menoridade do rei em antes de completar 18 anos completos (art. 91); repetiu que durante a menoridade o rei não governa (art. 92); disse que o rei, durante a menoridade, terá tutor (art. 100); disse que são excluídos de votar nas assembleias os menores de 25 anos de idade (art. 65).

A Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838, a terceira Constituição portuguesa, afirmou que o príncipe real, logo que complete 18 anos de idade, seria considerado senador de direito, mas só tem voto aos 25 anos (art. 60); fixou em 25 a idade para o voto (art. 72), sendo que os menores de 25 de idade estão excluídos de votar (art. 73); fixou a idade mínima de 35 anos de idade para ser eleito senador (art. 77); quanto ao herdeiro presuntivo, aumentou a idade para 18 anos, quando prestaria juramento (art. 89); manteve a menoridade do rei até 18 anos completos (art. 101); que a regência seria deferida ao imediato sucessor que já tiver completado 18 anos (art. 103 da CRP 1838).

A Constituição Política da República Portuguesa de 1911, a quarta Constituição portuguesa, impedia de ser senador e deputado respectivamente os menores de 35 anos de idade e os menores de 25 anos de idade (art. 7º, § 3º); estabelecia que só poderia ser eleito presidente da República o cidadão com mais de 35 anos de idade (art. 39).

A Constituição Política da República Portuguesa de 1933, a quinta Constituição portuguesa, manteve, como idade mínima, ser maior de 35 anos para ser presidente da República (art. 73).

A Constituição da República Portuguesa de 1976, a sexta e atual Constituição Portuguesa, não fez uso do fato idade como fez a Constituição da República Federativa do Brasil 1988, a qual marcou a idade em diversos temas: Direitos trabalhistas (Art. 7º, XXV e XXXIII), Direitos Políticos (Art.14, § 1º, II, b, c, VI), Previdência Social: Art. 40, II e III), Investidura em Cargos e Funções Públicas (Art. 73; Art. 1º, I; Art. 89, VII; Art. 101; Art. 104, parágrafo único; Art. 107; Art. 111; Art. 115; Art. 128; e Art. 131, §1º), Pagamento de Débitos da Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária (Art. 100, § 2º), Previdência Social (Art. 201, *caput*, I, § 1º), educação prestada pelo Estado (Art. 208, *caput*, I e IV), Proteção à Criança, ao Adolescente e ao Jovem (Art. 227, *caput*, § 3º), Maioridade Penal (Art. 228, *caput*), Proteção à Pessoa Idosa (230, *caput*, § 1, § 2).

Para o Constituinte português, esses temas podem ficar a cargo do legislador infraconstitucional, que terá maior flexibilidade para tratar deles, podendo criar regras e mudá-las sem muito rigor procedimental. Por exemplo, a Constituição Política da República Portuguesa de 1933 estabelece um procedimento mais rigoroso para alterar a Constituição com limite material e circunstancial de revisão (Arts. 136, 286, 288 e 289).



A Constituição Republicana Portuguesa (1976) agasalhou a idade como fator discriminante nos seguintes temas: a) Participação na vida pública: direito de todos os cidadãos de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país (diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos (Art. 48); b) Direitos Políticos: direitos ao voto a todos os cidadãos maiores de 18 anos (Art. 48); c) Direito ao trabalho: assegura a todos o direito ao trabalho, exceto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez (Art. 51º), veda tratamento distinto ao trabalhador em razão da idade (Art. 53); d) Família: impõe que seja desenvolvido uma rede nacional de assistência materno-infantil e seja realizado uma política de terceira idade (Art. 67); e) Terceira idade: garanta a segurança econômica das pessoas idosas, proporcionar condições de habitação e convívio familiar e comunitário que evitem e superem o isolamento ou marginalização social das pessoas idosas (Art. 72); f) Direitos políticos: os portugueses são elegíveis ao Cargo de Presidente da República os cidadãos eleitores, portugueses de origem e maiores de 35 anos (Art. 125).

Feito um breve cotejo entre as Constituições do Brasileiras e Portuguesas sobre o uso da idade como o fator discriminante para o exercício ou impedimento de algum direito, como indicador para traçar políticas públicas, e ainda como fator determinante de política criminal, constata-se que a Constituição brasileira 1988, enfrentou diversos temas, elegeu em muito a idade como condição para o exercido de alguns direitos.

Nesse sentido, o Constituinte brasileiro (1988) trouxe expressamente a idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho na condição de aprendiz, proibiu aos menores de dezesseis anos o trabalho noturno, perigoso ou insalubre e a menores de 18. Sobre os direitos políticos, tornou o voto obrigatório para os maiores de 18 anos e facultativo para os maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18. No que toca a elegibilidade, fixou-se uma idade mínima para elegibilidade, estabelecendo uma idade de acordo com o mandato a ser ocupado, por exemplo, de 35 anos para Presidente, Vice-presidente da República e Senador da República; de 30 anos para Governador, Vice-governador de Estados Membros e do Distrito Federal; de 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-prefeito e Juiz de paz; e de 18 anos para Vereador.

Quantos às regras acerca da previdência social, estabeleceu que a aposentadoria compulsoriamente ocorrerá aos 70 anos idade; e poderá facultativamente se aposentar aos 65 anos de idade, se homem, e 62 anos de idade, se mulher, cobertura previdenciária em razão da idade avançada. Fixou-se idade mínima como critério para ocupar cargo, emprego ou função

pública. No que toca as dívidas das Fazendas Públicas em virtude de sentença judiciária, haverá prioridade no pagamento, em razão da idade, para os titulares desse crédito.

Sobre a educação, usa a idade para marcar o dever de o Estado prestar educação básica gratuita e a educação infantil às crianças até cinco anos de idade, estabelece o dever solidário da sociedade e do Estado de priorizar a proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, de proteger à pessoa idosa, criando programas de amparo ao idoso, estabeleceu a obrigatoriedade de gratuidade nos transportes coletivos urbanos para os maiores de sessenta e cinco anos.

Ao tratar de política criminal, trouxe para o texto constitucional a responsabilidade de dizer quem são inimputáveis, estabelecendo que os menores de 18 anos, são inimputáveis, sujeitos às normas da legislação especial.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 não usou a idade para demarcar, com isso, os mesmos temas e na mesma proporção que o Constituinte brasileiro (1988). Mas estabeleceu a idade como requisito ou condição para o exercício de alguns direitos ou a proibição para o exercício de outros direitos, estabelecendo prioridades, proteções, programas para a proteção de determinadas pessoas. O Constituinte Português (1976) usou a idade como discriminante nos seguintes temas.

A cerca do direito ao trabalho, pouco disse no seu texto constitucional, deixando a cargo da legislação infraconstitucional. No entanto, expressou de modo a assegurar que, exceto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razão de idade, doença ou invalidez, todos têm direito ao trabalho.

Abordou temas como participação na vida pública, assegurando esse direito a todos os cidadãos (diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos).

Sobre o voto, disse ser direito de todos os cidadãos maiores de 18 anos. Em matéria de elegibilidade, mencionou apenas a idade mínima para ser eleito ao cargo de Presidente da República portuguesa.

Abordou o tema da instituição família a fim de determinar política de assistência materno-infantil e da terceira idade, que garantia a segurança econômica das pessoas idosas, para proporcionar condições de habitação e convívio familiar e comunitário, evitando ou que se supere isolamento ou marginalização social dessas pessoas.

No entanto, a Constituição portuguesa (1976), diferente do que fez a Constituição brasileira (1988), não dispôs acerca da imputabilidade penal, deixou, portanto, o tema da maioria penal sob a tutela única e exclusiva da legislação infraconstitucional, não impondo limites ao legislador infraconstitucional.

### 1.3 É VÁLIDO FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE O USO DA IDADE COMO ÚNICO CRITÉRIO PARA DISCRIMINAR QUEM SERÁ INIMPUTÁVEL E QUEM NÃO SERÁ IMPUTÁVEL PENALMENTE<sup>7</sup>

#### 1.3.1 O princípio da igualdade

As normas constitucionais, dentre todas as classificações que lhe são apresentadas pela doutrina nacional e estrangeira, é classificada em regras e em princípios, como espécies do gênero norma. É, a partir dessa classificação, que coloca de um lado as regras constitucionais e do outro os princípios constitucionais, enorme parte da doutrina no Brasil e no exterior tem discutido quais as diferenças entre as regras e os princípios, questionando-se alguns se a distinção é de natureza quantitativa ou de natureza qualitativa. Certo é que ao seu modo os princípios e as regras objetivam concretizar a Constituição, atribuindo-lhe força normativa.

A partir dessa classificação divide as normas constitucionais (gênero) em regras e em princípios (espécies), tem-se por certo que os princípios são normas dotadas de maior generalidade e abstração, portanto mais facilmente plasmáveis à realidade social, acompanhando a evolução social, ampliando o seu alcance a casos indeterminados, do que as regras, cujos limites e consequências são previamente delimitados, reduzindo o poder de interpretação, diminuídas a uma lógica o tudo ou nada, voltadas a solucionar casos concretos individualmente<sup>8</sup>.

As regras apresentam uma lógica do tudo ou nada, isto é, a norma ao descrever determinado fato e sua consequência, caso ocorra fato na exata delimitação do que fora previsto, a consequência deve ser aplicada, ou a norma será considerada válida ou será considerada

---

<sup>7</sup>Priberan Dicionário. Estabelecer diferenças. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/discriminar>. Acesso em: 3 abr. 2021.

<sup>8</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 334 a 335.

inválida, quando não será mais aplicável a outro caso<sup>9</sup>. Enquanto que os princípios seguem a lógica de “dimensão de peso”, a qual permite ao intérprete fazer uma ponderação quando da aplicação deste ou daquele princípio<sup>10</sup>. Percebe-se, portanto, que caso haja conflito entre regras, apenas uma restará válida diante da outra que será considerada inválida.

Já diante do conflito entre princípios, muito embora um deles venha a se sobrepor ao outro, diferentemente do que acontece com as regras em colisão, no caso concreto, não haverá a invalidação de um princípio, mas anulação da incidência de um princípio pela incidência do outro, que poderá vir a ser invocado em outro caso concreto, podendo, inclusive, vir a se sobrepor àquele que outrora afastou ou anulou a sua incidência.

Pode-se afirmar que os princípios permitem interpretações que vão além do texto, enquanto as regras buscam extrair o conteúdo da norma com certa limitação ao texto, permitindo, diante da ponderação, que os princípios possam se ajustar ao momento social atual.

As regras e princípios são espécies de normas do dever ser, segundo a diferença de grau e a qualitativa (ALEXY, 2008. p. 67, *apud* CLEVER, 2014, p. 45). Os princípios – ao contrário das regras (em relação às quais vale a lógica do tudo ou nada, pois expressam mandamentos definitivos – não implicam consequências automáticas, mas indicam uma direção a ser seguida (DWORKIN, 2001 p. 22 e ss., *apud* CLEVER, 2014, p. 45)).

No caso de conflitos entre as regras, a solução se aponta por meio da introdução de uma cláusula de exceção, capaz de eliminar o conflito ou declarar a invalidade de uma das regras, diferentemente do que se dá entre a colisão entre os princípios, na qual um deles deve ceder ao outro, não acarretando, contudo, sua invalidade.

Os princípios, por sua vez, são normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado (JOSEF ESSER, 4ª tir., p. 51, *apud* ÁVILA, 2019, p. 55), e tem grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento (KARL LARENZ, p. 26, *apud* ÁVILA, 2019, p. 56.)

---

<sup>9</sup>Ibidem, p. 336.

<sup>10</sup>Ibidem.

Ainda, para Alexy (apud ÁVILA, 2019, p. 57) princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Colocada as suas diferenças, por certo se tem que tanto as regras quanto os princípios estabelecem obrigações jurídicas, sendo cada qual avaliado na sua dimensão (na validade para as regras, no peso para os princípios<sup>11</sup>).

### 1.3.2 Conceito de igualdade

O princípio da igualdade está espalhado por diversos dispositivos da Constituição de 1988 pregando diversos modos de igualdade, como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo da Constituição de 1988). Outrossim, visualiza-se a igualdade em diversas perspectivas. Por exemplo:

- a) a igualdade com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, art. 43, art. 165, § 7º, Art. 170, VII);
- b) a igualdade entre os Estados (art. 4º, IV, CF/88);
- c) a igualdade de todos perante a lei (Art. 5º);
- d) a igualdade de direitos para os trabalhadores urbanos e os rurais (art. 7º, XXXIV);
- e) a igualdade de voto para todos (Art. 14);
- f) a igualdade para a alienação e para a contratação de obras, serviços (Art. 37. XXI);
- g) a igualdade de tratamento entre contribuintes em situação equivalente (Art. 150, II);
- h) a igualdade no acesso à saúde (Art. 196);

---

<sup>11</sup>FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. São Paulo: SP, 2008. p. 26.

i) a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art.206, I,);

j) a igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º);

k) a igualdade, para a criança e o adolescente, na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado (Art. 227, § 3º, IV).

Pelo fato de igualdade pode ser visualizada em diversas perspectivas, para defini-la, deve-se compreendê-la como um princípio que orienta na interpretação das demais normas (BULOS, 2014, p. 559.), mais ainda como verdadeiro princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito, quando na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado (SARLET, 2017, Ebook, p. 622).

Nesse sentido, convém lembrar, sobre o princípio da igualdade, isonomia, equiparação ou paridade, que ele consiste em quinhonar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade<sup>12</sup>. Nesse mesmo sentido, também reverberou Melo (MELO, 2011, p. 10).

A partir da ideia de Aristóteles, Ruy Barbosa (em ORAÇÃO AOS MOÇOS) proclamou:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Sendo assim o trato da regra da igualdade é tratar os pares igualmente e os diferentes na medida das suas desigualdades.

---

<sup>12</sup> Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. Ob., cit., p. 553.

### **1.3.3 A igualdade formal e a igualdade material, a igualdade perante a lei e a igualdade na lei**

A partir desse conceito de igualdade aristotélica, surgiu, talvez, a necessidade de se compreender a igualdade no seu sentido formal e no seu sentido material, a igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

Sem sombra de dúvidas, a natureza humana e a estrutura social na qual se insere o ser humano são as causas da desigualdade entre ele, pelo que surgiu o termo igualdade formal ou substancial (BASTOS, 1999, Ebook, p. 546,7). A igualdade substancial, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 1999, Ebook, p. 548,4), postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

Pode-se até certo grau se afirmar que a igualdade formal e a material se equivalem respectivamente a igualdade perante a lei e a igualdade na lei. Isso porque a igualdade perante a lei corresponde, até certo ponto, a igualdade formal prevista no artigo 5º da Constituição de 1988, para que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Por sua vez, a igualdade material ou a substancial, liga-se a igualdade na lei, que visa realizar a igualdade formal, dar-lhe concretude.

## **2 O TRATAMENTO DO TEMA DA INIMPUTABILIDADE NOS SISTEMAS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

### **2.1 AS SEMELHANÇAS E AS DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA CAPACIDADE CIVIL E DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA O ESTUDO DA IMPUTABILIDADE PENAL**

Não obstante seja bastante elucidativo o conceito de autonomia da vontade, é preciso também complementar o estudo sobre o tema com os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade jurídica para, com isso, discorrer melhor acerca da imputabilidade penal. Nesse sentido, antes, importa dizer que a personalidade jurídica não se confunde com a capacidade jurídica. Este uma simples sombra daquele, revelando-se um campo fértil para discussões, principalmente segundo doutrinadores brasileiros, em especial quando se referem ao seu significado, alcance, ao começo e ao fim da personalidade jurídica. Conforme se observará adiante, os conceitos de personalidade jurídica e capacidade jurídica muito têm a ver com o conceito de autonomia da vontade.

O Código Civil de 2002 não define personalidade jurídica, todavia disse quando tem início. A esse respeito preceitua o art. 2º para quem a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. No mesmo dispositivo legal, também são assegurados os direitos do nascituro desde a concepção. Se por um lado o Código Civil previu que com o nascimento com vida surge a personalidade jurídica, então pressupõe a existência de uma pessoa. De outro lado, estabeleceu o fim dessa personalidade, o seu fim, quando aduz “Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”

Pela simples leitura do art. 2º do Código Civil 2002, pode-se chegar à conclusão de que o início da personalidade se dá com o nascimento com vida. E se esse nascer com vida se refere ao nascimento do sujeito (não necessariamente o ser humano), pode-se ainda concluir que esse nascimento faz surgir a personalidade jurídica. Essa conclusão leva ao art. 6º do Código Civil 2002, que diz que a morte põe fim a existência da pessoa. Se pessoa e personalidade jurídica surgem ao mesmo tempo, não existindo uma sem outra (segundo os adeptos da corrente natalista para quem o nascimento com vida marca o início da personalidade), o fim da existência da pessoa representa também o fim da personalidade



jurídica. O Código Civil de 2002 (Lei nº. 10.406/2002) diz quando a personalidade jurídica começa (com o nascimento com vida) e quando ela tem fim (com a morte). Aqui importa o nascimento e a morte da pessoa natural, compreendida como ente (ser humano) dotado sempre de personalidade jurídica e capacidade jurídica.

Pois bem, feito essa breve exposição sobre o início e fim da personalidade, sem olvidar de que há quem pense de modo diferente sobre o início da personalidade jurídica (adeptos da corrente concepcionista para quem a concepção marca o início da personalidade jurídica), segue-se ao conceito de personalidade.

A doutrina nacional que de forma unânime prega o entendimento de ser a personalidade jurídica a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Nesse sentido, cita-se o ilustre doutrinador Venosa<sup>13</sup> para quem a personalidade jurídica “deve ser entendida como a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.”. Sendo a personalidade jurídica um atributo de todos os sujeitos de direitos, e não somente dos seres humanos<sup>14</sup>.

Essa posição deixa evidente que a personalidade jurídica existe em razão do sujeito, não existindo sem ele. Nesse sentido, a personalidade jurídica é, assim, uma autorização genérica concedida pelo direito para determinados sujeitos, tornando-os aptos à prática de qualquer ato jurídico não proibido. É uma decorrência do princípio da legalidade, sendo a capacidade jurídica, que com aquele não se confunde, quem dá a extensão da personalidade.

A personalidade jurídica seria uma espécie de combustível que permite ao sujeito agir neste ou noutro sentido, permitindo escolhas dentre as diversas possíveis, podendo ser confundida com a autonomia da vontade. Noutro giro, a capacidade jurídica é a medida da personalidade<sup>15</sup>, compreendida com uma sombra que segue o sujeito.

A doutrina nacional costuma distinguir a *capacidade de direito ou jurídica* (como aquela que gera a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações) da *capacidade de fato* (que é a aptidão pessoal para praticar atos com efeitos jurídicos)<sup>16</sup>. A personalidade jurídica e a capacidade jurídica, portanto, completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade

---

<sup>13</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. PDF, p. 134.

<sup>14</sup>COELHO, Fábio Ulhoa *Curso de direito civil: parte geral, volume 1*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. PDF, p. 334.

<sup>15</sup> Op. Cit. p. 141.

<sup>16</sup> Ibid., p. 134.

jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele<sup>17</sup>.

Segundo o genial Caio Mário da Silva Pereira, “a privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico.”<sup>18</sup>. Isso quer dizer que ao se adquirir a personalidade jurídica (que tem início com o nascimento com vida, para os adeptos da teoria natalista; ou a partir da concepção, para os adeptos da teoria concepcionistas), também se adquire a capacidade de direito ou jurídica. Ainda para Caio Mário da Silva Pereira, o direito a todos confere. Nesse sentido, a *capacidade é ao mesmo tempo de um lado de gozo (aquisição) ou de outro de exercício (ação)*<sup>19</sup>.

