

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA – CCSST
CURSO DE DIREITO

JOSÉ JOSEMAR CARNEIRO DOS SANTOS

INCONSTITUCIONALIDADE NA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

IMPERATRIZ

2023

JOSÉ JOSEMAR CARNEIRO DOS SANTOS

INCONSTITUCIONALIDADE NA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Fernando Moreira Miranda

IMPERATRIZ

2023

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Carneiro dos Santos, Jose Josemar.
Inconstitucionalidade na Redução da Maioridade Penal no
Brasil / Jose Josemar Carneiro dos Santos. - 2023.
58 f.

Orientador(a): Márcio Fernando Moreira Miranda.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, Imperatriz, 2023.

1. Emenda Constitucional. 2. Inconstitucionalidade.
3. Maioridade penal. I. Moreira Miranda, Márcio
Fernando. II. Título.

JOSÉ JOSEMAR CARNEIRO DOS SANTOS

INCONSTITUCIONALIDADE NA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 20 de junho de 2023, às 14:00.

Nota: 10

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcio Fernando Moreira Miranda

Prof.^ª. Dr.^ª. Ellen Patrícia Braga Pantoja

Prof. Esp. Gabriel Araujo Leite

Este trabalho é dedicado à minha esposa Juliana e aos meus filhos Ricardo e Maria, pois constituem a minha motivação para sempre seguir em frente, mesmo diante de todas as dificuldades. É dedicado, também, a todos aqueles que anseiam por uma sociedade mais solidária e com mais justiça social.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela oportunidade de chegar até aqui e pela coragem que me foi dada para superar as dificuldades.

Agradeço à minha esposa Juliana que muito me incentivou a fazer o curso de Direito. Nos momentos mais cruciais dessa jornada, agradeço-me com todo o seu apoio material e emocional, sobretudo nos períodos do curso em que atravessamos a pandemia da Covid-19.

Ao meu chefe Paulo Henrique Cardozo que com muita paciência me orientou no trabalho e também no estágio. Às minhas amigas do trabalho e do estágio, especialmente a Lorena e a Hiany, que também com muita paciência e afeto me ajudaram a melhor compreender os casos mais complexos e que, pelas suas experiências, forneceram a mim a confiança necessária para seguir intrépido.

Ao corpo docente da Universidade Federal do Maranhão, especialmente os professores Artur Antônio da Rocha, Ellen Patrícia Braga Pantoja, Gabriel Araújo Leite e, principalmente, Márcio Fernando Moreira Miranda que, quando solicitado, acreditou nesse projeto e prontamente se dispôs a me orientar.

Cada um de vocês exerceu um papel fundamental nessa jornada, e todos, cada um a seu modo, me inspiram.

“O Estado proíbe ao indivíduo a prática do mal, não porque deseja aboli-la, mas porque deseja monopolizá-la.”

Sigmund Freud

RESUMO

Sabe-se que um dos grandes problemas sociais de nossos tempos diz respeito ao envolvimento de menores de idade em crimes. Frequentemente, o noticiário brasileiro veicula, até de forma exacerbada e sensacionalista, notícias de crimes com o envolvimento ativo de crianças e adolescentes. Surge, com isso, certo clamor social a favor da redução da maioridade penal, como forma de melhor prevenir e punir tal modalidade de crimes. Discute-se, por vezes, a possibilidade de redução da maioridade penal no Brasil, que hoje é de 18 (dezoito) anos, por meio de emenda à Constituição Federal. Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional 171/93 (posteriormente PEC 115/15), que visava reduzir a maioridade penal para dezesseis anos. Objetiva-se, no presente trabalho, demonstrar que padece de vício de inconstitucionalidade qualquer proposta de emenda constitucional que vise à redução da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro. Buscar-se-á constatar a inconstitucionalidade material em tal proposta e, subsidiariamente, demonstrar a sua inefetividade social. Para tanto, procedeu-se a revisão bibliográfica sistemática para o embasamento teórico da presente pesquisa. Com isso, da análise da relação existente entre o menor e o ordenamento jurídico brasileiro e, sobretudo, dos apontamentos legais e constitucionais acerca da maioridade penal, é possível concluir ser inconstitucional quaisquer propostas de emenda à Constituição Federal que proponha a redução da maioridade penal no Brasil.