O Código Civil (Lei nº 10.406/02) estabelece como regra a capacidade (art. 1º) e como exceção a incapacidade (arts. 3º e 4º), sendo que, mesmo os incapazes, continuam tendo personalidade (art. 2º). De modo que possuem direitos, os quais devem ser respeitados.

## 2.2 AS DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Como ficou claro que o nascimento com vida permite ao ser humano adquirir direitos e obrigações na ordem civil (a personalidade jurídica), agindo pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa (capacidade civil). No âmbito penal, diferente do que ocorre no direito civil, os institutos a serem analisados e definidos são a imputabilidade penal e a responsabilidade penal, os quais não se confundem, e não são sinônimos.

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal “é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível” (BRUNO, 1978, p. 39, apud DE JESUS, 2020, Ebook, p. 5960. Segundo o professor Damásio (2020, p. 596 e 597), o significado do

---

<sup>17</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. PDF, p. 222.

<sup>18</sup>Ibid, p. 222.

<sup>19</sup>Idib, p. 222.

termo imputação [penal] a partir de uma perspectiva na qual é imputável a pessoa (agente) que, no momento do fato, em consequência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Ainda, surge que, a partir de uma leitura do art. 26, *caput*, do Código Penal, a contrário sensu, se pode extrair esse entendimento.

A partir disso, fica evidente que a imputabilidade penal não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração. Isso porque responsabilidade:

“é a obrigação que alguém tem de arcar com as consequências jurídicas do crime é o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ele depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as consequências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo”(NORONHA, 1980, p. 172, *apud* DE JESUS, 2020, p. 597.)

Nesse sentido, considera (segundo o art. 26 do Código Penal) imputável todo aquele que conhece o caráter ilícito do fato e pode determinar-se de acordo com esse entendimento (CP, Art. 26). Todavia, pode se observar que a leitura isolada do artigo do art. 26 do Código Penal pode dar a falsa impressão de que todo aquele que tiver conhecimento do caráter ilícito do fato e puder conduzir sua vontade de acordo com esse entendimento, será, ao menos em tese, imputável penalmente.

Acontece que o Constituinte de 1988 estabeleceu no art. 228<sup>20</sup>, sem desprezar o critério previsto no art. 26 do Código Penal, o instituto da inimputabilidade, outro critério, desta vez, um critério puramente objetivo, qual seja, a idade de 18 (dezoitos) anos, termo inicial para que se possa considerar alguém imputável penalmente, e, portanto, sujeito a responsabilização (pena) pela prática do seu crime para estabelecer a imputabilidade penal, isto é, a idade como fator de discriminação entre quem será considerado imputável penalmente e quem não será considerado inimputável penalmente. O certo é que sempre existiu questionamentos em torno de quando deveria começar a maior idade penal. Surgem daí diversos posicionamentos sobre

---

<sup>20</sup> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

qual o momento adequado (ou idade adequada) para se imputar a alguém a responsabilidade pela prática de infrações penais.

No Brasil e em Portugal, essa discussão não passou despercebido, o que levou estas duas repúblicas a atribuírem tratamento penal diferenciado em razão da idade. Contudo, com pode ser observado, a atual Constituição brasileira (1988) tratou expressamente do instituto da inimputabilidade ao passo que a atual Constituição portuguesa (1976) nada disse, deixando a cargo da legislação infraconstitucional tratar do tema.

A idade, como critério de discriminação para considerar os menores de 18 anos inimputáveis, foi estabelecido, originariamente, no texto Constitucional de 1988. O que se revela, a nosso ver, bastante em si, para refutar qualquer alegação contrária de que a idade não deve ser erigida a fator de *discrímén* válido. Até porque não se admite, atualmente, a tese das normas constitucionais inconstitucionais, isto é, de normas contraditórias advindas do poder constituinte originário.

Nesse sentido, segue trecho da ADI 815/DF:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito supra positivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 815, Relator(a): Minº MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312).

Por sua vez, o administrativista brasileiro Melo (2011) afirma que um *discrímén* para não violar a igualdade deve conter alguns elementos, e descreve quais seriam, a saber:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

- b) que as situações ou pessoas dizem que amparadas pela regra de direitos sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regimes jurídico em função deles, estabelecida pela Norma Jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente a função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público.

Foi o Constituinte de 1988 que estabeleceu a idade de 18 anos como marco inicial para a imputabilidade penal no Brasil. A partir disso, e se valendo dos elementos citados por Melo como necessários a convivência com a isonomia, pode-se perguntar: a idade com fator de discriminação pode atingir de modo absoluto um só indivíduo?

A idade é fator residente nas pessoas a serem diferenciados? Existe, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regimes jurídico em função deles, estabelecida pela Norma Jurídica? *In concreto*, o vínculo de correlação supra-referido é pertinente a função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público?

A resposta é positiva a todas as perguntas, notadamente se observarmos que a Constituição do Brasil, em capítulo à parte, atribui especial proteção à criança e ao adolescente. A esse respeito é o art. 227 da Constituição<sup>21</sup>. Contudo, essa inimputabilidade decorrente do fator idade, não é total, isto é, não se quer dizer que não haverá a responsabilização do autor do fato criminalmente relevante.

---

<sup>21</sup> CRFB, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

### **3 CAPÍTULO III – ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE PENAL NO BRASIL**

#### **3.1 UMA BREVE ANÁLISE ESPOSITIVA DOS DIPLOMAS LEGAIS PENAIS**

##### **3.1.1 Código Criminal do Império (1830)**

No período imperial de 1824, estava vigente a Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824), elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, teve como princípios características: (i) Monarquia constitucional e hereditária; (ii) Voto censitário (para ser eleitor era necessário ter uma determinada renda mínima) e descoberto, ou seja, não secreto; (iii) União entre a Igreja e Estado, sendo a religião católica a oficial; (iv) Quatro Poderes Políticos: o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Moderador<sup>22</sup>).

Essa Constituição Imperial (1824) não se ocupou em seu texto de temas afetos ao direito criminal, não estabeleceu nenhuma regra, por exemplo, acerca da inimputabilidade ou imputabilidade penal. O tema da imputabilidade é tratado na Lei 16 de dezembro de 1830, que manda executar o Código Criminal do Império, o qual expressamente tratou de estabelecer que os menores de (14) quatorze anos não se julgarão criminosos (Art. 10, 1<sup>o</sup><sup>23</sup>).

Sob a vigência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891) estabeleceu como principais características: (i) República federativa liberal, com sistema presidencialista de governo; (ii) Três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que o Poder Moderador foi extinto; (iii) Fim do voto censitário ou por renda: seriam eleitores todos os cidadãos; (iv) Analfabetos, mendigos, soldados e membros de ordens religiosas não eram considerados eleitores e eram impedidos de votar; (v) Separação entre Estado e Igreja; (vi) Autonomia dos estados, conforme almejava a elite agrária ao apoiar o republicanismo; (vii).

Também o constituinte de 1891, a semelhança do constituinte de 1824, não se preocupou em estabelecer regras de direito criminal, de maneira que nada disse sobre quando a pessoa poderia ser considerada imputável penalmente, o que a cargo do Código Penal.

---

<sup>22</sup>Constituição Política do Império do Brasil(1824): Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

<sup>23</sup> Código Criminal de 1830: Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos.

O decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890, surge da necessidade urgente de reformar o direito penal até então em vigor, dando ensejo ao Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Contudo, no Título III (Da responsabilidade criminal; das causas que derimem (*sic*) a criminalidade e justificam os crimes), disse não serem criminosos os menores de 9 (nove) anos completos e os maiores de 9 (nove) anos e menores de 14 (quatorze) anos que obrarem sem discernimento<sup>24</sup> e manteve a regra da inimputabilidade penal para os menores de 14 anos de idade, como estabelecia o Código Penal do Império.

A mudança efetivamente ocorreu com o Decreto nº. 2.848 (de 7 de dezembro de 1940), que instituiu o Código Penal, no Título III (Da Imputabilidade Penal), quando passou a eleger como inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos<sup>25</sup>. Percebe-se que aumentar a idade de responsabilidade criminal de quatorze anos para dezoito anos passa a ideia de que punir precocemente não era a solução. Vale lembrar que esse Código Penal surge sob a vigência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934), cujas principais características eram: (i) Voto secreto; (ii) Voto feminino; (iii) Legislação trabalhista (previdência social, jornada de trabalho de 8 horas diárias, salário mínimo, férias etc.); (iv) Autonomia dos sindicatos (na prática, porém, havia corporativismo e cooptação de sindicatos e suas lideranças); (v) Medidas nacionalistas defendendo as riquezas naturais do país; (vi) Criação da Justiça Eleitoral; (vii) Obrigação de as empresas manterem, no mínimo, dois terços de empregados brasileiros; (viii) Não estabeleceu nenhuma regra sobre imputabilidade penal.

Por sua vez, pode-se apontar como principais características da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937):(i) Fechamento do Poder Legislativo nos três níveis (Congresso Nacional, Assembleias (*sic*) Estaduais e Câmaras Municipais); (ii) Poder Judiciário subordinado ao Executivo; (iii) Total liberdade de ação à Polícia Especial; (iv) Propaganda a favor do governo no rádio mediadas pelo DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda);(v) Eliminação do direito de greve; (vi) Reintrodução da pena de morte; (vii)Estados seriam governados por interventores; (viii) Não estabeleceu nenhuma regra sobre imputabilidade penal. Esse momento constitucional não trouxe nenhuma regra sobre direito penal na constituição de 1937.

---

<sup>24</sup> Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 anos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

<sup>25</sup> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946) teve como principais características: (i) Poder Executivo exercido pelo presidente da República, eleito pelo povo para um mandato de cinco anos; (ii) Poder Legislativo constituído pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados. Tanto os senadores quanto os deputados eram eleitos pelo povo; os primeiros, na quantia de três por estado, e os segundos, de forma proporcional à população de cada estado; (iii) Poder Judiciário formado por tribunais federais de cada estado e pelo Supremo Tribunal Federal; (iv) Autonomia política e administrativa para os estados; (v) não se estabeleceu nenhuma regra sobre imputabilidade penal.

A Constituição da República Federativa do Brasil (1967) é, na verdade, a Constituição de 1946 marcada pelos diversos atos institucionais, que a alteraram demasiadamente, e teve como principais atos: (i) AI-1: decretado poucos dias após o golpe e redigido pelo autor da Constituição Polaca de 1937, dava ao Executivo poderes para cassar mandatos parlamentares e suspendia os direitos políticos dos cidadãos por 10 anos, principalmente; (ii) AI-2: também de 1964, decretou o fim dos partidos políticos e decretou que os crimes contra a segurança nacional seriam julgados por tribunais militares; (iii) AI-3: de 1966, eliminou as eleições diretas para governador; (iv) AI-4: determinou as regras para que fosse aprovada a Constituição de 1967, projeto dos militares que fortalecia tremendamente o Poder Executivo e que foi aprovada sem discussões; (v) AI-5: o mais violento e duradouro de todos os atos baixados pela ditadura, suspendia o *habeas corpus*, dava ao presidente poderes para fechar o Congresso Nacional por tempo ilimitado e de suspender os direitos políticos de qualquer cidadão. Qualquer pessoa atingida pelos efeitos do AI-5 estava proibida de reclamar na Justiça. A Emenda Constitucional nº. 1 (de 17 de janeiro de 1969) não estabeleceu nenhuma regra sobre imputabilidade penal.

Como a Constituição da República Federativa do Brasil (de 05 de outubro de 1988), fruto de uma tentativa de redemocratização do Estado brasileiro, faz surgir uma nova conjuntura social, política e econômica, e tem como principais características: (i) Sistema presidencialista de governo, com eleição direta em dois turnos para presidente; (ii) Transformação do Poder Judiciário em um órgão verdadeiramente independente, apto inclusive para julgar e anular atos do Executivo e Legislativo; (iii) Intervencionismo estatal e nacionalismo econômico; (iv) Assistência social, ampliando os direitos dos trabalhadores; (v) Criação de medidas provisórias, que permitem ao presidente da República, em situação de emergência, decretar leis que só posteriormente serão examinadas pelo Congresso Nacional; (vi) Direito ao voto para



analfabetos e menores entre 16 e 18 anos de idade; (vii) Ampla garantia de direitos fundamentais, que são listados logo nos primeiros artigos, antes da parte sobre a organização do Estado; (viii) Intervencionismo estatal e nacionalismo econômico; (vix) Assistência social, ampliando os direitos dos trabalhadores; (x) Criação de medidas provisórias, que permitem ao presidente da República, em situação de emergência, decretar leis que só posteriormente serão examinadas pelo Congresso Nacional; (xi) Direito ao voto para analfabetos e menores entre 16 e 18 anos de idade; (xii) Ampla garantia de direitos fundamentais, que são listados logo nos primeiros artigos, antes da parte sobre a organização do Estado; (xi) Trouxe regra sobre imputabilidade penal.

A Constituição de 1988, diferentemente das constituições anteriores, chamou para si a responsabilidade de ditar as regras sobre o início da imputabilidade penal. O Brasil, por sete vezes, manifestou o poder constituinte originário, inicialmente com a Constituição do Império 1824, tendo criado outras Constituições, até a atual Constituição de 1988, e a cada novo sistema constitucional que surgia, alguns valores eram abandonados, outros continuavam negligenciados, novos valores eram estabelecidos orientando os passos do legislador infraconstitucional, principalmente no tocante ao Direito Penal.

As constituições de 1824, de 1891, de 1934, de 1937, de 1946, de 1967, não se preocuparam em orientar o legislador ordinário acerca do direito penal e principalmente quantos as regras que marcam o início da imputabilidade penal, fato que mudou somente a partir da Constituição de 1988.

É fato que sob a vigência de cada constituição surgir um novo Estado Constitucional Penal, com regras e comandos emanadas diretamente da Constituição. É a Constituição que aponta, ou pelo menos deve apontar a direção e a intensidade como que o direito penal vai atuar, será a moldura dentro da qual a legislação infraconstitucional trabalhará, fixando os limites e o campo de atuação do direito penal.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o direito penal se porta conforme determina o Direito Constitucional. No caso do constituinte de 1988, no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), é visível o quanto o direito constitucional diz como deve ser o direito penal, de maneira que trouxe um apanhado de normas sobre direito penal (regras e princípios) contidos no artigo 5º da Constituição, discorrendo sobre os mais variados temas: (i) A inviolabilidade do domicílio e Inviolabilidade

do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (Art. 5º, XI, XII, CRFB de 1988); (ii) juízo ou tribunal de exceção (Art. 5º, XXXVII, CRFB de 1988); (iii) irretroatividade da lei penal (Art. 5º, XL, CRFB de 1988); (iv) dos crimes inafiançáveis e imprescritíveis (Art. 5º, XLII, CRFB de 1988); (v) dos crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (Art. 5º, XLIII, CRFB de 1988); (vi) intranscendência das penas (Art. 5º, XLV, CRFB de 1988); (vii) espécies de penas (Art. 5º, XLVI, a, b, c, d, CRFB de 1988); (viii) penas proibidas (Art. 5º, XLVII, a, b, c, d, e, CRFB de 1988); (ix) local de cumprimento da pena (Art. 5º, XLVIII, CRFB de 1988); (x) humanização das penas (Art. 5º, L, CRFB de 1988); (xi) devido processo legal (Art. 5º, LIII, CRFB de 1988); (xii) direito ao contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LV, CRFB de 1988); (xiii) inadmissibilidade das provas ilícitas (Art. 5º, LVI, CRFB de 1988); (xiv) princípio da presunção de não culpabilidade (Art. 5º, VII, CRFB de 1988); (xv) identificação criminal (Art. 5º, LVIII, CRFB de 1988); (xvi) ação privada nos crimes de ação pública, com exceção (Art. 5º, LIX, CRFB de 1988); (xvii) publicidade dos atos processuais (Art. 5º, LX, CRFB de 1988); (xviii) prisão em flagrante delito (Art. 5º, LXI, CRFB de 1988); etc.

A Constituição de 1988 se preocupou muito e direcionar o legislado ordinário acerca do caminho que o direito penal deve trilhar. Isso fica evidente ao tratar de vários institutos que guardam relação indireta ou direta com Direito Penal, traçando regras de política criminal. Isso nos faz pensar em um direito Constitucional Penal, não medida que o direito constitucional dita as regras para o direito penal, e em um direito Penal Constitucional na medida em que as de direito penal antes tratada somente no direito passa foram absorvidas pela constituição. Assim saem normas da Constituição para o direito penal e deste para a constituição, fato perceptível uma vez que nenhuma constituição brasileira, antes de 1988, tratou do tema da imputabilidade penal, que era de competência do legislador ordinário, mas acabou chegando a Constituição (1988).

### **3.1.2 Do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890)**

Para o Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890, que fez surgir o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, no Título II (Dos crimes e dos criminosos), Título III (Da responsabilidade criminal), não eram considerados criminosos os menores de nove anos

completos e os maiores de nove anos e menores de 14 anos que obrarem sem discernimento. Esse Código Penal, por sua vez, era um reflexo do Estado constitucional da época (1891 e 1934), que não enfrentou o tema da inimputabilidade penal no texto constitucional, ignorando-o, deixando-o por conta da legislação infraconstitucional.

Segundo o Código Penal (1890), para se definir quem era criminoso ou não, verificando se tratar de menores de nove anos, o critério era unicamente etário, ou seja, puramente objetivo. No entanto, para os casos de maiores de nove anos e menores de 14 anos, para aferir se seriam ou não criminosos, não deveria verificar apenas a idade, mas era preciso ainda constatar se aquele menor tinha ou não discernimento, ou seja, surge a necessidade de uma análise subjetiva para determinar a capacidade daquele menor responder pelo crime. Essa avaliação subjetiva foi retirada da legislação brasileira por meio de uma alteração efetuada no Código Penal de 1890 por meio da Lei 4.242/21<sup>26</sup>.

### **3.1.3 Do Código Penal (1940)**

O atual Código Penal brasileiro instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, é fruto do sistema constitucional de 1937. Após sua entrada em vigor, vieram outras novas ordens constitucionais (1946, 1967 e a atual de 1988). Isso significa que esse código penal teve que sofrer diversas alterações, ao longo desses anos, a fim de ajustar-se ao espírito constitucional vigente, e por fim se ajustar a ordem constitucional atual (1988).

Mas antes, deve-se observar que a Constituição de 1988, ao tratar do tema da imputabilidade, absorveu regras do direito penal, atribuindo-lhes o status constitucional. Basta verificar que não coube a constituição dispor sobre a imputabilidade penal, mas ao Código Penal do Brasil (1940) que disse quem são inimputáveis, em razão da idade, os menores de 18 anos (art. 27 do CP). A estes é assegurado tratamento diferenciado segundo às normas estabelecidas na legislação especial.

---

<sup>26</sup> Art. 3º, §16º. “O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de nenhuma espécie; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punível e sua autoria, o estado físico, mental e moral do menor, e a sua situação social, moral e económica dos pais, ou tutor, ou pessoa sob cuja guarda viva”.

Esse dispositivo do Código Penal do Brasil (1940), entrou em vigor com a alteração promovida pela Lei. n. 7.209, de 1984, como anterior a Constituição de 1988, foi por ela absorvido, num processo denominado de Constitucionalização do direito penal. Agora a regra sobre inimputabilidade decorre direto da constituição de 1988 (art. 228, *caput*, da CRFB).

## 3.2 DAS LEIS SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

### 3.2.1 Da Estrutura da Consolidação das Leis de Assistência e Proteção aos Menores

O Decreto nº. 17.943-A (de 12 de outubro de 1927) Consolidou as Leis de Assistência e Proteção a Menores, sendo revogado pela Lei nº. 6.697 (de 10 de outubro de 1979) que institui o Código de Menores, e veio ser revogada pela Lei nº 8.069 (de 13 de julho de 1990) a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. A ordem é a seguinte: Leis de Assistência e Proteção a menores (Primeiro, o Decreto nº. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), revogado pelo Código de Menores; Código de Menores (Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979), revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

O Decreto nº. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), que consolida as Leis de Assistência e Proteção a Menores, está estruturado da seguinte forma: composto por 231 artigos, os quais tratam dos seguintes assuntos: (i) Das crianças da primeira idade, (ii) Dos infantes expostos, (iii) Dos menores abandonados, (iv) Da inabilitação do pátrio poder e da remoção da tutela, (v) Das medidas aplicáveis aos menores abandonados, (vi) Dos menores delinquentes, (vii) Da liberdade vigiada, (viii) Do trabalho dos menores, (ix) Da vigilância sobre os menores, (x) De vários crimes e contravenções, (xi) Do juízo privativo dos menores abandonados e delinquentes, (xii) Do processo, (xiii) Do abrigo de menores, (xiv) Dos institutos disciplinares, (xv) Do conselho de assistência e proteção aos menores.

O Decreto nº. 17.943-A (de 12 de outubro de 1927), que consolida as Leis de Assistência e Proteção a Menores, foi revogado com a entrada em vigor da Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979), que Institui o Código de Menores, que está estruturado da seguinte forma: composto por 123 artigos, aborda os seguintes assuntos: (i) Da aplicação da lei, (ii) Da autoridade judiciária, (iii) Das entidades de assistência e proteção ao menor, (iv) Das entidades

criadas pelo poder público, (v) Das entidades particulares, (vi) Das medidas de assistência e proteção, (vii) Das medidas aplicáveis ao menor, (viii) Da colocação em lar substituto, (ix) Da delegação do pátrio poder, (x) Da guarda, (xi) Da tutela, (xii) Da adoção simples, (xiii) Da adoção plena, (xiv) Da liberdade assistida, (xv) Da colocação em casa de semiliberdade, (xvi) Da internação, (xvii) Das medidas aplicáveis aos pais ou responsável, (xviii) Da obrigação de submeter o menor a tratamento, (xix) Da perda ou suspensão do pátrio poder e da destituição da tutela, (xx) Da perda da guarda, (xxi) Da apreensão de objeto ou coisa, (xxii) Das medidas de vigilância, (xxiii) Das casas de espetáculos, das diversões em geral, dos hotéis e congêneres, (xiv) Dos espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, radiofônicos e de televisão, (xxv) Das casas de jogo, dos bailes públicos e hotéis, (xxvi) De outros locais de jogos e recreação, (xxvii) Da execução das medidas judiciais pelas entidades de assistência e proteção ao menor, (xxviii) Da autorização para viajar, (xix) Das infrações cometidas contra a assistência, proteção e vigilância a menores, (xxx) Das infrações, (xxxii) da aplicação das penalidades, (xxxiii) Do registro civil do menor, (xxxiv) Do trabalho do menor, (xxxiv) Do processo, (xxxiv) Da competência, (xxxv) Do ministério público, (xxxvi) Do procurador, (xxxvii) Dos procedimentos especiais, (xxxviii) Da verificação da situação do menor, (xxxix) Da apuração de infração penal, (xl) Da perda e da suspensão do pátrio poder e da destituição da tutela, (xli) Da adoção, (xlii) Das penalidades administrativas, (xliii) Dos recursos.

A Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que Institui o Código de Menores, foi revogado com a entrada em vigor da Lei nº 8.069 (de 13 de julho de 1990), que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, que está estruturado da seguinte forma: contendo 267 artigos, estruturados da seguinte forma: (i) Dos direitos fundamentais, (ii) Do direito à vida e à saúde, (iii) Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, (iv) Do direito à convivência familiar e comunitária, (v) Da família natural, (vi) Da família substituta, (vii) Da guarda, (viii) Da tutela, (ix) Da adoção, (x) Do direito à educação, (xi) à cultura, (xii) ao esporte e ao lazer, (xiii) Do direito à profissionalização e à proteção no trabalho, (xiv) Da prevenção, (xv) Da prevenção especial, (xvi) Da informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos, (xvii) Dos produtos e serviços, (xviii) Da autorização para viajar, (xix) Da política de atendimento, (xx) Das entidades de atendimento, (xxi) Da fiscalização das entidades, (xxii) Das medidas de proteção, (xxiii) Das medidas específicas de proteção, (xxiv) Da prática de ato infracional, (xxv) Dos direitos individuais, (xxvi) Das garantias processuais, (xxvii) Das medidas socioeducativas, (xxviii) Da advertência, (xxix) Da obrigação de reparar o dano, (xxx) Da prestação de serviços à comunidade, (xxxi) Da liberdade assistida,

(xxxiv) Do regime de semiliberdade, (xxxv) Da internação, (xxxvi) Da remissão, (xxxvii) Das medidas pertinentes aos pais ou responsável, (xxxviii) Do conselho tutelar, (xxxix) Das atribuições do conselho, (xl) Da competência, (xli) Da escolha dos conselheiros, (xlii) Dos impedimentos, (xliii) Do acesso à justiça, (xliv) Da justiça da infância e da juventude, (xlv) Do juiz, (xlvi) Dos serviços auxiliares, (xlvii) Dos procedimentos, (xlviii) Da perda e da suspensão do pátrio poder familiar, (xlix) Da destituição da tutela (l) Da colocação em família substituta, (li) Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente, (lii) Da infiltração de agentes de polícia para a investigação de crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente, (liii) Da apuração de irregularidades em entidade de atendimento, (liv) Da apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, (lv) Da habilitação de pretendentes à adoção, (lvi) Dos recursos, (lviii) Do ministério público, (lix) Do advogado, (lx) Da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, (lxi) Dos crimes e das infrações administrativas, (lxii) Dos crimes, (lxiii) Dos crimes em espécie, (lxiv) Das infrações administrativas.

A partir de uma simples análise de como foram estruturados cada um dos diplomas legislativos, é possível verificar que os fins visados por cada um dos diplomas divergem quanto ao propósito. A começar pelo Decreto nº. 17.943-A/1927) que revela uma nítida preocupação em vigiar os menores desde a mais tenra idade, de modo que os pais e responsáveis somente são fiscalizados na medida em que devem fiscalizar os menores a fim de evitar que fiquem expostos ou abandonados, ou tornem-se delinquentes, de modo que, no primeiro deslize, sejam lançados em institutos, cujo fim é discipliná-los. Por sua vez, a Lei nº. 6.697/1979) mantém-se preocupado em continuar a vigiar os menores, em assisti-los por meio de entidades de assistência criadas pelo poder público ou particulares, não se revela uma lei voltada à proteção dos menores, em vez disso está preocupada em vigiá-los e discipliná-los. Já com a entrada em vigor da Lei nº 8.069/1990, a proteção ao menor se torna algo evidente a começar pelo abandono de nomenclaturas do tipo: expostos ou abandonados, delinquentes; prefere-se tratá-los por criança e adolescente; abandona-se ainda a ideia de vigilância constante sobre os menores para evitar que fiquem expostos, abandonados ou venham a delinquir, e volta-se a proteger efetiva da criança e do adolescente, por isso se asseguram direitos fundamentais, do tipo a vida, a saúde, a integridade física, o lazer; abandona-se a postura de querer disciplinar o menor, pois não é o único objetivo, mas dá-lhe dignidade; agora os vigiados não são mais os menores, mas os pais, a sociedade, o poder público, os particulares, estes que são fiscalizados as cerca de suas condutas poderem, de certa forma, violar alguns direito da criança e do

adolescente; a criança passar a ser vista como sujeito de direitos e de integral proteção no sistema tutelar atual e, mesmo quando são retirados dos seus lares, de sua família, o propósito nunca será puni-los, mas protegê-los, ora de seus familiares, ora de si mesmas<sup>27</sup>.

### **3.2.2 Das Leis de Assistência e Proteção a Menores (Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927)**

O Decreto nº 17.843-A, de 12 de outubro de 1927, consolida as Leis de Assistência e Proteção a Menores, não definiu entre os seus objetivos proteger o menor de quem quer que sejam, mas o objetivo da norma era o de submeter o menor, que abandonado ou considerado delinquente, menor de 18 anos de idade, “às medidas de assistência e proteção” (Art. 1º), cujo propósito era tão somente retirá-los das ruas.

Ainda, definiu, para efeito de vigilância constante da autoridade pública, ser as crianças de primeira idade aquelas de menos de dois anos de idade entregue a criar, ou em ablactação ou guarda, fora da casa dos pais ou responsáveis, mediante salário (Arts. 2º e 3º).

Outrossim, o Decreto nº 17.843-A/1927 preocupou-se em definir os considerados infantes expostos como sendo os menores de até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja (Art. 14), que ficariam sujeitos a instituições apropriadas a recolhê-los e cria-los (Art. 16).

No giro, definia-se quem seria considerava abandonados os menores de 18 anos (Art. 26) que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja guarda vivam. Para tanto estabeleceu uma serie de circunstancias que se verificada levariam a conclusão de se tratar de menores abandonados: (I); que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda (II); que tenham pai, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus

---

<sup>27</sup> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

deveres para com o filho ou pupilo ou protegido (III); que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue a prática de atos contrários a moral e aos bons costumes (IV); que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem (V); que frequentem lugares de jogo ou de moralidade duvidosa ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida (VI); que, devido à crueldade, abuso de autoridade, negligência ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam (VII): a) vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde; c) empregados em ocupações proibida ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saúde; d) excitados habitualmente para a gatuñice, mendicidade ou libertinagem; que tenham pai, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível (VIII): a) a mais de dois anos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime cometido por filho, pupilo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

Definiu, ainda a Lei de Assistência e Proteção a Menores, o encarregado da guarda do menor, como sendo a pessoa que, não sendo seu pai, mãe, tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia (Art. 27).

O Decreto nº 17.843-A/1927 considerava vadios os menores que (Art. 28): a) vivem em casa dos pais ou tutor ou guarda, porém, se mostram refratários a receber instrução ou entregar-se a trabalho sério e útil, vagando habitualmente pelas ruas e logradouros públicos; b) tendo deixado sem causa legítima o domicílio do pai, mãe ou tutor ou guarda, ou os lugares onde se achavam colocados por aquele a cuja autoridade estavam submetidos ou confiados, ou não tendo domicílio nem alguém por si, são encontrados habitualmente a vagar pelas ruas ou logradouros públicos, sem que tenham meio de vida regular, ou tirando seus recursos de ocupação imoral ou proibida. O Decreto nº 17.843-A/1927 definiu que eram considerados mendigos os menores que habitualmente pedem esmolas para si ou para outrem, ainda que este seja seu pai ou sua mãe, ou pedem donativo sob pretexto de venda ou oferecimento de objetos (Art. 29).

Decreto nº 17.843-A/1927 também definiu, noutra ocasião, que são libertinos os menores que habitualmente (Art. 30): a) na via pública perseguem ou convidam companheiros ou transeuntes para a prática de atos obscenos; b) se entregam à prostituição em seu próprio



domicílio, ou vivem em casa de prostituta, ou frequentam casa de tolerância para praticar atos obscenos; c) forem encontrados em qualquer casa, ou lugar não destinado à prostituição, praticando atos obscenos com outrem; d) vivem da prostituição de outrem.

O Decreto nº 17.843-A/1927 tinha regras de suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela (Art. 31). O Decreto nº 17.843-A/1927 estabeleceu as medidas aplicáveis aos menores abandonados: apreensão daqueles menores considerados abandonados (Arts. 55 e 56) e dos menores de 18 (dezoito) anos que forem achados vadiando ou mendigando (Art. 61). O Decreto nº 17.843-A/1927 dedicou um capítulo específico para o menor delinquente (CAPÍTULO VII - DOS MENORES DELINQUENTES).

Nesse momento, o Decreto nº 17.843-A/1927 estabelecia que o menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, não seria submetido a processo penal de espécie alguma (Art. 68), bem como que se contasse mais de 14 anos e menos de 18, seria submetido a processo especial (Art. 69). Por outro lado, se o menor contasse mais de 16 e menos de 18 anos de idade ao tempo do crime ou contravenção, e ficasse provado que se trata de indivíduo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz poderia remetê-lo a um estabelecimento para condenados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão comum com separação dos condenados adultos, onde permanecerá até que se verifique a sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu máximo legal (Art. 71). Esse Decreto previa como circunstância atenuante o fato de ter menor a idade de 18 a 21 anos (Art. 76). Acerca do cumprimento da pena, para o menor que tinha mais de 18 anos e menos de 21 ao tempo do crime ou da contravenção, o cumprimento da pena seria, durante sua menoridade, completamente separado dos presos maiores (Art. 77).

Noutro giro, os vadios, mendigos, capoeiras, que tiverem mais de 18 anos e menos de 21, serão recolhidos à Colônia Correccional, pelo prazo de um a cinco anos (Art. 78). No caso de menor de idade inferior a 14 anos autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, se não puder ficar a cargo do seus pais, tutor ou guarda, o juiz ou tribunal poderia ordenar a sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiara a pessoa idônea, até que complete 18 anos de idade (Art. 79).

Em se tratando de menor entre 14 e 18 anos seria sentenciado à internação em escola de reforma, o juiz ou tribunal poderia antecipar o seu desligamento, ou retardá-lo até ao máximo estabelecido na lei, fundando-se na personalidade moral do menor, na natureza da infracção e

circunstâncias que a rodearam no que possam servir para apreciar essa personalidade, e no comportamento no reformatório, segundo informação fundamentada do diretor (Art. 80).

Se o menor de 14 a 18 anos fosse sentenciado até a um ano de internação, poderia o juiz ou tribunal, tomando em consideração a gravidade e a modalidade da infração penal os motivos determinantes e a personalidade moral do menor, suspender a execução da sentença o pô-lo em liberdade vigiada (Art. 81). Em alguns casos, o juiz ou tribunal poderia, inclusive, deixar de condenar o menor (Art. 82). O juiz ou tribunal pode renunciar a toda medida se passados seis meses, depois que a infração foi cometida por menor de 14 anos, ou se já decorreu metade do prazo para a prescrição da ação penal ordinária, quando se tratar de infração atribuída a menor de 14 a 18 anos (Art. 83).

O menor que ainda não completou 18 anos não poderia ser considerado reincidente, mas a repetição de infração penal da mesma natureza ou a perpetração de outra diferente contribuiria para o equiparar o menor moralmente pervertido ou com persistente tendência ao delito (Art. 85).

Segundo estabelecia o Decreto nº 17.843-A/1927, nenhum menor de 18 anos, poderia preso por qualquer motivo ou apreendido será recolhido a prisão comum (Art. 86), devendo ser entregue a sua família, mediante termo de responsabilidade ou, se as circunstância não o permitirem, entregue a pessoa idônea ou a algum instituto de ensino ou de caridade, ou, finalmente, recolhido a estabelecimento que, não sendo destinado a prisão, queria, todavia, prestar-se a isso (§ 2º); e, somente em caso de absoluta necessidade, pela impossibilidade material de encontrar quem possa acolher provisoriamente o menor, poderia ser guardado preventivamente em algum compartimento da prisão comum, separado, entretanto, dos presos adultos (§ 3); e mesmo o menor não tendo sido preso em flagrante, mas a autoridade competente para a instrução criminal achar conveniente não o deixar em liberdade (§ 4º). E na falta de estabelecimentos apropriados à execução das medidas aplicáveis aos menores delinquentes, os menores de 14 a 18 anos sentenciados à internação em escola de reforma serão recolhidos a prisões comuns, porém, separados dos condenados maiores, e sujeitos a regime adequado, disciplinar o educativo, em vez de penitenciário (Art. 87).

Sobre a publicidade do processo, o Decreto nº 17.843-A/1927, a Menores estabelecia que o processo a que forem submetidos os menores de 18 anos será sempre secreto e que somente poderia assistir as audiências as pessoas necessárias ao processo e as autorizadas

pelo juiz (Art. 88). Vedava ainda a publicação, total ou parcial, pela imprensa ou por qualquer outro meio, dos documentos do processo, debate e ocorrência nas audiências, e de decisões das autoridades, ainda a exibição de fotos dos menores processados, de qualquer ilustração que lhes diga respeito ou se refira aos factos que lhes são imputados, com exceção das sentenças que poderiam ser publicadas, sem que o nome do menor possa ser indicado por outro modo que por uma inicial (Art. 89), sua violação considerada infração.

Dentre o tratamento diferenciado atribuído aos menores de 18 anos, tinha o fato de que eram julgados separado dos corréus maiores de 18 anos (Art. 90). Aos menores de 18 anos, impedia, inclusive, de assistir as audiências e sessões dos juízes e tribunais, nem mesmo as do Juízo de Menores, senão para a instrução e o julgamento dos processos contra eles dirigidos, quando houverem sido intimados a comparecer, ou quando houverem de depor como testemunhas, e; somente durante o tempo em, que sua presença for necessária (Art. 91).

O menor que cometesse um crime ou contravenção poderia ficar sobre liberdade vigiada, a qual consiste em submeter o menor a companhia e sob a responsabilidade dos pais, tutores ou guardiões, ou aos cuidados de um patronato, e sob a vigilância do juiz (Art. 92), qual não excederia a um ano (item 5.). A liberdade vigiada seria revogada caso o menor cometesse algum crime ou contravenção que importe pena restritiva da liberdade, ou não cumprisse alguma das cláusulas da concessão, retornando o menor a novo internamento, e o tempo decorrido durante o livramento não seria computado. Decorrido, porém, todo o tempo que faltava, sem que o livramento seja revogado, a liberdade se tornaria definitiva (Art. 94). Por decisão do juiz competente, ex-officio ou mediante iniciativa de proposta do diretor da respectiva escola, o qual justificará em fundamento relatório a conveniência da concessão da liberdade vigiada (Art. 95).

O Decreto nº 17.843-A/1927, na Parte Especial, regras sobre o Juízo privativo para menores abandonados e delinquentes (Art. 146), além de regras sobre o processo. Dentre as regras processuais há a segundo a qual o menor que for encontrado abandonado ou que tenha cometido crime ou contravenção, deveria ser levado ao juízo de menores, para o que toda autoridade judicial (Art. 157.), que o faria recolher ao abrigo, mandaria submetê-lo a exame médico e pedagógico, para só assim dar início ao processo, que na espécie coubesse (Art. 159).

Os menores abandonados e delinquentes, até que tivessem destino definitivo, ficariam em um abrigo de menores que, subordinado ao Juiz de Menores, se destinava a recebê-

los provisoriamente (Art. 189). Esse abrigo tinha duas divisões, uma masculina e outra feminina, ambas se subdividiam em secções de abandonados e delinquentes, sendo os menores distribuídos em turmas, conforme o motivo do recolhimento, sua idade e grau de perversão (Art. 190).