Palavras-chave: Maioridade penal. Emenda Constitucional. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

It is known that one of the great social problems of our times concerns the involvement of minors in crimes. Often, the Brazilian news broadcasts, even in an exacerbated and sensationalist way, news of crimes with the active involvement of children and adolescents. As a result, a certain social outcry in favor of reducing the age of criminal responsibility arises, as a way of better preventing and punishing this type of crime. The possibility of reducing the age of criminal responsibility in Brazil, which today is 18 (eighteen) years old, is sometimes discussed by means of an amendment to the Federal Constitution. The Constitutional Amendment Project 171/93 (later PEC 115/15) was discussed in the National Congress, which aimed to reduce the age of criminal responsibility to sixteen years. The objective of this work is to demonstrate that any proposal for a constitutional amendment that aims to reduce the age of criminal responsibility in the Brazilian legal system suffers from a defect of unconstitutionality. We will seek to verify the material unconstitutionality of such a proposal and, secondarily, to demonstrate its social ineffectiveness. Therefore, a systematic bibliographical review was carried out for the theoretical basis of this research. With that, from the analysis of the existing relationship between the minor and the Brazilian legal system and, above all, from the legal and constitutional notes about the criminal majority, it is possible to conclude that any proposed amendment to the Federal Constitution that proposes the reduction of the criminal majority in the Brazil.

Keywords: Criminal majority. Constitutional amendment. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 MENORIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS.....	12
2.1 Menoridade Jurídica.....	12
2.1.1 Menoridade Cível.....	15
2.1.2 Menoridade Penal.....	17
2.2 Culpabilidade.....	18
2.3 Imputabilidade.....	19
3 O MENOR E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	22
3.1 O Menor e o Código Penal Brasileiro.....	22
3.2 O Menor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	23
3.2.1 Ato Infracional.....	25
3.2.2 Medidas Socioeducativas.....	27
3.2.3 O Menor e a Constituição Federal de 88.....	30
4 POR QUE NÃO À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	33
4.1 Fatores Jurídicos.....	34
4.2 Fatores Sociais.....	36
5 INCONSTITUCIONALIDADE NA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	39
5.1 Direito e Garantia Fundamental.....	39
5.2 Interpretação Constitucional acerca do art. 288 da CF/88.....	43
5.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso Social.....	47
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

1. INTRODUÇÃO

Não é fato recente que a criminalidade é um fator de desequilíbrio e perturbação em uma sociedade. O cometimento de crimes é uma constante com a qual a humanidade convive desde os tempos mais remotos, e as mais remotas narrativas demonstram isso. No livro de gênesis, da Bíblia cristã, por exemplo, há o relato do possível primeiro homicídio da história: Caim mata Abel. Infelizmente, nos dias atuais, o crime, inexoravelmente, faz parte do cotidiano.

Não é de hoje que o nosso país aparece em tristes estatísticas, ocupando posições de destaque nada desejáveis, como a segunda maior taxa de homicídios da América do Sul, de acordo com relatório da Organização das Nações Unidas sobre drogas e crime (UNODC), no ano de 2017. No intento de compreender as origens e as motivações para a criminalidade, a sociologia apresenta inúmeras teorias a fim de responder o porquê de, em uma mesma sociedade, algumas pessoas não seguirem as regras legalmente impostas, enquanto que a maioria (acredita-se) segue essas mesmas regras.

Todavia, é difícil definir precisamente uma teoria geral sobre a criminalidade uma vez que, quando se fala em crime, fala-se em transgressão de uma lei, e esta transgressão é motivada por diferentes fatores. Por exemplo, a motivação que leva um homem a matar o amante da esposa não é a mesma que leva um usuário de drogas a roubar uma bolsa de uma transeunte que passa desatenta por uma rua. Conclui-se, desse modo, que diferentes crimes têm diferentes motivações.

É só acessar uma página de notícias qualquer por alguns instantes para facilmente perceber que o tema criminalidade faz parte do cotidiano. Ela não se limita à determinada classe social, cultura e, principalmente, faixa etária. Embora a criminalidade faça parte da vida em sociedade, o que mais causa perplexidade, ainda, é o elevado número de crianças e adolescentes envolvidos em práticas criminosas.