Ainda o Decreto nº 17.843-A/1927, na Parte Especial sobre os Institutos Disciplinares, constou o comando de que deveria ser criada uma escola de preservação para menores do sexo feminino, que ficassem sob a proteção da autoridade pública (Art. 198), destinada a dar a educação física, moral, profissional e literária às menores (Art. 199). Na escola de preservação, não eram recolhidas menores com idade inferior a sete anos nem excedente a 18 anos (Art. 200).

Interessante perceber que a escola era constituída por pavilhões, em que pesem próximos uns dos outros, independentes, onde cada uma abrigava três turmas de educandas (Art. 201), sendo que havia um pavilhão para menores que forem processadas e julgadas por infracção da lei penal (§ 1º) e também pavilhões divididos em compartimentos, destinados à observação das menores à sua entrada e às indisciplinadas (§ 2º). Na escola, as menores realizavam alguns ofícios: costura, trabalhos de agulha, lavagem de roupa, etc. (Art. 202).

Já a Escola Quinze de Novembro era destinada à preservação dos menores abandonados do sexo masculino (Art. 203).

Ainda existia uma terceira escola de reforma que era destinada a receber para regenerar pelo trabalho, educação e instrução, os menores do sexo masculino de mais de 14 anos e menos de 18 anos, que fossem julgados pelo juiz de menores e por este mandado internar (Art. 204.). Esta escola, a semelhança da escola de preservação, era constituída por pavilhões próximos, mas independentes, abrigando cada qual três turmas de internados delinquentes, bem como pavilhões divididos em compartimentos, destinados à observação dos menores, à sua entrada no estabelecimento, e à punição dos indisciplinados (Art. 205). A esses menores seria ministrada educação física, moral, profissional e literária (Art. 211).

As escolas deveriam estabelecer em seu regulamento um regime de prêmios e punições aplicáveis aos educandos (Art. 213), sendo proibida a castigos corporais (parágrafo único). Os menores deviam trabalhar até no máximo seis horas por dia, e haveria um ou mais intervalos de descanso, não inferior a uma hora (Art. 217).

O Decreto nº 17.843-A/1927, no final da Parte Especial, determinou a criação de um Conselho de Assistência e Proteção aos Menores (Art. 222), cuja finalidade era dentre outra: vigiar, proteger e colocar os menores egressos de qualquer escola de preservação ou reforma, os que estejam em liberdade vigiada, e os que forem designados pelo respectivo juiz; auxiliar a ação do juiz de menores e soma comissários de vigilância; exercer sua, ação sobre os menores na via pública, concorrendo para a fiel observância da lei de assistência e proteção aos menores; visitar e fiscalizar os estabelecimentos de educação de menores, fábricas e oficinas onde trabalhem, e comunicar ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores os atos e irregularidades, que notarem, etc.

O Decreto nº 17.843-A/1927 foi revogado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1997, que instituiu o Código de Menores.

### **3.2.3 Do Código dos Menores ou o Código Mello Matos (Decreto nº 17.943-A/1927)**

A Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1997, instituiu o Código de Menores, ao passo que revogou expressamente, dentre outros, o Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926; o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927; a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965; a Lei nº 5.258, de 10 de abril de 1967; e a Lei nº 5.439, de 22 de maio de 1968 (Art. 123).

O Código de Menores estabeleceu, em seu Livro I, da Parte Geral, nas disposições preliminares, que se dispunha a assistência, proteção e vigilância a menores (Art. 1º): até 18 anos de idade, que se encontrem em situação irregular (I); entre 18 e 21 anos (II), e que as medidas de caráter preventivo se aplicariam a todo menor de 18 anos, independentemente de sua situação (parágrafo único).

Já o Decreto nº 17.843-A/1927, que antecedeu o Código de Menores, definiu seu objetivo ou fim como sendo a submissão do menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção (Art. 1º). O foco do decreto era o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, e que deveria ser infringida às medidas de assistência e proteção pela autoridade competente.

Enquanto para o Código de Menores o foco era a assistência, proteção e vigilância a menores dos menores de 18 anos de idade que se encontrem em situação irregular, que poderia ser levada por qualquer pessoa as autoridades administrativas, as quais deveriam encaminhar à autoridade judiciária competente o menor que se encontre em situação irregular (Art. 94).

Desse modo, o Código de Menores definia as situações de fato que levariam o menor a uma situação irregular. Para tanto disse que o menor estaria a situação irregular o menor (Art. 2º): privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de (I): a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável (II); em perigo moral, devido a (III): a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável (IV); com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária (V); autor de infração penal (VI). Definia ainda por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial (Parágrafo único).

O Código de Menores estabelecia a gratuidade e o sigilo dos atos judiciais, policiais e administrativos que diziam respeito a menores eram gratuitos e sigilosos, e não podia ser dado publicidade senão mediante autorização da autoridade judiciária competente, limitavam os editais de citação aos dados essenciais à identificação dos pais ou responsável (Art. 3º), vedava de qualquer modo que a notícia que levasse a identificação do em situação irregular, vedava-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência (parágrafo único).

O código não vedava toda e qualquer notícia a respeito de menor, mas somente aquele em situação irregular e que o identificasse. Por exemplo, podia-se publicar notícia que desse conta da localização de menor desaparecido, sendo permitido fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência, tudo que levasse à localização do menor.

A Autoridade Judiciária é juiz (Art. 6º), cuja competência é exercer diretamente, ou por intermédio de servidor efetivo ou de voluntário credenciado, fiscalização sobre o cumprimento das decisões judiciais ou determinações administrativas que houver tomado com relação à assistência, proteção e vigilância a menores (Art. 7º). Esta fiscalização poderá ser

desempenhada por comissários voluntários, nomeados pela autoridade judiciária, a título gratuito, dentre pessoas idôneas merecedoras de sua confiança (parágrafo único).

A autoridade judiciária poderia, por meio de portaria ou provimento, determinar outras medidas de ordem geral, ao seu prudente arbítrio, ainda que não previstas no Código de Menores, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor de poder (Art. 8º).

O Código de Menores previa criação de entidades de Assistência e Proteção ao Menor, dentre as Entidades Criadas pelo Poder Público destinados à recepção, triagem e observação, e à permanência de menores (Art. 9º) e Entidades Particulares de assistência e proteção ao menor (Art. 10).

O Código de Menores estabelecia as Medidas de Assistência Aplicáveis ao Menor, que visará, fundamentalmente, à sua integração sócio familiar (Art. 13.). São as medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária (Art. 14): I – advertência (I); entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (II); colocação em lar substituto (III); imposição do regime de liberdade assistida (IV); colocação em casa de semiliberdade (V); internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado (VI).

A aplicação dessas medidas pela autoridade judiciária poderia ser cumulativa ou em substituição a outras medidas (Art. 15), e poderia, ciente o Ministério Público, acarretar a apreensão do menor (Art. 16). O Código de Menores tratava da Colocação em Lar Substituto, a qual seria feita mediante (Art. 17): delegação do pátrio poder (I); guarda (II); tutela (III); adoção simples (IV); adoção plena (V). Essa colocação em lar substituto, sem autorização judicial, não admitiria transferência do menor a terceiros ou sua internação em estabelecimentos de assistência a menores (Art. 19).

Admitiria a delegação do pátrio poder, desejada pelos pais ou responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor (Art. 21), que seria exercida pessoalmente, vedada desoneração unilateral (Art. 23), deveria ser reduzida a termo, em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, dele constando advertência sobre os direitos e as obrigações decorrentes do instituto (parágrafo único).

Sobre guarda, esta, obrigava, a quem fosse concedida, à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais (Art. 24) e poderia ser concedida como medida cautelar, preparatória ou incidente, para regularizar a detenção de fato ou atender a casos urgentes (§ 1º) e conferia ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários (§ 2º).

A tutela seria deferida nos termos da lei civil em benefício do menor em situação irregular que carecer de representação permanente (Art. 26) e implicaria necessariamente o dever de guarda e teria prazo indeterminado (Parágrafo único).

A adoção simples de menor em situação irregular, a semelhança da tutela, seria regida pela lei civil (Art. 27), a qual dependeria de autorização judicial (Art. 28). A adoção deveria ser precedida de estágio de convivência com o menor (§ 1º). Contudo, esse estágio de convivência poderia ser dispensado se o adotando não tivesse mais de um ano de idade (§ 2º).

Com a adoção plena, o adotado adquiria a situação de filho, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (Art. 29). Poderia ocorrer a adoção plena de menor de até sete anos de idade, que se encontrasse na situação irregular: privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, por manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las (Art. 30). Entretanto, poderia ser concedida a adoção menor com mais de sete anos se, à época em que completou essa idade, já estivesse sob a guarda dos adotantes (Parágrafo único).

Também a adoção plena seria deferida após período mínimo de um ano de estágio de convivência do menor com os requerentes, computando-se, para esse efeito, qualquer período de tempo, desde que a guarda se tenha iniciado antes de o menor completar sete anos e comprovada a conveniência da medida (Art. 31).

A adoção plena poderia ser requerida por casais cujo matrimônio tivesse mais de cinco anos e dos quais pelo menos um dos cônjuges tivesse mais de trinta anos (Art. 32). Este prazo seria dispensado se provadas a esterilidade de um dos cônjuges e a estabilidade conjugal (parágrafo único). Ao viúvo ou à viúva, provado que o menor estava integrado em seu lar, onde tenha iniciado estágio de convivência de três anos ainda em vida do outro cônjuge (Art. 33). Aos cônjuges separados judicialmente, havendo começado o estágio de convivência de três anos na constância da sociedade conjugal (Art. 34).



A sentença concessiva da adoção plena teria efeito constitutivo (Art. 35) e conferiria ao menor o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome (Art. 36). Esse ato é irrevogável (Art. 37).

O Código de Menores estabelecia, dentre as Medidas de Assistência e Proteção, no tocante as medidas aplicáveis ao menor, a previsão do regime de liberdade para as hipóteses de desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária ou quando autor de infração penal (Art. 38). Como outra medida de Assistência e Proteção aplicável ao menor, o esse Código previa a Colocação em Casa de Semiliberdade, que era determinada como forma de transição para o meio aberto, devendo, sempre que possível, utilizar os recursos da comunidade, visando à escolarização e profissionalização do menor (Art. 39).

Por fim, esse Código previa a última medida de Assistência e Proteção aplicável ao menor, como sendo a internação, cabível somente quando inviável a outras medidas (Art. 40). A internação seria aplicável ao menor com desvio de conduta ou autor de infração penal, em estabelecimento adequado (Art. 41), cuja menor sujeito à medida referida neste artigo seria, para verificação da necessidade de manutenção de medida, reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos (§ 1º).

Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderia ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade (§ 2º). Se o menor completar 21 anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passaria à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais (§ 3º).

Esse código previa regras processuais sobre jurisdição e competência. O Código de Menores previa que a jurisdição de menores seria exercida, em cada comarca, por um juiz a quem se atribuem as garantias constitucionais da magistratura (Art. 84) por meio do processo de conhecimento, cautelar e de execução imprópria, cabendo a execução própria às entidades a que se refere o art. 9º desta Lei (Art. 85), cujas medidas previstas neste código seria aplicadas mediante procedimento administrativo ou contraditório, de iniciativa oficial ou provocados pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse (Art. 86), no qual estava autorizado a aplicar medida judicial em procedimento previsto nesta ou em outra lei (Art. 87). Aplica-se subsidiariamente a legislação processual pertinente a jurisdição de menores (Parágrafo único).

Acerca da competência, esta seria determinada (Art. 88) pelo domicílio dos pais ou responsável (I), pelo lugar onde se encontra o menor, à falta de pais ou responsável (II). Todavia, poderia a competência ser, nos casos de desvio de conduta ou de infração penal, da autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção (Art. 88). Poderia ainda a execução das medidas de internação ou de liberdade assistida ser delegada ao juiz da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidades que abrigar o menor (§ 2º).

Acerca da apuração de Infração Penal, o Código estabelecia que o menor de 18 anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária (Art. 99), onde considerava a idade do menor à data do fato (§ 1º). O menor deveria ser encaminhado a autoridade judicial. Todavia, se fosse impossível essa apresentação imediata, a autoridade policial responsável encaminharia o menor a repartição policial especializada ou a estabelecimento de assistência, a qual, no prazo de 24 horas, apresentará o menor à autoridade judiciária (§ 2º). E, na falta de repartição policial especializada, o menor aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores de 18 anos (§ 3º).

Esse código estabelecia um procedimento de apuração de infração cometida por menor de 18 e maior de 14 anos compreenderia os seguintes atos (Art. 100): recebidas e autuadas as investigações, a autoridade judiciária determinará a realização da audiência de apresentação do menor (I); na audiência de apresentação, presentes o Ministério Público e o procurador serão ouvidos o menor, seus pais ou responsável, a vítima e testemunhas, podendo a autoridade judiciária determinar a retirada do menor do recinto (II); após a audiência, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de diligências, ouvindo técnicos (III); a autoridade judiciária poderá, considerando a personalidade do menor, seus antecedentes e as condições em que se encontre, bem como os motivos e as circunstâncias da ação, proferir decisão de plano, entregando-o aos pais ou responsável, ouvido o Ministério Público (IV); se ficar evidente que o fato é grave, a autoridade judiciária fixará prazo, nunca superior a trinta dias, para diligências e para que a equipe interprofissional apresente relatório do estudo do caso (V); durante o prazo a que se refere o inciso V, o menor ficará em observação, permanecendo ou não internado (VI); salvo o pronunciamento em audiência, o Ministério Público e o procurador terão o prazo de cinco dias para se manifestarem sobre o relatório e as diligências realizadas (VII); a autoridade judiciária terá o prazo de cinco dias para proferir decisão fundamentada, após as manifestações do Ministério Público e de procurador (VIII).

O menor com mais de 10 e menos de 14 anos que praticasse infração penal seria encaminhado, desde logo, por ofício, à autoridade judiciária, com relato circunstanciado de sua conduta (Art. 101). Esta apresentação poderia ser dispensada da audiência de apresentação, ou determinar que venha à sua presença para entrevista, ou que seja ouvido e orientado por técnico (Art. 102).

Esta Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1997, que instituiu o Código de Menores, foi revogada pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

### **3.2.4 Do Estatuto da Criança e do Adolescente e sua Estrutura (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)**

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (Art. 1º). Esse estatuto aplica-se a criança e ao adolescente e excepcionalmente aplicar-se-á às pessoas entre 18 e 21 anos de idade (Art. 2º, parágrafo único). Considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade (Art. 2º),

Segundo o Estatuto da criança e do adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei (Art. 3º), sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (parágrafo único incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

O estatuto estabelece que essa proteção à criança e ao adolescente deve ser assegurada pela família, pela comunidade, pela sociedade em geral e pelo poder público com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (Art. 4º).

A garantia de prioridade compreende (Art. 4º, parágrafo único): a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Isso impede que criança ou adolescente sejam objetos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Art. 5º).

O estatuto estabelece regras para interpretação de suas próprias normas. E estabelece que levar-se-ão em conta os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (Art. 6º).

O Estatuto prevê um catálogo de Direitos Fundamentais: Direito à Vida e à Saúde (Art. 7º); Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade (Art. 15); Direito à Convivência Familiar e Comunitária (Art. 19).

No tocante ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária, desponta como direito da criança e do adolescente o de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (Art. 19, com redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016). Diante disso, o estatuto trata da família natural e da família substituta. A família natural compreendida pela comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (Art. 25). Dentro do tema família natural, surge a família extensa ou ampliada compreendida como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (parágrafo único). O tema da família substituta está relacionado diretamente aos institutos da guarda, tutela ou a adoção, formas de colocação em família substituta (Art. 28). Essa medida não será deferida a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado (Art. 29) e excepcionalmente haverá a colocação em família substituta estrangeira, que é somente admissível na modalidade de adoção (Art. 31).

Uma vez deferida a medida de colocação em família substituta, não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não

governamentais, sem autorização judicial (Art. 30), cujo responsável, ao assumir a guarda ou a tutela, prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo (Art. 32). A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (Art. 33) e se destina a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros (§ 1º).

O Estatuto prevê, excepcionalmente, que a guarda será deferida, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados (Art. 33, § 2º). A criança ou adolescente sob guarda terá condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (Art. 33, § 3º).

A guarda será revogável a qualquer tempo mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público (Art. 35). Por sua vez, a tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 anos incompletos (Art. 36), cujo deferimento da medida pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda (Parágrafo único). A concessão da tutela implica na perda do pátrio poder decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil (Art. 38).

A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo esse estatuto (Art. 39) e será medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (§ 1º incluído pela Lei nº 12.010, de 2009 (§ 1º). Veda-se a adoção por procuração (§ 2º incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). Pode ser que haja conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos. Caso isso ocorra, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando. (§ 3º incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

Não é qualquer pessoa que pode adotar, é preciso preencher alguns requisitos. Por exemplo, o adotando deve contar com, no máximo, 18 anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes (Art. 40). A regra é a adoção de criança e adolescente. A adoção atribui a condição de filho ao adotado com os mesmos direitos e deveres, inclusive, sucessórios, rompendo definitivamente o vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (Art. 41), salvo no caso de um dos cônjuges ou concubinos adotar o filho do outro (§ 1º).

Por outro lado, só podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil (Art. 42 com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009), deve, contudo, adotante há de ser, pelo menos, 16 anos mais velho do que o adotando (Art. 42, § 3º). Estão impedidos de adotar os ascendentes e os irmãos do adotando (Art.42, § 1º). Essa regra não é absoluta<sup>28</sup>.

O tema da adoção gerou divergência em duas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Em fevereiro de 2018, o tribunal afirmou que em circunstâncias excepcionais os avós podem adotar o próprio neto (REsp 1635649), apesar da vedação prevista no artigo 42, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, em ação julgada em setembro deste ano, o STJ negou adoção do bisneto pela bisavó (REsp 1796733), em face do mesmo disposto do ECA.

Contudo, em decisão recente o STJ entendeu ser possível a mitigação da norma geral impeditiva contida no § 1º do artigo 42 do ECA, de modo a se autorizar a adoção avoenga em situações excepcionais (REsp 1.587.477-SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 10/03/2020, DJe 27/08/2020).

A adoção poderá ser conjunta, para tanto é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família (Art. 42, § 2º com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009 (§ 2º). Ainda podem adotar os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Art. 42, § 4º, com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) e desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (Art. 42, § 5º, com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

---

<sup>28</sup>A divergência em duas decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre adoção de netos pelos avós gerou discussões entre os operadores do direito nesta semana. Em fevereiro de 2018, o Tribunal afirmou que em circunstâncias excepcionais os avós podem adotar o próprio neto (REsp 1635649), apesar da vedação prevista no artigo 42, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, em ação julgada em setembro deste ano, o STJ negou adoção do bisneto pelo bisavó (REsp 1796733), em face do mesmo disposto do ECA.

A adoção poderá ser póstuma. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Art. 42, § 6, incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Sempre que apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos a adoção será deferida (Art. 43).

Da necessidade do consentimento dos pais para adoção.

A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando (Art. 45), contudo será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar. (§ 1º). O consentimento será necessário do maior de 12 anos de idade (§ 2º).

A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso (Art. 46 com redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017). Contudo, esse estágio poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo (Art. 46, § 1º, com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

O estágio de convivência no caso de adoção requerida por casais residente ou domiciliado fora do País.

Nestes casos, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 dias e, no máximo, 45 dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária (Art. 46, § 3º, com redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017).

Quando houver a necessidade do estágio de convivência, este será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida (Art. 46, § 4º, incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

O local onde o estágio de convivência que será cumprido.

O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança (Art. 46, § 5º, incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

Da constituição do vínculo da adoção e efeitos.

Esse constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão (Art. 47) e produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. (Art. 47, § 7º, incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Este último caso trata da adoção *post mortem*. Nesse sentido é possível além da adoção *post mortem* a paternidade socioafetiva segundo o STJ:

#### DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM.

**Será possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte de quem se pretende reconhecer como pai.** De fato, a adoção póstuma é prevista no ordenamento pátrio no art. 42, § 6º, do ECA, nos seguintes termos: "A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença." O STJ já emprestou exegese ao citado dispositivo para permitir como meio de comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público daquela condição. Portanto, em situações excepcionais em que fica amplamente demonstrada a inequívoca vontade de adotar, diante da sólida relação de afetividade, é possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto (REsp 1.326.728-RS, Terceira Turma, DJe 27/2/2014). Tal entendimento consagra a ideia de que o parentesco civil não advém exclusivamente da origem consanguínea, podendo florescer da socioafetividade, o que não é vedado pela legislação pátria, e, portanto, plenamente possível no ordenamento (REsp 1.217.415-RS, Terceira Turma, DJe 28/6/2012; e REsp 457.635-PB, Quarta Turma, DJ 17/3/2003). Aliás, a socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do CC, no sentido de que "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". Válido mencionar ainda o teor do Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil do CJF, que prevê: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil." Ademais, a posse de estado de filho, segundo doutrina especializada, "liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco". E salienta que "a notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, [...] deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade". Por fim, registre-se que a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana, por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social



ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. REsp 1.500.999-RJ, Rel. Min<sup>o</sup> Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/4/2016, DJe 19/4/2016.

#### ADOÇÃO PÓSTUMA. FAMÍLIA ANAPARENTAL.

Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam, o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Ademais, o § 6º do art. 42 do ECA (incluído pela Lei nº 12.010/2009) abriga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante no curso do respectivo procedimento, com a constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. *In casu*, segundo as instâncias ordinárias, verificou-se a ocorrência de inequívoca manifestação de vontade de adotar, por força de laço socioafetivo preexistente entre adotante e adotando, construído desde quando o infante (portador de necessidade especial) tinha quatro anos de idade. Consignou-se, ademais, que, na chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual *status* daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2º, do ECA. Esses elementos subjetivos são extraídos da existência de laços afetivos - de quaisquer gêneros -, da congruência de interesses, do compartilhamento de ideias e ideais, da solidariedade psicológica, social e financeira e de outros fatores que, somados, demonstram o *animus* de viver como família e dão condições para se associar ao grupo assim construído a estabilidade reclamada pelo texto da lei. Dessa forma, os fins colimados pela norma são a existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que pode gerar para o adotando. Nesse tocante, o que informa e define um núcleo familiar estável são os elementos subjetivos, que podem ou não existir, independentemente do estado civil das partes. Sob esse prisma, ressaltou-se que o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar a noção plena apreendida nas suas bases sociológicas. Na espécie, embora os adotantes fossem dois irmãos de sexos opostos, o fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si como para o infante, e naquele grupo familiar o adotando se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, encontrando naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte. Dessarte, enfatizou-se que, se a lei tem como linha motivadora o princípio do melhor interesse do adotando, nada mais justo que a sua interpretação também se revista desse viés. REsp 1.217.415-RS, Rel. Min<sup>o</sup> Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012.

Prioridade no processo de adoção. Terão prioridade os requerimentos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica (Art. 47, § 9º, incluído pela Lei nº 12.955, de 2014). O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Art. 47, § 10, incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

Direito do adotando de conhecer sua origem biológica. O estatuto assegura ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao

processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 anos (Art. 48, com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Segundo esse Estatuto a adoção é medida excepcional e irrevogável (art. 39, § 1º). Assim, uma vez deferida, mesmo com a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder familiar dos pais naturais (Art. 49).

O estatuto trata ainda da adoção internacional considerada aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção (Art. 51 com redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017).

Condições para ser deferida a adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil.

A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado (Art. 51, § 1º com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009): que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso concreto(I); que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta lei (II); que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1 o e 2 o do art. 28 desta lei (III).

Preferência nos casos de adoção internacional. Segundo este estatuto, terão preferência, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro, os brasileiros residentes no exterior aos estrangeiros (Art.51, § 2º, com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 deste estatuto (Art. 52 com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Ainda como Direitos Fundamentais, esse Estatuto estabeleceu o Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer (Art. 53), o Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho (Art. 60).

No tocante a Proteção ao trabalho dos adolescentes, é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto neste Estatuto (Art. 61), que, inclusive, proibiu expressamente qualquer trabalho a menores de 14 anos de idade, salvo na condição de aprendiz (Art. 60), assegura ao adolescente até 14 anos de idade bolsa de aprendizagem (Art. 64), assegura os direitos trabalhistas e previdenciários (Art. 65).

Outrossim, veda, ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não governamental, o trabalho (Art. 67): noturno, realizado entre às 22 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte (I); perigoso, insalubre ou penoso (II); realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social (III); realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (IV).

São direitos da criança e do adolescente à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Art. 71).

Das Medidas de Proteção à criança. O Estatuto estabelece Medidas de Proteção à criança e ao adolescente, que tem aplicação sempre que os seus direitos forem ameaçados ou violados (Art. 98): por ação ou omissão da sociedade ou do Estado (I); por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável (II); em razão de sua conduta (III).

Da aplicação cumulativa e substitutiva das medidas protetivas. Segundo esse Estatuto as medidas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como poderão ser substituídas a qualquer tempo (Art. 99). Ainda, quando da aplicação das medidas, levarão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (Art. 100).

Diante disso, o Estatuto estabeleceu alguns princípios que devem reger a aplicação dessas medidas protetiva (Art.100, parágrafo único): condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal (I); proteção integral e prioritária: a

interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares (II); responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais (III); interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (IV); privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada; (V); intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida (VI); intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente (VII); proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada (VIII); responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente (IX); prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva (X); obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como está se processando (XI); oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei (XII).

Uma vez verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas (Art. 101): encaminhamento

aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade (I); orientação, apoio e acompanhamento temporários (II); matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental (III); inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente (IV); requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (V); inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (VI); acolhimento institucional (VII); inclusão em programa de acolhimento familiar (VIII); colocação em família substituta (IX).

Consideram-se medidas provisórias e excepcionais o acolhimento institucional e o acolhimento familiar, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade (Art.101, § 1º).

Acerca da Prática de Ato Infracional. Esse estatuto considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (Art. 103), que poderá ser praticado pela criança ou pelo adolescente, considerados inimputáveis e sujeitos, portanto, às medidas previstas neste Estatuto (Art. 104).

Ainda segundo o ECA, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato (Art.104, parágrafo único).

Ressalta-se que se as crianças que praticarem ato infracional serão submetidas as medidas específicas de proteção previstas no art. 101 (Art. 105).

O ECA visa com isso que nenhum adolescente seja privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (Art. 106). Esse é um comando, inclusive, de origem Constitucional (Art. 5º, LXI, de 1988), para quem “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”

Ainda, assegura-se ao adolescente o direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos (Art. 106, parágrafo único), devendo a apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão

incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada (Art. 107).

A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias (Art. 108), cuja decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida (parágrafo único). Mas um comando de origem Constitucional (Art. 93, IX, de 1988), para quem:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada (Art. 109). Nesse sentido também o Constitucional (Art. 5º, LVIII, de 1988): “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

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

Das Medidas Socioeducativas. Esse Estatuto estabelece além das medidas específicas de proteção (Art. 101) as medidas socioeducativas (Art. 112). Aquelas servem à proteção das crianças, estas servem a correção de adolescentes infratores.

Portanto, as medidas socioeducativas poderão ser aplicadas quando verificada a prática de ato infracional por adolescente (Art. 112). Noutra giro, as medidas protetivas (Art. 101) poderão ser aplicadas quando verificada a prática de ato infracional por criança (Art. 105).

As medidas socioeducativas compreendem (Art. 112): advertência (I); obrigação de reparar o dano (II); prestação de serviços à comunidade (III); liberdade assistida (IV); inserção em regime de semi-liberdade (V); internação em estabelecimento educacional (VI); qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (VII).

Para aplicar a medida ao adolescente, levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (Art. 112, § 1º), sendo que em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado (Art. 112, § 2º), e os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições (Art. 112, § 3º).

Não serão aplicadas as medidas de obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi-liberdade, internação em estabelecimento educacional a menos que haja provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127 (Art. 114). Ao passo que a advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria (Art. 114, parágrafo único).

Das espécies de medidas socioeducativas. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada (Art. 115).

A obrigação de reparar o dano obriga o adolescente que restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima (Art. 116), que poderá substituída por outra adequada havendo manifesta impossibilidade de reparar o dano (Art. 116, parágrafo único).

A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais (Art. 117).

A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente (Art. 118) e será fixada pelo prazo

mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor (Art. 118, § 2º).

O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial (Art. 120) e não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação (Art. 120, § 2º).

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Art. 121), sendo permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário (§ 1º), não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses (§ 2º), mas quem em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos (§ 3º), quando o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida (§ 4º). Em qualquer hipótese, a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade (§ 5º).

A medida de internação só poderá ser aplicada quando (Art. 122): tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (I); por reiteração no cometimento de outras infrações graves (II); por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (III).

No caso de ato infracional por reiteração no cometimento de outras infrações graves, o prazo de internação não poderá ser superior a 3 (três) meses (Art. 122, § 1º).

Vale mencionar o caráter residual da medida de internação, ou seja, em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (Art. 122, § 2º).

A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração (Art. 123).

O adolescente não ficará incomunicável (Art. 124, § 1º), apesar de que autoridade judiciária poderá suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente (Art. 124, § 2º).



Ao adolescente privado de sua liberdade, será assegurado os seguintes direitos (Art. 124): entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público (I); peticionar diretamente a qualquer autoridade (II); avistar-se reservadamente com seu defensor (III); ser informado de sua situação processual sempre que solicitado (IV); ser tratado com respeito e dignidade (V); permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável (VI); receber visitas, ao menos, semanalmente (VII); corresponder-se com seus familiares e amigos (VIII); ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal (IX); habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade (X); receber escolarização e profissionalização (XI); realizar atividades culturais, esportivas e de lazer (XII); ter acesso aos meios de comunicação social (XIII); receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje (XIV); manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade (XV); receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade (XVI).

Esses direitos previstos no ECA decorrem do dever de o Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança (Art. 125).

Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público (§ 6º).

Acerca da Remissão, segundo o ECA, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional (Art. 126).

Remissão, no ECA, é o ato de perdoar o ato infracional praticado pelo adolescente e que irá gerar: a exclusão, a extinção; ou a suspensão do processo, a depender da fase em que esteja. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação (Art. 127). A remissão é um instituto recomendado pelas Nações Unidas em um documento internacional chamado de "Regras mínimas das Nações Unidas para

administração da Justiça da Infância e da Juventude" (Regras de Beijing Art. 128). A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

O instituto da remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicado em qualquer fase do procedimento, antes da sentença (Art. 188).

Sobre o Acesso à justiça, o ECA expressamente garante o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos (Art. 141) e ainda a assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado (§ 1º), sendo as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé (§ 2º).

O ECA menciona que os menores de 16 anos serão representados e os maiores de 16 e menores de 21 anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual (Art. 142). Esse dispositivo do ECA deve ser interpretado da seguinte forma: os menores de 16 anos serão representados e os maiores de 16 e menores de 18 anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual. Isso porque a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) diz no Art. 71 "O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.". No mesmo sentido, o Código Civil (2002) diz no Art. 1.690 "Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. "

Portanto, fala-se em representação ou assistência do incapaz. E ainda, segundo a legislação civil, adquire a capacidade plena aos 18 anos. É o que o Código Civil (2002) diz no Art. 5º "menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. "

Será dado curador especial à criança ou adolescente sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual (Art. 142, parágrafo único).

A fim de proteger a criança e o adolescente, o ECA proíbe a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se

atribua autoria de ato infracional (Art. 143). Isso diz respeito a qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome (art.143, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 10.764, de 12 de novembro de 2003). Proíbe, inclusive, a expedição de cópia ou certidão destes atos, salvo se demonstrado o interesse e justificada a finalidade (Art. 144).

Sobre a Justiça da Infância e da Juventude, o ECA se refere à autoridade como sendo o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local (Art. 146), cuja competência será determinada (Art. 147): pelo domicílio dos pais ou responsável (I); pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável (II). E, nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção (Art. 147, § 1º).

No que toca a execução das medidas, estas poderão ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente (Art. 147, § 2º).

No entanto, em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo estado (Art. 147, § 3º).

A Justiça da Infância e da Juventude é competente para (Art. 148): conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis (I); conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo (II); conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes (III); conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209 (IV); conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis (V); aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente (VI); conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Quando se tratar de ameaça ou violação aos direitos da criança ou adolescente por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou em razão de sua conduta, será competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de (Parágrafo único): a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder familiar; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.

O ECA diz que compete ainda a autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará (Art. 149): a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em (I): a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. a participação de criança e adolescente em (II): a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza.

O ECA autoriza aplicação subsidiária sobre os procedimentos previstas na legislação processual pertinente (Art. 152).

Os processos e procedimentos previstos no ECA terão prioridade absoluta na tramitação (Art.152, § 1º), cujos prazos são contados em dias corridos, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público (Art. 152, § 2º, incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

Importa mencionar o juiz que poderá, se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público (Art. 153). Esse poder não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos. (Art.153, parágrafo único, incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Sobre a Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente, cujo procedimento segue do Art. 171 ao Art.190 do ECA.

Segundo estabelece o ECA, o adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária (Art. 171) e o que for apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente (Art. 172).

O adolescente apreendido em decorrência da prática de ato infracional deverá ficar em repartição especializada (Art. 172, parágrafo único).

Havendo flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial –após assegurar ao adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos, comunicar a apreensão do adolescente e o local onde se encontra recolhido à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada, verificando desde logo a possibilidade de liberação imediata – deverá (Art. 173): lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente (I); apreender o produto e os instrumentos da infração (II); requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração (III).

A lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada nas demais hipóteses de flagrante (Art.173, parágrafo único).

O adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial se comparecer qualquer dos pais ou responsável e assinar termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato (Art. 174).

Para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública, diante da gravidade do ato infracional e sua repercussão social, o adolescente poderá permanecer internado (Art. 174).

Caso o adolescente não seja liberado, a autoridade policial o encaminhará, desde logo, ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (Art. 175). E sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao

representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas (§ 1º) ou pela autoridade policial (§ 2º).

Por outro lado, se adolescente for liberado, a autoridade policial encaminhará imediatamente ao representante do Ministério Público cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (Art. 176).

O adolescente infrator não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade (Art. 178).

O representante do Ministério Público poderá imediata e informalmente proceder a oitiva do adolescente infrator que lhe for apresentado e de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas (Art. 179) ou requisitar o concurso das polícias civil e militar em caso de não apresentação (parágrafo único).

Ao representante do Ministério Público ainda poderá (Art. 180): promover o arquivamento dos autos (I); conceder a remissão (II); representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa (III).

Os pedidos de arquivamento dos autos ou caso concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, segue para homologação pela autoridade judiciária (Art. 181), que, casos homologue, determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida (§ 1º). Mas caso discorde, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar (§ 2º).

Ainda compete ao Ministério Público, que não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecer representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada (Art. 182). A representação será oferecida por petição, que conterà o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária (§ 1º) e independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade (§ 2º).

O procedimento deve ser conclusivo, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias (Art. 183).

Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo (Art. 184), devendo o adolescente e os seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado (§ 1º), podendo ser, se os pais ou responsável não forem localizados, dado curador especial ao adolescente (§ 2º), o qual não sendo localizado, poderá ser expedido mandado de busca e apreensão, cujo feito ficar suspenso até a efetiva apresentação (§ 3º). Será requisitada a sua apresentação, se estiver internado, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável (§ 4º).

A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional (Art. 185).

O adolescente deve ser internado em entidade localizada na sua comarca, salvo não tenha (Art. 185, § 1º).

O adolescente excepcionalmente poderá aguardar a sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade (Art.185, § 2º).

No entanto, comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado (Art. 186), podendo ouvir o representante do Ministério Público acerca da remissão (§ 1º).

Do direito à defesa. Quando a medida a ser aplicada possa ser de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor (§ 2º), que, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas (§ 3º).

Da audiência. Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão (§ 4º).

Será designada audiência de apresentação, que poderá ser remarcada pela autoridade judiciária, caso o adolescente, devidamente notificado, não comparecer, injustificadamente (Art. 187).

A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença (Art. 189): estar provada a inexistência do fato (I); não haver prova da existência do fato (II); não constituir o fato ato infracional (II); não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. E se o adolescente estiver internado, será imediatamente colocado em liberdade (parágrafo único).

O adolescente e ao seu defensor ou os seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor, será intimação da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semi-liberdade será feita (Art. 190), sendo outra a medida aplicada, a intimação far-se-á unicamente na pessoa do defensor (§ 1º). O adolescente deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença (§ 2º).

### **3.2.5 Um comparativo entre os principais pontos das Leis de Assistência e Proteção a Menores (Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**

Antes de expor algumas características do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), é necessário diferenciar esses diplomas a partir de sua nomenclatura.

A Constituição de 1988 previu no Art. 59 que o processo legislativo compreende a elaboração de: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções. Tendo disposto no seu parágrafo único que lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Por isso foi editada a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1988, a qual dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Essa LC estabelece qual as técnicas de elaboração, redação e alteração das leis, define a estruturação das leis, a articulação e da redação das leis, o modo de alteração das leis, como se dará consolidação das leis e outros atos normativos.



Diante disso, muito embora sejam espécies normativas, a consolidação de leis, o código e o estatuto quais a nomenclatura e fim. A consolidação é regulamentação unitária de leis preexistentes, tem por objetivo reunir leis, que estes eram esparsas, em um único diploma legal que pode ser criado por decreto, mas nada obsta que a consolidação seja ordenada por lei (Art.13, § 1º, LC 95/98). O Código é um conjunto de normas estabelecidas por lei que visa a regulamentação unitária de um mesmo ramo do direito, serve para criar e revogar leis. O estatuto é regulamentação unitária dos interesses de uma categoria de pessoas.

A respeito do que foi dito, o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, consolidou as leis existente a época sobre a Assistência e Proteção a Menores, criando o Código de Menores; enquanto que Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, além de revogar o decreto anterior criou o Código de Menores; por fim, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, revogando o Código de Menores, criou o Estatuto da Criança e do Adolescente. Cada qual desses diplomas legislativos dedica atenção acerca do interesse de uma categoria específica de pessoa.

Serão analisados alguns dispositivos dentro da estrutura do atual Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e, sempre que possível, serão comparados como e se o assunto foi tratado pelos diplomas que lhe antecederam, hoje revogados, o Decreto nº 17.943-A/1927, que consolidou as leis existente a época sobre a Assistência e Proteção a Menores (Código de Menores) e a Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores).