Não é incomum que crimes com envolvimento de menores ganhem grande repercussão social. Cita-se, por exemplo, o caso de um adolescente de 13 anos que esfaqueou quatro professoras e um aluno dentro de uma escola estadual, na Zona Oeste de São Paulo, na manhã do dia 27 de março de 2023. Em razão do ocorrido, uma das professoras morreu.

Episódios como esse acabam se tornando combustível para reacender o polêmico debate acerca da redução da maioridade penal. Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à

Constituição nº 171/93 (posteriormente PEC 115/2015, quando tramitou no Senado Federal), que visava à redução da maioria penal. Contudo, a referida PEC foi arquivada no Senado Federal em razão de norma regimental segundo a qual é automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas sem ter sido concluída.

A corrente defensora da redução da maioria penal argumenta que as medidas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não são suficientes para gerar o devido efeito punitivo. Acreditam que a legislação protege demasiadamente os menores infratores. E, em virtude disso, eles se sentem à vontade para praticarem novos delitos. Desse modo, gera-se um sentimento de impunidade, sobretudo, naqueles que, de alguma forma, já foram vítimas dos atos infracionais cometidos pelos menores infratores.

Quanto aos atos infracionais cometidos em concurso com maiores penalmente imputáveis, algo tem que ser admitido: adultos criminosos utilizam crianças e adolescentes em suas práticas criminosas para que estes assumam a autoria dos delitos. Isso porque, ao atribuir a autoria de um crime a um menor inimputável, este receberá uma pena mais branda. O adulto, por sua vez, se livra de uma pena mais severa.

Por outro lado, existem inúmeras contestações à ideia de reduzir a maioria penal. De imediato, alega-se que a redução apenas provocará o aumento da população carcerária brasileira. Os defensores da não redução afirmam que enviar menores de dezoito anos para as precárias prisões agravaria ainda mais a situação do já deficiente sistema carcerário. Além disso, acrescentam que as prisões em nada favorecem a ressocialização do menor infrator.

Contudo, diante dos argumentos que apontam para a possibilidade ou não da redução da maioria penal e dos questionamentos deles decorrentes, um em especial constitui o objeto do presente estudo: seria inconstitucional uma proposta de emenda que reduz a maioria penal? Seria, então, um direito fundamental o inscrito no art. 228 da Constituição Federal de 88, o qual determina a inimputabilidade para os menores de dezoito anos?

O presente trabalho, portanto, visa analisar a inconstitucionalidade de projetos de emenda à Constituição Federal de 88 que tenha como objetivo a redução da maioria penal, bem como analisar a inefetividade de tal redução no âmbito social. Para isso, serão analisados o texto constitucional e a legislação infraconstitucional no que concerne ao tema inimputabilidade.

Também serão realizadas pesquisas bibliográficas baseadas em estudos sistematizados em livros e outras publicações, organizadas da seguinte forma:

O capítulo 2 trata da menoridade e suas implicações jurídicas. Para isso, o presente trabalho buscou, por meio da análise de normas pretéritas, mostrar a evolução histórica das implicações jurídicas relacionadas à menoridade. A fim de esclarecer como tais implicações se estabelecem nos dias atuais, buscou-se os ensinamentos de notórios doutrinadores, tais como Anderson Schreiber, Carlos Roberto Gonçalves, César Roberto Bitencourt, Cléber Masson, Damásio de Jesus, Flávio Tartuce, Guilherme de Souza Nucci, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho e Rogério Sanches.

O capítulo 3 trata do menor e o ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, foram analisadas diversas normas que, de algum modo, referem-se ao menor, como a própria Constituição Federal de 88, o Código Penal, o Estatuto da Juventude e, mais detidamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O capítulo 4, que trata do por que não à redução da maioridade penal, revela os fatores jurídicos e sociais contrários à redução da maioridade penal no Brasil. Quanto aos fatores jurídicos, buscou-se na própria Constituição Federal de 88 e na doutrina de Pedro Lenza a fundamentação para a defesa de que o art. 228 da CF/88 constitui cláusula pétrea. Por sua vez, apresenta-se como o principal fator social o fato de o Supremo Tribunal Federal ter considerado *estado de coisas inconstitucional* a situação prisional no país, havendo violação massiva de direitos fundamentais da população prisional.