O Decreto nº 17.943-A/1927 definiu como seu objeto e fim submeter o menor abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade às medidas de assistência e proteção. E para isso dispôs sobre diversos assuntos, dentre eles merecem destaque:

Definiu a criança de primeira idade, os infantes expostos, os menores abandonados, os vadios, os mendigos e libertinos; regras acerca da inabilitação do pátrio poder e da remoção da tutela; medidas aplicáveis aos menores abandonados; definiu com menor delinquente o menor 14 anos autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, regras diferenciada para o processo de menor, que contasse mais de 14 anos e menos de 18, praticasse fato tipificado como crime ou contravenção; a responsabilidade civil dos pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância por dano causado pelo menor, salvo se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia, além disso, estabeleceu que a idade de 18 a 21 anos constitui circunstância.

Sobre prisão ou apreensão do menor e local adequado para cumprir as medidas: menor com mais de 18 anos e menos do 21 que cometesse crime ou contravenção cumpriria, durante a menoridade, completamente separado dos presos maiores; os vadios, mendigos, capoeiras, que tiverem mais de 18 anos e menos de 21, seriam recolhidos à Colônia Correccional, pelo prazo de um a cinco annos; proibia o menor de 18 annos, preso por qualquer motivo ou apreendido, ser recolhido a prisão comum; estabelecimentos apropriados à execução das medidas; sigilo do processo; julgamento dos menores de 18 annos separa dos maiores nos processos em que figuram com corréus.

Proibições impostas aos menores: assistir audiências, sessões dos juízos e tribunais, senão para a instrução e o julgamento dos processos contra eles dirigidos e se houverem sido intimados a comparecer, ou quando houverem de depor como testemunhas, e; cuja permanência será pelo tempo necessário.

Sobre o trabalho: proibia o trabalho para o menor de 12 annos; proibia aos menores de 11 annos serem admitidos nas usinas, manufaturas, estaleiros, minas ou qualquer trabalho subterrâneo, pedreiras, oficinas e suas dependências de qualquer natureza que sejam, públicas ou privadas; proibia aos menores de 18 annos os trabalhos perigosos à saúde, à vida, à moralidade, excessivamente, fatigantes ou que excedam suas forças; proibia o trabalho noturnos os operários ou aprendizes menores de 18 annos, considerado noturno todo trabalho entre sete horas da noite e cinco horas da manhã.

Crimes e contravenções: juízo privativo dos menores abandonados e delinquente, a ser criado no Distrito Federal um Juízo de Menores, para assistência, proteção, defesa, processo e julgamento dos menores abandonados e delinquentes, que tenham menos de 18 annos.

Sobre o processo do menor que fosse encontrado abandonado ou que cometia crime ou contravenção.

Abrigo de memores: subordinado ao Juiz de Menores, se destinava a recebê-los provisoriamente, até que tivesse destino definitivo, os menores abandonados e delinquentes. O Abrigo tinha duas divisões, uma masculina e outra feminina.

Institutos disciplinares: que consistiam em uma escola de preservação para menores do sexo feminino, que ficarem sob a proteção da autoridade pública; a Escola Quinze de novembro é destinada à preservação dos menores abandonados do sexo masculino; e a escola

de reforma, destinada a receber, para regenerar pelo trabalho, educação e instrução, os menores do sexo masculino, de mais de 14 anos e menos de 18, que forem julgados pelo juiz de menores e por este mandado internar.

Um Conselho de Assistência e Proteção aos menores, a ser criado no Distrito Federal.

A Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores) se destinava a proteção e vigilância a menores de até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular e entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei. Essa lei para trouxe regras sobre os seguintes assuntos:

Menor em situação irregular. Diretrizes para a aplicação desta lei: Política Nacional do Bem-Estar do Menor, definidas pela legislação pertinente; o contexto socioeconômico e cultural em que se encontrem o menor e seus pais ou responsável; o estudo de cada caso, realizado por equipe de que participe pessoal técnico, sempre que possível.

Entidades de Assistência e Proteção ao Menor: entidades criadas pelo Poder Público e entidades particulares.

Medidas de Assistência e Proteção: advertência; entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto; imposição do regime de liberdade assistida; colocação em casa de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Colocação em lar substituto: delegação do pátrio poder; guarda; tutela; adoção simples; adoção plena e uma vez efetivada não admitirá transferência do menor a terceiros ou sua internação em estabelecimentos de assistência a menores, sem autorização judicial. Guarda, Tutela e adoção simples ou plena; regras específicas sobre quem podia adotar e quem podia ser adotado: viúvo ou à viúva, os cônjuges separados judicialmente. Liberdade Assistida aplicáveis aos menores em situação irregular. Colocação em casa de semiliberdade medida aplicada com forma de transição para o meio aberto. Da internação, esta somente era cabível se fosse inviável a aplicação das demais medidas.

Medidas aplicáveis aos pais ou responsável com de advertência; obrigação de submeter o menor a tratamento em clínica, centro de orientação infanto-juvenil, ou outro

estabelecimento especializado determinado pela autoridade judiciária, quando verificada a necessidade e houver recusa injustificável; perda ou suspensão do pátrio poder; destituição da tutela; perda da guarda.

Casas de espetáculos, das diversões em geral, dos hotéis e congêneres: regulava o ingresso e a permanência de menores nesses estabelecimentos ou sobre a programação: proibia a menor de dez anos, quando desacompanhado dos pais ou responsável, a entrada em salas de espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, de rádio, televisão e congêneres; vedava a apresentação, em rádio e televisão, de espetáculos proibidos para menores de dez anos, até as vinte horas; 14 anos, até às 22 horas; 18 anos, em qualquer horário; proibia a entrada de menor de 18 anos em casa de jogo; proibida a hospedagem de menor de 18 anos, desacompanhado dos pais ou responsável, em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere, salvo autorização judicial; proibida aos menores de 18 anos a entrada em estabelecimento que explore comercialmente bilhar, sinuca ou congênere. Autorização para o menor de 18 anos viajar desacompanhado dos pais ou responsável, para fora da Comarca onde reside e hipótese de dispensa desta autorização. Execução das medidas judiciais: era feita pelas entidades de assistência e proteção ao menor.

Jurisdição de menores: exercida, em cada comarca, por juiz, com procedimentos especiais para verificação da situação do menor; para apuração de infração penal, para perda e a suspensão do pátrio poder e da destituição da tutela, de adoção, previa penalidades administrativas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se propõe a proteção integral à criança e ao adolescente. O estatuto difere, quanto a finalidade, dos seus antecessores o Decreto nº 17.943-A/1927 cujo fim era o de submeter o menor abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade às medidas de assistência e proteção; e da Lei nº 6.697/1979 que tinha o destinava a proteção e vigilância a menores de até 18 anos de idade, que se encontrem em situação irregular e entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei.

Verifica-se que as leis anteriores se preocupavam com o menor abandonado ou delinquente (menos de 18 anos de idade) e como sujeitá-los às medidas de assistência e proteção (caso do Decreto nº 17.943-A/1927); ou com o menor em situação irregular (Lei nº 6.697/1979).

Por exemplo, o Decreto nº 17.943-A/1927, longe de ser um diploma protetivo ao menor, visava que a criança de primeira idade, os infantes expostos, os menores abandonados, os vadios, os mendigos e os libertinos não enchessem as ruas da cidade. De modo que, configurada a situação de abandono ou delinquência do menor, buscava-se responsabilizar civilmente os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância por dano causado pelo menor, salvo se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência, e sujeitava o menor a medidas de assistência e proteção.

Não tão diferente do Decreto nº 17.943-A/1927, a Lei nº 6.697/1979, uma vez considerado o menor e situação irregular, eram aplicadas medidas de assistência e proteção com o fim de responsabilizá-los, além de serem aplicadas medidas de advertência aos pais ou responsável.

O ECA foi mais técnico do que os seus antecessores ao dispor que se aplica à criança e ao adolescente, ao passo que disse ser criança os menores de até 12 anos incompletos, e adolescente os menores entre 12 e 18 anos incompletos. E, estatuto com princípios, dentre eles: da proteção integral, da responsabilidade tripartida, prioridade absoluta, da condição peculiar da criança. O ECA, diferentemente dos dois diplomas legais que lhe antecederam, trouxe um catálogo de Direitos Fundamentais da criança e do adolescente: Direito à Vida e à Saúde, Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade, Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária.

E, ainda, o ECA estabelece que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Esse dever não constava no Decreto nº 17.943-A/1927 e na Lei nº 6.697/1979.

Dentro do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, o ECA tratou da família natural e extensa ou ampliada, da família substituta efetivada mediante os institutos da Guarda, da Tutela, e da Adoção. obre esse assunto, o Decreto nº 17.943-A/1927 explorou apenas de modo limitado a tutela quando tratou sobre a inabilitação do pátrio poder e da remoção da tutela. Por sua vez, a Lei nº 6.697/1979 abordou, ao tratar de uma das espécies de medidas de assistência e proteção, a saber a colocação em lar substituto, sobre a guarda, a tutela, a adoção simples e a adoção plena.

Com nítido fim de proteger a criança e o adolescente, o ECA estabeleceu medidas protetivas e medidas socioeducativas, estabelecendo regras claras para a sua aplicação. As medidas protetivas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, podendo, uma vez aplicadas, serem substituídas a qualquer tempo, e são aplicáveis sempre que a criança for vítima ou sofrer violação a um de seus direitos e, ainda, quando a criança cometer ato infracional. Ao passo que as medidas socioeducativas serão aplicáveis nas hipóteses em que o adolescente cometer um ato infracional. Nesse sentido, às crianças estarão sujeitas as medidas protetivas, enquanto que os adolescentes, que praticarem ato infracional, estarão sujeitos às medidas protetivas e socioeducativas.

O ECA foi mais uma vez preciso, o que facilita a sua aplicação, ao definir o ato infracional como sendo a conduta descrita com crime ou contravenção. É certo que, tanto a criança como o adolescente, podem praticar ato infracional. Contudo, as crianças, que praticarem um ato infracional, sempre estarão sujeitas somente às medidas de proteção, enquanto que os adolescentes que praticarem um ato infracional tanto estarão sujeitos a medidas de proteção como a medida socioeducativas. Segundo dispõe a Constituição (1988) e reproduzido pelo ECA, os menores de 18 anos são inimputáveis penalmente, estando sujeitos a este estatuto.

O ECA estabeleceu como medida protetivas os seguintes encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; acolhimento institucional (com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009); inclusão em programa de acolhimento familiar (com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009); colocação em família substituta (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) e medidas socioeducativas as seguintes: Advertência; Obrigação de Reparar o Dano; Prestação de Serviços à Comunidade; Liberdade Assistida; Regime de Semi-liberdade; Internação.

Tanto o Decreto nº 17.943-A/1927 como a Lei nº. 6.697/1979 não promoveram essa separação como feita pelo ECA entre medidas protetivas e medidas socioeducativas. Contudo, o Decreto nº 17.943-A/1927 estabelecia as seguintes medidas aplicáveis aos menores

abandonados: entregá-los aos pais ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, sem condição alguma ou sob as condições que julgar úteis à saúde, segurança e moralidade do menor; entregá-lo a pessoa idônea, ou interná-lo em hospital, asilo, instituto de educação, oficina escola de preservação ou de reforma; ordenar as medidas convenientes aos que necessitem de tratamento especial, por sofrerem de qualquer doença física ou mental; decretar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela; regular de maneira diferente das estabelecidas nos dispositivos deste artigo a situação do menor, se houver para isso motivo grave, e for do interesse do menor. Enquanto que, para os menores delinquentes, estabelecia que o menor de 14 anos, ainda que cometesse um fato definido como crime ou contravenção, não seria submetido a processo penal de espécie alguma. Contudo, seriam-lhes aplicadas as seguintes medidas:

a) Tratamento apropriado, se esse menor sofresse de qualquer forma de alienação ou deficiência mental. Fosse epilético, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saúde precisasse de cuidados especiais.

b) Colocado em asilo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idônea por todo o tempo necessário à sua educação contando que não ultrapasse a idade de 21 anos, o menor abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser.

c) Ficar com pais ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, o menor que não fosse abandonado, nem pervertido, nem estivesse em perigo de ser, nem precisasse de tratamento especial.

Ainda, havia a previsão de que os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância eram responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência.

No entanto, para os menores, apontado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, que contasse mais de 14 anos e menos de 18, seriam submetidos a processo especial. Este menores estavam sujeitos às seguintes medidas:

a) Tratamento apropriado, se menor sofresse de qualquer forma de alienação ou deficiência mental, fosse epilético, surdo-mudo e cego ou por seu estado de saúde precisar de cuidados especiais.

b) Recolhido em uma escola de reforma, pelo prazo de cinco anos, o menor não fosse abandonado, nem pervertido, nem estivesse em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial.

c) Internado em uma escola de reforma, por todo o tempo necessário à sua educação, que poderá ser de no mínimo três anos, e de no máximo sete anos, o menor abandonado, pervertido, ou se estivesse em perigo de o ser.

d) remetido a um estabelecimento para condenados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão comum com separação dos condenados adultos, onde permaneceria até que se verificasse a sua regeneração, pelo prazo máximo legal, o menor, que contasse com mais de 16 e menos de 18 anos de idade, que praticasse crime, considerado grave, e ficasse provado que se trata de indivíduo perigoso pelo seu estado de perversão moral.

e) Entregue aos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, ou dar-lhe outro destino, o menor contraventor, que não revele vício ou má índole.

Havia ainda uma previsão sobre a responsabilidade civil dos pais ou pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância pelo dano causado pelo menor, salvo provasse que não houve da sua parte culpa ou negligência.

Ao seu tempo, a Lei nº 6.697/1979 estabelecia medidas ora direcionadas ao menor, ora direcionadas aos pais ou responsáveis. As medidas direcionadas ao menor eram as seguintes:

a) advertência; b) entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; c) colocação em lar substituto; d) imposição do regime de liberdade assistida; e) colocação em casa de semiliberdade; f) internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Por sua vez, as medidas direcionadas aos pais ou responsáveis eram as seguintes: a) advertência; b) obrigação de submeter o menor a tratamento em clínica, centro de orientação infanto-juvenil, ou outro estabelecimento especializado determinado pela autoridade judiciária, quando verificada a necessidade e houver recusa injustificável; c) perda ou suspensão do pátrio poder; destituição da tutela; d) perda da guarda.



O ECA estabeleceu o Conselho Tutelar, regras sobre as atribuições do conselho, competência, escolha dos Conselheiros e impedimentos. Verificou-se no Decreto nº 17.943-A/1927 a criação de um conselho de assistência e proteção aos menores no Distrito Federal. Contudo, não se verificou o mesmo na Lei nº. 6.697/1979.

O ECA expressamente tratou do acesso à justiça, da Justiça da Infância e da Juventude, do Juiz e dos Serviços Auxiliares. O acesso à justiça é garantia Constitucional (1988). O Decreto nº 17.943-A/1927 previa o juízo privativo dos menores abandonados e delinquentes, ao passo que a Lei nº 6.697/1979 previa uma jurisdição de menores.

O ECA prevê diversos procedimentos, que são regulados subsidiariamente pelas normas gerais previstas na legislação processual pertinente, dentre eles há procedimento:

- a) Perda e da Suspensão do Poder Familiar
- b) Destituição da Tutela;
- c) Colocação em Família Substituta;
- d) Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente;
- e) Infiltração de Agentes de Polícia para a Investigação de Crimes
- f) Contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente;
- g) Apuração de Irregularidades em Entidade de Atendimento;
- h) Da Apuração de Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente;
- i) Da Habilitação de Pretendentes à Adoção;

Discorria ainda sobre o Ministério Público e Advogado, crimes e as Infrações Administrativas, dos Crimes em Espécie.

Acerca do processo e dos procedimentos, o Decreto nº 17.943-A/1927 estabelecia que o procedimento para verificação do estado de abandono de menores e da ação para reintegração do pátrio poder era é sumarássimo. Ainda estabelecia expressamente que o menor

de 14 a 18 anos, apontado autor de crime ou contravenção, seria processado e julgamento, nos casos de delito se faria, segundo as normas do código.

A Lei nº. 6.697/1979 – Acerca do processo e procedimentos – estabelecia que a jurisdição de menores seria exercida por meio do processo de conhecimento, cautelar e de execução imprópria, cabendo a execução própria às entidades a que se refere a lei. Que as medidas previstas no código seriam aplicadas mediante procedimento administrativo ou contraditório, de iniciativa oficial ou provocados pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse. Expressa ainda que, se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar livremente os fatos e ordenar, de ofício, as providências. A essa lei aplicava-se subsidiariamente legislação processual pertinente. Por fim, havia alguns procedimentos especiais:

- a) Da verificação da situação do menor;
- b) Da Apuração de Infração Penal;
- c) Da Perda e da Suspensão do Pátrio Poder e da Destituição da Tutela;
- d) Da Adoção;
- e) Das Penalidades Administrativas, do Ministério Público e do Procurador.

#### **4 CAPÍTULO IV – UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A NORMAS INTERNAS (BRASIL E PORTUGAL) SOBRE OS DIRETOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

No Direito brasileiro, citam-se com exemplos de normas de proteção à criança: a) o Decreto nº 17.943, de 12 de outubro de 1927, consolidava as leis de assistência e proteção aos menores (revogado); b) A Lei nº 6.6697, de 10 de outubro de 1979, instituiu o Código de menores (revogado); c) A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (vigente).

No Direito português, como exemplos de diplomas normativos de proteção a criança, citam-se: a) A Lei nº 147/1999, de 01 de setembro, Lei de Proteção de Criança e Jovens em perigo (com alteração proporcionada pela Lei nº 23/2017, de 23/05); b) A Lei nº 166/99, de 14 de setembro, Lei Tutela Educativa, (com alterações proporcionada pela Lei nº 4/2015, de 15/01).

Esses normas de proteção à criança, tanto no Direito brasileiro como no Direito de Portugal, são diplomas recentes, se forem comparadas à Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959, mas que foram profundamente influenciadas pelas disposições nela contida.

##### **4.1 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA**

A proteção que se atribuiu à criança e ao adolescente é algo que não está restrito ao Brasil, mas pode ser percebida em todas as nações. A partir disso, cita-se alguns documentos internacionais que visam proteger a criança.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959, e ratificada pelo Brasil por meio do Art. 84, inciso

XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961<sup>29</sup>.

Essa declaração, em seu preâmbulo, disse que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.

Todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões, política, ou de outra natureza, nacionalidade, ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente a própria criança ou a sua família.

Ademais, a presente declaração elenca entre os seus princípios: Princípio I - À igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade; Princípio II - Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social; Princípio III - Direito a um nome e a uma nacionalidade; Princípio IV - Direito a alimentação, moradia e assistência médica adequadas para a criança e a mãe; Princípio V - Direito a educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente; Princípio VI - Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade; Princípio VII - Direito a educação gratuita e ao lazer infantil; Princípio VIII - Direito a ser socorrido em primeiro lugar, em caso de catástrofes; Princípio IX - Direito a ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho; Princípio X - Direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

A convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, promulgada em 1980, e ratificada pelo Brasil decreto nº **3.413/2000**. Essa Convenção possui 6 capítulos: Capítulo I (Âmbito da Convenção); Capítulo II (Autoridades Centrais), Capítulo III (Retorno da Criança); Capítulo IV (Direito de Visita), Capítulo V (Disposições Gerais); Capítulo VI (Cláusulas Finais), totalizando 44 artigos.

O objetivo dessa convenção é a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado contratante (Art. 1º.); a convenção aplica-se a qualquer criança

---

29 BRASIL. Declaração dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 30 ago. 2018.

que tenha residência habitual num Estado contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos (Art. 4º.); nos termos da presente convenção: a) o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência; b) o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside (Art. 5º.). Segundo essa convenção cada Estado contratante designará uma autoridade central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhes são impostas pela presente convenção (Art. 6º.). Sobre o retorno da criança, a convenção diz que qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à autoridade central do Estado de residência habitual da criança ou à autoridade central de qualquer outro Estado contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança (Art. 8º.).

A regras mínimas da ONU: para proteção dos jovens privados de liberdade e para administração da justiça da infância e juventude: Regras de Beijing (1985)<sup>30</sup>. Adotadas pelo I Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, por meio da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas (anexo). Tem por objetivo das presentes regras não é descrever detalhadamente um sistema penitenciário modelo, mas apenas estabelecer - inspirando-se em conceitos geralmente admitidos em nossos tempos e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados - os princípios e as regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Resolução nº 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 24.09.1990. Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Entrou em vigor no Brasil em 23 de outubro de 1990. Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

---

30 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça , Da Infância E Da Juventude(Regras De Beijing). Disponível em: [Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Onu/C\\_A/Lex47.Htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/C_A/Lex47.htm). Acesso em: 30 ago.2018.

Essa convenção, na parte I, fez constar os principais direitos da criança, dentre os quais: os de os Estados partes respeitarão os direitos enunciados na presente convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais; e que tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares (Art. 2º, 1, 2.).

Que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança; que os Estados partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei.

Com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas; e que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada (Art. 3º, 1, 2, 3.).

Ainda, os Estados partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional (Art. 4º.).

Que os Estados partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção (Art. 5º.).

Assegura dentre outros direitos: a inerente a vida e ao máximo a sobrevivência (Art. 6º, 1, 2.); registro imediatamente ao nascer (Art. 7º.); a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas, deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade (Art. 8º, 1, 2.); de não ser separada dos pais contra a vontade dos mesmos; caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões (Art. 9º, 1, 2.); à liberdade de expressão.

Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança (Art. 13.); o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença; os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade (Art. 14.); à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas, não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais (Art. 15, 1, 2.); Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação (Art. 16, 1.).

Normas de Riad<sup>31</sup> – Diretrizes da ONU para a prevenção da delinquência juvenil, que ao contrário das regras de Beijing, as normas de Riad visam à prevenção do delito (fortalecimento da família, direito à educação).

As Diretrizes previram dentre os princípios fundamentais:

A prevenção da delinquência juvenil é parte essencial da prevenção do delito na sociedade (I, 1); por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da

---

31BRASIL. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Princípios Orientadores de Riad. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/PrincNacUniPrevDeliqJuv.html>. Acesso em: 30 ago. 2018.

primeira infância (I, 2); na aplicação das presentes diretrizes, os programas preventivos devem estar centralizados no bem-estar dos jovens desde sua primeira infância, de acordo com os ordenamentos jurídicos nacionais (I, 3); é necessário que se reconheça a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais (I, 4):

a) criação de meios que permitam satisfazer às diversas necessidades dos jovens e que sirvam de marco de apoio para velar pelo desenvolvimento pessoal de todos os jovens, particularmente daqueles que estejam patentemente em perigo ou em situação de insegurança social e que necessitem de cuidados e uma proteção especial.

b) critérios e métodos especializados para a prevenção da delinquência, baseados nas leis, nos processos, nas instituições, nas instalações e uma rede de prestação de serviços, cuja finalidade seja a de reduzir os motivos, a necessidade e as oportunidades de cometer infrações ou as condições que as propiciem.

c) uma intervenção oficial cuja principal finalidade seja a de velar pelo interesse geral do jovem e que se inspire na justiça e na equidade.

d) proteção do bem-estar, do desenvolvimento, dos direitos e dos interesses dos jovens.

e) reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade.

f) consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de "extraviado", "delinquente" ou "pré-delinquente" geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado (4, a, b, c, d, f.); devem ser desenvolvidos serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinquência juvenil.

Só em último caso recorrer-se-á a organismos mais formais de controle social (I, 5.).



Há ainda a Convenção relativa à proteção de crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, a qual o Brasil promulgou pelo Decreto n° 3.087, de 21 de junho de 1999 a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993.

Diretrizes de cuidados alternativos à criança (2009)<sup>32</sup>, aprovada em 3 de novembro de 2009, pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York (EUA), as Diretrizes sobre Cuidados Alternativos para Crianças. Esse documento atende às necessidades detectadas pela sociedade civil e por técnicos de diversos países, que trabalham em contato direto com crianças afastadas de suas famílias. Na data, a comunidade internacional celebrou o vigésimo aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989.

Todos esses diplomas internacionais somente ratificam o quanto é valiosa a proteção da criança e do adolescente e o quão foi acertada a postura do Constituinte brasileiro em colocar a proteção da criança e do adolescente em nível Constitucional, conferindo tratamento discriminatório a partir da idade.

#### **4.1.1 A convenção sobre os direitos da criança**

A Convenção sobre os Direitos da Criança incorporou-se ao nosso direito por meio do Decreto n° 99.710/90. Para efeitos dessa Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes<sup>33</sup>.

A convenção, se comparado ao nosso Código Civil de 2002, amplia a proteção para a criança, considerando-a com idade inferior a 18 anos, e, ainda, assegura a criança formular seus próprios juízos, o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, cujas opiniões devem ser levadas em considerações em função da idade e

---

32 BRASIL. ONU aprova as diretrizes sobre cuidados alternativos para crianças. Disponível: [http://www.sdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas\\_noticias/2009/11/MySQLNoticia.2009-11-23.3658](http://www.sdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas_noticias/2009/11/MySQLNoticia.2009-11-23.3658). Acesso em: 30 ago. 2018.

<sup>33</sup> Artigo 1: Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

maturidade<sup>34</sup>. Com isso, a Convenção busca assegurar que a criança seja ouvida em todo processo judicial ou administrativo<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Decreto nº 99.710/1990 (Convenção sobre os Direitos da Criança) – Artigo 12: 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

<sup>35</sup> Decreto nº 99.710/1990 (Convenção sobre os Direitos da Criança) – Artigo 12: [...] 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

## **5 CAPÍTULO V – A IDADE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO NOUTRAS CONSTITUIÇÕES**

### **5.1 PORTUGAL (1982)**

A idade com fator de discriminação de certas situações jurídicas foi utilizada pela Constituição Republicana Portuguesa (1976) que agasalhou em diversos temas. Contudo o Constituinte não ousou tratar sobre a imputabilidade penal, silenciando.

Por sua vez, o Código Penal Português, aprovado em 1982 pelo Decreto Lei nº 400/82 e reformulado em 1995 pelo Decreto Lei nº 48/95, acerca do tema da inimputabilidade penal, em suas disposições especiais para jovens, quanto aos maiores de 16 anos e menores de 21 são aplicáveis normas fixadas em legislação especial (art. 9º do CPP). Assim, para o código penal português os menores de 16 anos são inimputáveis (art. 19 do CPP<sup>36</sup>).

A Constituição portuguesa (1976) – diferente da Constituição brasileira (1988), que expressamente disse quem era inimputável penalmente, – não enfrentou o tema, deixando por conta da legislação infraconstitucional enfrenta-lo, de modo a dizer quem são os penalmente inimputáveis. O constituinte que deixar de enfrentar determinados temas importantes, não fixando as balizas mínimas para o seu exercício, delega implicitamente ao legislador infraconstitucional, que pode fazê-lo. Acontece que, quando o tema vem delimitado no texto constitucional não poderá sofrer qualquer alteração pelo processo legislativo ordinário.

### **5.2 REPÚBLICA DE CUBA**

O País de Cuba, oficialmente República de Cuba, teve recentemente promulgada uma nova constituição: a Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019 <sup>[1]</sup>. Nela o termo idade foi utilizado, como fator discriminante, marca o momento para ocupar certos

---

<sup>36</sup>Art. 19.º. Os menores de 16 anos são inimputáveis.

cargos Políticos, por exemplo, Presidente da República, Governador e Deputados (Articulados 127, 176 e 207 da CRC/2019).

A Constituição cubana (2019) não tratou expressamente e nem implicitamente sobre a maioria penal, não disse quando a pessoa é considerada imputável penalmente, silenciando quanto a esse tema, que ficou a cargo do legislador ordinário.

Por sua vez, o tema da maioria penal foi tratado no Código Penal cubano (1978), que estabeleceu que a responsabilidade penal começa aos 16 anos de idade, assegurando tratamento diferenciado para os menores dessa idade, além de assegurar redução da pena pela metade se o ato for praticado por maior de 16 anos e menores de 18 anos, ou reduzida de até um terço com relação aos de 18 a 20 anos de idade (Articulados 16 e 17 do CPC).

### 5.3 ESPANHA

A Constituição Espanhola de 1978, muito embora não tenha dito expressamente quando a pessoa será considerada inimputável penalmente, como o fez a Constituição brasileira (1988), disse que os espanhóis são maiores aos dezoito anos (Art. 12).

Apesar de o constituinte espanhol não ter dito nada sobre a inimputabilidade ou imputabilidade penal, o Código Penal da Espanha (1995), valendo-se expressamente do disposto na Constituição espanhola sobre a maioria que alcançada aos 18 anos e acerca das crianças desfrutarem de proteção com base, inclusive, em acordos internacionais, estabeleceu expressamente a maioria penal aos 18 anos (Articulado 19 do CPE). Antes disso o menor desta idade não será criminalmente responsável nos termos do código penal espanhol, mas responderá de acordo com a lei que regulamenta a responsabilidade penal do menor (Articulado 19 do CPE).

## 5.4 CHILE

Se por um lado o Constituinte chileno (1980), a semelhança do que fez o constituinte espanhol, que não tratou expressamente do tema da inimputabilidade ou imputabilidade penal, por outro lado, disse que os chilenos são cidadãos quando tenham completado dezoito anos de anos (Artigo 13). Essa idade assegura tratamento diferenciado o que garante, além de ser chamado cidadão, o direito de votar e de se candidatar a eleição popular e outras que a Constituição ou a lei conferem; ainda a idade é requisito para assumir determinados cargos políticos e marca ainda o momento de deixar o cargo.

Em harmonia com a Constituição chilena (1980), o Código Penal Chileno (1874) estabeleceu que a responsabilidade criminal começa aos dezoito anos (Artigo 10, 2º), sendo a responsabilidade criminal dos menores de dezoito anos e maiores de quatorze anos regulado pela lei de responsabilidade juvenil. Tratou-se de estabelecer um sistema penal diferenciado para os menores de dezoito anos.

## 5.5 COLÔMBIA

O constituinte colombiano (1991), em que pese tenha estabeleça a idade como requisito para ocupar cargos políticos e assegurar direitos, não disse nada sobre o início da responsabilidade criminal. A idade aparece no texto constitucional para determinar o início da cidadania, a qual se dá a partir dos dezoito anos (Art. 98). Noutra giro, o constituinte diz que se adquire a cidadania aos os dezoito anos enquanto a lei não decidir outra idade (Art. 98).

Foi o código penal colombiano (2000) que tratou sobre a imputabilidade penal e estabeleceu que os menores de dezoito anos são inimputáveis e sujeitos ao sistema de responsabilidade juvenil (Artigo 33). Fixa-se, com isso, um sistema penal diferenciado em razão da idade.

## **6 CAPÍTULO VI –A IDADE COMO FATOR DETERMINANTE PARA O INÍCIO DA RESPONSABILIDADE PENAL NO DIREITO COMPARADO**

### **6.1 A IMPUTABILIDADE PENAL NOUTROS SISTEMA CONSTITUCIONAIS**

Tem sido comum o uso da idade por alguns sistemas constitucionais como critério discriminante para marcar o início de alguns direitos, sobretudo para determinar o início da imputabilidade penal, isto é, quando a pessoa poderá ser responsabilizada penalmente. No âmbito dos sistemas constitucionais do Brasil (1988) e de Portugal (1976), verificou-se que a idade é sim bastante utilizada para marcar o início de alguns direitos, e foi, no Brasil, utilizada para marcar o início da responsabilidade penal, pois o Constituinte brasileiro (1988) expressamente tratou do tema da imputabilidade penal e implicitamente da responsabilidade penal.

Como foi dito anteriormente imputabilidade penal e responsabilidade penal são institutos que não se confundem. Partindo dessa premissa, a doutrina considera imputável penalmente o agente que, além de ter discernimento para entender o caráter ilícito do fato, pode determinar-se de acordo com esse entendimento. Por outro lado, a responsabilidade criminal tem a ver com as consequências jurídicas. Isto é, o agente será responsabilizado pela sua conduta criminosa.

No Brasil, a fim de aferir quem é ou não imputável penalmente, deve-se verificar a idade do agente no momento em que prática o fato, pois os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, o que não significa dizer que não serão responsabilizados penalmente, salvo as crianças que não serão, por suas condutas, responsabilizadas penalmente. Contudo isso não significa que, pelo fato de serem considerados inimputáveis, não haverá alguma responsabilização penal. Até porque essa responsabilidade penal se subdivide em Responsabilidade Penal Juvenil e em Responsabilidade Penal de Adultos.

Por exemplo, no Brasil, a Responsabilidade Penal Juvenil tem início aos 12 (doze) anos de idade, para os adolescentes, sendo que, quantos aos menores de 12 (doze) anos, as crianças, não sofrerão qualquer tipo de responsabilização penal. Noutro extremo, a Responsabilidade Penal de Adultos tem início aos 18 (dezoito) anos de idade.

Em Portugal, por exemplo, a nenhuma das Constituições Portuguesas abordou o tema da imputabilidade penal. No entanto, sabe-se que a Responsabilidade Penal Juvenil tem início aos 12 (doze) anos de idade e que a Responsabilidade Penal de Adultos tem início aos 16 anos de idade por expressa disposição do Código Penal Português (1982), o qual não se omitiu quanto ao tratamento do tema.

Vale salientar que, na maioria dos sistemas constitucionais de diversos Países, em especiais Países da América do Sul, como: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, quem diz as regras sobre a imputabilidade penal não é lei suprema, a Constituição, mas lei ordinárias.

Enquanto isso, essas Constituições dão maior importância a idade para ocupar determinados cargos públicos a quem pode ou não ser imputado penalmente e, com isso, sofrer, as consequências jurídicas penais.

Nesse sentido, a Constituição de Cuba (2019) <sup>[1]</sup> protegeu a nível constitucional, a idade para ocupar certos cargos Políticos, por exemplo, Presidente da República, Governador e Deputados (Articulados 127, 176 e 207 da CRC/2019). No entanto, o tema da maioridade penal foi tratado no Código Penal cubano (1978), cuja responsabilidade penal, que começa aos 16 anos de idade, recebe tratamento diferenciando para os menores dessa idade, e para os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos, ou ainda para maiores de 18 (dezoito) até 20 (vinte) anos de idade (Articulados 16 e 17 do CPC).

Por sua vez, a Constituição Espanhola (1978) tratou da maioridade civil, estabelecendo expressamente que serão maiores aos 18 (dezoito) anos de idade (Art. 12). Isso não exime o Constituinte de ter de enfrentar o tema da imputabilidade penal. Contudo, de certa forma, isso direcionou o legislador ordinário quanto a idade para se responsabilizar a pessoa penalmente, uma vez que o Código Penal da Espanha (1995), valendo-se expressamente do dispôs a Constituição espanhola sobre a maioridade ser alcançada aos 18 anos e acerca das crianças desfrutarem de proteção com base, inclusive, em acordos internacionais, estabeleceu expressamente a maioridade penal aos 18 anos (Articulado 19 do CPE). Antes disso, o menor responderá de acordo com a lei que regulamenta a responsabilidade penal do menor (Articulado 19 do CPE).

O Constituinte chileno (1980), a semelhança do que fez o constituinte Espanhol, disse com que idade os chilenos seriam considerados cidadãos, isto é, quando tenham

completado dezoito anos de anos (Artigo 13). Essa idade garante não só o status de cidadão, mas asseguram, dentre outros direitos, o direito de votar e de se candidatar a eleição popular e outras que a Constituição ou a lei conferem. Entretanto, as regras de imputabilidade não decorrem da Constituição, o que revelaria ser um tema caro ao Constituinte, dado que pode afetar a liberdade do cidadão, mas, seguindo a linha de outros Países, deixar a cargo do Código Penal (1874) tecer as regras sobre o início da responsabilidade criminal, que, neste caso, que começam aos 18 (dezoito) anos de idade (Artigo 10, 2º). Antes disso, a responsabilidade criminal dos menores de dezoito anos e maiores de quatorze anos será regulado pela lei de responsabilidade juvenil.

Ainda na América do Sul, o constituinte colombiano (1991), a exemplo das constituições anteriores, marcou o início da cidadania, que se dará a partir dos 18 (dezoito) anos de idade, isso se a lei não decidir outra idade (Art. 98). Essa possibilidade de uma lei alterar a Constituição demonstra o quão é frágil tal enunciado, que poderá, a qualquer momento, ser alterado por uma lei. Com efeito, o Código Penal colombiano (2020) estabeleceu o início da responsabilidade criminal (2020), o qual fixou a idade de 18 (dezoito) anos de idade; antes dessa idade, o menor será submetido ao sistema de responsabilidade Pena Juvenil.

Conclui-se que, quanto ao tema da idade para marcar a responsabilidade penal, em que pese sua importância para qualquer cidadão, uma vez que reverbera diretamente na liberdade do indivíduo, no Poder do Estado, como detentor do poder de Perseguir o criminoso e puni-lo, com exceção da Constituição brasileira (1988), nenhuma outra constituição resolver marcar as balizas sobre o início da responsabilidade penal, ficando a cargo da lei em sentido amplo, no máximo, complementá-lo. O que traria maior segurança ao sistema jurídico, diferentemente da facilidade que é para criar uma lei, as constituições, na maioria, tem processos mais solenes para serem alteradas e não surgem Constituições todos os dias, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos da América que tenha cerca de 230 (duzentos e trinta) anos e sofreu poucas modificações; a própria Constituição do Brasil (1988), que apesar de ter poucos mais de 32 (trinta e dois) anos, estabelece um processo de modificação solene e qualificado. Inegavelmente é características das Constituições garantir o direito que, diante do fato de ser a Constituição a norma fundamental do Estado, detêm suas normas e princípios eficácia (Força Normativa da Constituição). Assim, como forma de fixar as balizas mínimas sobre a imputabilidade penal, e para retirar das mãos do legislador infraconstitucional o poder dizer



quando esta ou aquela idade deve indicar o início da imputabilidade penal, entende que a Constituição de cada País deve tratar do tema.

## 6.2 A IDADE PARA A RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL E A PARA RESPONSABILIDADE PENAL DE ADULTOS NOUTROS PAÍSES

A maioridade penal afeta diretamente a liberdade do cidadão. E devido a muitas discussões sobre a redução da idade penal no Congresso Brasileiro, e diferentes Propostas de Emenda à Constituição Federal (PECs), em trabalho realizado pelo Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) intitulado “Porque dizer não à redução da idade penal”, pesquisou-se e apresentou uma tabela comparativa acerca da idade de Responsabilidade Penal Juvenil e a Responsabilidade Penal de Adultos de diferentes Países. A pesquisa envolveu em 41 países e constatou que a responsabilidade penal é dividida em Penal Juvenil e Penal de Adultos, e ainda que há países que adotam um outro sistema chamado de jovens adultos.

Percebe-se, com isso, a importância do tema – o direito penal está presente em todos os Países do mundo, sendo a idade o principal critério utilizado para apontar o momento em que alguém é considerado capaz mentalmente de ser responsabilizado penalmente por sua conduta – cada País, conquistada sua soberania, pode eleger a idade que entender mais adequada para responsabilizar alguém penalmente. Diante disso, verifica-se que a responsabilidade penal pode, a depender do País, pode começar muito cedo.

Nesse contexto, é de se ressaltar que há ainda um tratamento diferenciado em razão da idade, que separa de um lado os que se submeterão à Responsabilidade Penal Juvenil e de outro os que se submeterão a Responsabilidade Penal de Adultos. Isso garante que não haverá total irresponsabilidade penal dos menores, que terão assegurado tratamento diferenciado segundo regras próprias.

Segundo a pesquisa realizada pela UNICEF, parece haver um consenso em fixar, entre os Países da América do Sul, em fixar a Responsabilidade Penal de Adultos, que é a partir dos 18 anos de idade, por exemplo, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. O mesmo não ocorre quando é fixar a idade da

Responsabilidade Penal Juvenil. Para alguns Países, essa responsabilidade pode ocorrer aos 12 anos de idade ou aos 16 anos de idade.

Vale salientar que, a exemplo da Bolívia, do Brasil, do Peru, da Venezuela, a Responsabilidade Penal Juvenil tem início aos 12 anos de idade. Dizer isso não é suficiente porque, apesar do fato de a responsabilidade penal juvenil começar aos 12 anos, cada País oferecerá tratamento juvenis diferentes. Ou seja, o tratamento assegurado a menor que comete um delito é diferente em cada País.

Na Bolívia, essa Responsabilidade Penal Juvenil pode se estender até os 18 anos de idade (artigo 2º da lei 2026 de 1999), e ainda atingir os que estão com 16 a 21 anos (artigo 222 da lei 2026 de 1999); no Brasil, o menor poderá ficar internado até os 21 anos de idade, quando sua liberdade será compulsória (art. 121, § 5º da Lei 8. 069/1990); já na Venezuela, a Responsabilidade Penal Juvenil pode incidir sobre adolescentes de 12 a 18 anos, mas segundo a Lei Nacional da Juventude da Venezuela (Lei 5266/98), haverá diferentes sanções aplicadas a depender das idades de 12 a 14 (medidas privativas de liberdade até 2 anos) e de 14 a 18 (medidas privativas de liberdade não até 5 anos); outros Países, a exemplo do Uruguai, a Responsabilidade Penal Juvenil tem início aos 13 anos de idade, cujas regras estão estabelecidas na Lei nº 17.823 (Código da Infância e Adolescência); por sua vez, na Colômbia, no Paraguai e no Chile, a Responsabilidade Penal Juvenil tem início aos 14 anos de idade, contudo, na Colômbia, há regras específicas sobre a prisão do menor, sendo admitida para os maiores de 16 anos que cometam crimes graves, v. g., homicídio doloso, sequestro e extorsão (artigo 87 da Lei colombiana 1098 de 2006); no Chile, segundo a Lei chilena nº. 20.084/2005<sup>37</sup> (Sistema de Responsabilidade de Adolescentes por violações da lei penal), acerca da prisão, proíbe sua ocorrência quando se tratar de menor de 14 (quatorze) anos, mesmo que pego na execução flagrante de uma conduta que, cometido por adolescente, constituiria crime; por fim, a Argentina é o único País da América Latina cuja idade da Responsabilidade Penal Juvenil tem início aos 16 anos de idade.

Indo para outro continente, na Europa, Países como Eslovênia, Inglaterra e Países de Gales, Irlanda, Itália, Alemanha, Bélgica, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Finlândia, na França, Grécia, na Holanda, Lituânia, Noruega, Países Baixos,

---

<sup>37</sup>Biblioteca del Congreso Nacional de CHILE/BCN. Lei Chile 20084: Establece Un Sistema De Responsabilidad De Los Adolescentes Por Infracciones. A La Ley Penal. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/consulta/listaresultadosimple?cadena=adolescentes&itemsporpagina=10&npagina=1>. Acessado em 20/05/2021.

República Checa, adotaram a Responsabilidade Penal de Adultos aos 18 anos de idade, enquanto que outros Países adotam outra idade para o início da Responsabilidade Penal de Adultos, isto é, a Suíça e Suécia adotam 15 (quinze) anos de idade; a Romênia, Portugal e a Escócia adotam 16 (dezesesseis) anos de idade; a Polônia e a Estônia adotam 17 (dezesete) anos de idade; a Áustria optou por 19 (dezenove) anos de idade. Todos esses Países, cada qual, escolheram idades diferentes para marcar o início da Responsabilidade Penal Juvenil: na Suíça, começa aos 7 (sete) anos; na Escócia, aos 8 (oito) anos; na Espanha, na Irlanda, nos Países Baixos e em Portugal, aos 12 (dozes) anos; na Estônia, na Grécia e na Polônia, aos 13 (treze) anos; na Alemanha, na Áustria, na Bulgária, na Croácia, na Hungria, na Itália e na Lituânia, aos 14 (quatorze) anos; na Dinamarca, na Eslováquia, na Finlândia, na França, na Suécia, na Noruega e na República Checa, aos 15 (quinze) anos; na Bélgica e na Romênia, aos 16 anos.

O fato de serem Países de um mesmo continente, com anos de história, a exemplo de Portugal, cuja independência data de 1.139, se comparado ao Brasil, que possui pouco mais de 520 (quinhentos e vinte) anos, poderiam imaginar certa semelhança quanto ao tratamento da imputabilidade penal; ademais sendo estes Países, na maioria, desenvolvidos nos aspectos social, econômicos, e políticos, o que não justificaria atribuir, como causas frequentes para o crime, ser o agente pessoa desprovida de conhecimento e recursos financeiros, já que oriundos de Países, a fundamentar o porquê de idade fixarem maioridade de modo tão diferentes.

Isso revela que não tratar da idade certa para responsabilizar alguém penalmente não é fácil lidar. Para mais, não há um critério específico que tenha sido utilizado por algum desses Países, a isoladamente considerada não traz um segurança e efeito jurídicos esperados, qual seja, a redução da criminalidade e não a punição do agente.

A idade, como fator discriminante da responsabilidade penal, sozinha não traz a certeza de ser o critério mais justo. Verifica-se que os Países aqui tratados têm diferentes políticos criminais, o que os levam a estabelecer idades diferente para marcar o início da responsabilidade penal juvenil e de adultos. Essa diferença de tratamento pode ocorre, muitas das vezes, por questões políticas, religiosas, culturais, de um ou outro Países, de modo que ocorra de ter casos em que, Estados dentro de um mesmo País, tratem de modo diferente a responsabilidade juvenil e de adultos. Todavia, não justifica, na atualidade, o tratamento tão díspar, quanto a fixação da maioridade penal, por Países, inclusive, de mesma língua, o que facilita a comunicação.

Por tudo isso, deve-se optar pelo uso da idade objetivamente considerada mais associada a outros fatores objetivos (ambiente onde o menor foi criado, por quem foi criado, se pelos pais, escolaridade, situação econômica), além de fatores subjetivos (emoções), estes últimos fatores devem ser considerados antes e durante a conduta delituosa, de modo a determinar quando e se alguém deve ser responsabilizado penalmente.

Seria melhor, não se estabelecer idade mínima para fixar o início da imputabilidade penal, mas sem deixar de considerá-la, verificar caso a caso – quem, avaliadas, também, as condições culturais e econômicas do agente, motivos e circunstâncias do crime – quem pode ser responsabilizado penalmente, oferecendo sempre tratamento especializado, assegurando que a penas sejam cumpridas em estabelecimento por faixa etária.

### 6.3 CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Da união económico-política de 27 Estados-membros independentes situados principalmente na Europa surgiu a União Europeia (UE). Pela ordem de data de adesão são os seguintes Países que fazem parte da UE: Em 1º de janeiro de 1958: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo, Países Baixos; Em 1º de janeiro de 1973: Dinamarca; Irlanda; Reino Unido (saiu da UE em 31º de janeiro de 2020); Em 1º de janeiro de 1981: Grécia; Em 1º de janeiro de 1986: Espanha, Portugal; Em 1º de janeiro de 1995; Áustria, Finlândia, Suécia; Em 1º de maio de 2004: Chéquia, Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia; Em 1º de janeiro de 2007: Bulgária, Roménia; Em 1º de julho de 2013: Croácia.

E da necessidade de concretizar essa União, fez-se necessária, uma vez que cada País, independente que é e possuidor de regras internas aplicáveis somente aos seus limites territoriais, unificar a legislação acerca dos direitos civis, políticos, económicos e sociais, criando um *billofrights* próprio da União Europeia. Esse documento é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, formada por um preâmbulo (introdução) e 54 artigos, repartidos em 7 capítulos: Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições Gerais.

No início, em 7 de dezembro de 2000, a Carta representava apenas um compromisso político, mas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa<sup>38</sup>, em 1º de dezembro de 2009, a Carta passou a ter força de lei e, por assim dizer caráter vinculante.

Apesar desse compromisso (que tem força de lei) de unificar, por exemplo, direitos civis, verifica-se que, no tocante as liberdades, nesse contexto, regras que podem cercear a liberdade, normas sobre direito penal, em especial acerca do tratamento da maioria penal, não houve essa unificação, pois, como visto anteriormente, cada País continuam a observar as suas próprias regras.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia falou expressamente da igualdade perante a lei (Art. 20). Mas como haver igualdade de tratamento, quando as leis, que devem assegurar tratamento idêntico a todo cidadão, são as responsáveis por diversificarem a forma de tratamento do dito criminoso, por meio de critérios, pouco eficientes, mas utilizados, muitas vezes, por que outros Países fazem, num processo de modelagem; ainda, fixam esta ou aquela idade penal, simplesmente, para demonstra ter um direito penal mais rígido ou benéfico, este último pautado no princípio da dignidade humana. A idade é o foco, mas não se revela ser a solução, pois, embora existam Países no qual a imputabilidade penal começa cedo, assim como existem outros onde a maioria começa um pouco mais tarde, em nenhum destes Países o crime deixou de existir.

Vale salientar ainda que, quanto ao fator idade como discriminante para marcar o início da responsabilidade penal, a carta proíbe a discriminação em razão de fatores como do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. Noutro momento, a Carta realça que as crianças tem direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar e que, ainda, em função da sua idade e maturidade, podem exprimir livremente a sua opinião nos assuntos que lhes digam respeito.

É bem verdade que a carta prega a prevalência do princípio do interesse superior da criança. Nisso, a um só tempo, assegura-se tratamento diferenciado em razão da idade e ainda

---

<sup>38</sup> O Tratado de Lisboa é um tratado que foi assinado pelos Estados-membros da União Europeia em 13 de dezembro de 2007, e que reformou o funcionamento da União em 1 de dezembro de 2009, quando entrou em vigor. Ele emenda o Tratado da União Europeia e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia.

busca-se concretizar o princípio da igualdade, assegurando-se tratamento desigual aqueles em situações desiguais, a fim de torná-las iguais no plano material. Porém, esse tratamento diferenciado à criança não significa torná-la irresponsável penalmente por seus atos, mas, noutro giro, responsabilizá-la e na medida certa, de modo que, quando, privada de sua liberdade, possa novamente, e sem predisposição para o crime, voltar conviver em sociedade, tornando a ocorrência do crime algo raro.

## **7 CONCLUSÃO**

Ao longo de todo esse trabalho, foram abordados temas como normas (regras e princípios), princípio da igualdade, igualdade formal ou material, segundo a doutrina brasileira e portuguesa. Observou-se que, a partir da doutrina nacional, as normas constitucionais são classificadas, dentre outras classificações existentes, em normas-regras e princípios-regras, aquelas com menor grau de abstração do que estas, valendo a regra do tudo ou nada para aquelas, e da ponderação para estas.

A partir do conceito de igualdade formal e material, buscou-se verificar a validade do tratamento penal menos rigoroso atribuído aos menores de 18 anos de idade, ou seja, em razão da idade, frente àquele tratamento mais rigoroso atribuído aos maiores de 18 anos de idade, segundo a Constituição 1988.

De início, observou-se que tanto o constitucionalismo brasileiro quanto o português, ao longo dos anos, deu origem a diversas constituições, aquele as constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988, este as constituições de 1822, 1826, 1838, 1911, 1933, 1976. Todas as constituições brasileiras utilizaram a idade como fator discriminante para marcar o início de algum direito, para impedir o exercício de um outro, para criar uma nova situação, para permitir um comportamento, para criar deveres para a sociedade e para o Estado, para orientar políticas de governos, conceder benefícios assistenciais, para priorizar determinadas pessoas, inclusive, no âmbito da política criminal, etc.

Por sua vez, as constituições portuguesas também se utilizaram da idade como fator discriminante, certo que modestamente.

Segundo a maioria dos Países, a idade determina o início para a imputabilidade penal. Porém, nenhuma Constituição brasileira antes da atual Constituição (1988) tratou da imputabilidade penal diretamente no texto constitucional. O constituinte brasileiro enfrentou tema e marcou o início em 18 (dezoito) anos a maioridade penal. Isso limita a atuação do legislador infraconstitucional, que fica preso ao comando constitucional, devendo repeti-lo, não podendo dispor de outro modo sobre a idade penal. E, por isso, o código penal brasileiro (1940) seguindo o comando constitucional, no mesmo sentido prega que são inimputáveis penalmente os menores de 18 anos.

Quanto ao direito comparado, nas constituições portuguesas, o constituinte não enfrentou o tema da imputabilidade penal, não se preocupou em marcar a idade inicial para se punir penalmente o indivíduo, deixou de fixar as balizas que deveriam ser observadas pelo legislador infraconstitucional, que tem, em suas mãos, o poder para discorrer sobre a idade que entender mais razoável para se punir penalmente os indivíduos. Assim, ficou por conta do Código Penal Português discorrer sobre as regras de imputabilidade penal. Nesse sentido, o código penal de Portugal afirma que, sobre inimputabilidade em razão da idade, que os menores de 16 anos são inimputáveis (art. 19 do CPP).

Ainda, analisou-se quem o Código Criminal do Império (1830), o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890), e Código Penal (1940) considerou inimputáveis, sujeitos a legislação penal especial.

Procedeu-se análise das diversas leis nacionais que, ao longo da história brasileira, abordou o tema da proteção dos menores (Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores e Do Código Dos Menores Ou Código Mello Matos), criança e adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente), além de expor a estrutura de cada diploma legislativo.

Verificou-se que, quanto ao tema imputabilidade penal, apenas a Constituição de 1988 trouxe a regra expressa quanto ao tema da inimputabilidade penal, para quem os menores de 18 anos são inimputáveis, sendo que a Constituições brasileira que a antecederam (1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967) nada dispuseram sobre o tema. A natureza da regra prevista no Art. 228 da Constituição é de cláusula pétrea, de modo que somente por meio de uma nova Constituição pode ser alterada. Para além, a regra tem natureza objetiva, pois a inimputabilidade penal prevista na Constituição de 1988 é aferida tão somente a partir do fator idade, não importando o grau e discernimento, cuja ausência se presume.

Também, com o trabalho se pode constatar que os diversos diplomas legais até chegar à Constituição de 1988, trataram o menor de 14 anos de idade inimputável penalmente, desde que não apresentassem discernimento, quando seriam considerados imputáveis penalmente.

Desse modo, conclui-se que antecipar a responsabilização penal não se mostrou eficaz ao longo dos anos, restando válida a regra Constitucional para inimputabilidade penal, pois se aquele que detém discernimento, mesmo após cumprir a sua pena, continua, muitas vezes, a delinquir, como maior razão aquele que não possui discernimento, poderá, após cumprir a pena, mesmo assim se sentir atraído pelo crime e voltar a delinquir.

Por outro lado, para os que defendem a redução da maioridade penal, sob o argumento da impunidade e serem os menores usados pelos maiores para cometerem crimes, pois sabem do menor rigor da legislação penal, e que logo estarão nas ruas, que reflita sobre as legislações que, apesar de considerarem imputável o menor de 14 anos, não resolveu o problema dos crimes praticados por menores (tecnicamente o menor não comete crime, mas ato infracional análogo ao crime).

No mais, dada a importância do tema, qual seja a idade adequada para marcar o início da imputabilidade penal, melhor a Constituição (1988) ter enfrentado o tema, impedindo com isso a atuação do legislador infraconstitucional, uma vez que somente poderá ser alterada mediante procedimento de emenda à Constituição.

Por tudo isso, qual ao melhor critério de determinação da responsabilidade penal, o uso da idade objetivamente considerada associada a outros fatores objetivos (ambiente onde o menor foi criado, por quem foi criado, se pelos pais, escolaridade, situação econômica), além de fatores subjetivos (emoções), juntos devem ser critérios válidos, a ser considerados antes e durante a conduta delituosa, de modo a determinar quando e se alguém deve ser responsabilizado penalmente. *I. e.*, um critério objetivo-subjetivo para determinar a imputabilidade penal.



## **BIBLIOGRAFIA**

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19 ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Ruy; Oração Aos Moços. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos). Acesso em: 28/01/2018.

BRASIL. Código Criminal do Império Do Brazil, Lei 16 de dezembro de 1830. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 30/01/2018.

BRASIL. Código Criminal do Império Do Brazil, Lei 16 de dezembro de 1830. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 30/01/2018.

BRASIL. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm). Acesso em: 30/01/2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 2/11/2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 2/11/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 2/11/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2/11/2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos Do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 2/11/2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso: 2/11/2020.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. Declaração dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian°html>. Acesso em: 30/01/2018.

BRASIL. ONU aprova as diretrizes sobre cuidados alternativos para crianças. Disponível em: [http://www.sdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas\\_noticias/2009/11/MySQLNoticia.2009-11-23.3658](http://www.sdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas_noticias/2009/11/MySQLNoticia.2009-11-23.3658). Acesso em: 30/01/2018.

BRASIL. Primeiro código de infância e adolescência faz 80 anos e é tema de exposição no RJ. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI47249,11049-Primeiro+codigo+de+infancia+e+adolescencia+faz+80+anos+e+e+tema+de>. Acesso em: 30/01/2018.

BRASIL. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Princípios Orientadores de Riad. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/PrincNacUniPrevDeliqJuv.html>. Acesso em: 30 jan° 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atrn° 11. de acordo com a Emenda Constitucional n° 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CELSO, Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. revista e atualizada por Samantha Meyer-PFLUG. São Paulo: Saraiva, 1999.

CLEVE, Clemerson Merlin, DIREITO CONSTITUCIONAL BRASIL

COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*; prefácio de Evandro Lins e Silva. – 5.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014  
DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIPIRO. VOLUME III, Constituições Econômica e Social, Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, 2014, ebook.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. - 9.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2017.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. vol. 1- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Vol. 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, *Alexandre de Direito constitucional*. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016.

PORTUGAL. Constituição Portuguesa. disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 30.01.2018.

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça , Da Infância E Da Juventude(Regras De Beijing). Disponíveis Em: [Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Onu/C\\_A/Lex47.Htm](Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Onu/C_A/Lex47.Htm). Acesso em: 30/01/2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, e Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VILLA, Marcos Antônio. *A Histórias das Constituições Brasileiras*. São Paulo, 2011.