O capítulo 5, por sua vez, trata da inconstitucionalidade propriamente dita na redução da maioridade penal. Para isso, como fundamentação, buscou-se a doutrina de Paulo Bonavides, Paulo Gonet Branco, Marcelo Novelino e, sobretudo, os ensinamentos dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso.

2. MENORIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Em razão de tratar-se o presente trabalho da inconstitucionalidade de eventuais projetos de emenda constitucional que visem à redução da maioria penal no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário explicar as principais definições pertinentes ao tema. O entendimento acerca dos conceitos de menoridade, inimputabilidade e culpabilidade conduz, conseqüentemente, à compreensão da relação entre a legislação brasileira e o menor.

2.1 Menoridade Jurídica

Hoje, ao se observar a legislação que rege a inimputabilidade dos menores em nosso país – e até mesmo em outros tantos –, não se imagina, certamente, o processo pelo qual passou o olhar do mundo sobre essas pessoas. De início, cabe salientar que os conceitos de criança e adolescente não existiam, não havia essa diferenciação. Na Antiguidade, na sociedade grega, por exemplo, não se valorizava a infância. Não dispunham de qualquer cuidado e estavam, constantemente, ameaçados por doenças e incertezas quanto ao futuro.

De maneira geral, a criança era colocada à margem da vida social. Ela crescia em casa, sob um poder pátrio ameaçador. Outras tantas vezes, era submetida à violência, a trabalhos pesados e até mesmo a sacrifícios em rituais religiosos. O menino era explorado sob vários aspectos, geralmente, a partir dos sete anos, quando lhe eram concedidas uma identidade e uma função. A menina, por sua vez, não recebia qualquer educação formal. Apenas aprendia os ofícios domésticos e os trabalhos manuais com a mãe.

Na sociedade espartana, focada no militarismo, na disciplina e na obediência completa, a prática do infanticídio era o início de uma espécie de educação. Ao nascer, o menino espartano tinha que ser submetido a um parecer de um conselho de anciãos. Caso o recém-nascido estivesse fora dos padrões estabelecidos, seria morto. Era arremessado de cima de um monte ou abandonado à própria sorte. Se sobrevivesse, já tinha um destino certo: depois de passar os sete primeiros anos com a família, seria treinado para ser um guerreiro.

Na Idade Média, o cenário não muda muito. A existência da criança dependia da vontade do pai. A rejeição a filhos ainda era uma constante, embora o infanticídio não fosse mais praticado como na antiguidade grega. O pai decidia qual o destino que o menino tomaria, podendo ser

rejeitado, adotado e, até mesmo, objeto de relação comercial. A menina rejeitada, caso sobrevivesse, tinha como destino os prostíbulos ou seria de alguma outra forma escravizada.

Em suma, a passagem da criança pela família e pela sociedade era muito breve, rápida e insignificante. Assim que o menino apresentasse alguma evolução física, imediatamente era colocado em meio aos adultos para que partilhasse dos mesmos trabalhos e jogos. Assim, de mera criança ele era precocemente – e forçadamente – transformado em um homem jovem, não passando pelas etapas normais da juventude. Era, assim, visto como um adulto em escala reduzida.

Com o passar do tempo, esse olhar de insignificância que recaía sobre a criança foi mudando. Aos poucos foram sendo vistos como pertencentes a uma fase especial da vida, e não mais como “miniaturas” de homens. E, assim, foram socialmente e juridicamente ganhando atenção. É bem verdade que, de início, não houve a preocupação em garantir a crianças e adolescentes alguma proteção ou cuidado. Cuidou-se, tão somente, de determinar uma idade para o estabelecimento de uma responsabilidade penal.

No que se refere à responsabilização penal do menor, importante registrar que apenas com a Carta Magna de 88 referido tema ganhou *status* constitucional. Antes disso, era objeto apenas dos chamados códigos. Ao longo do tempo, houve cinco códigos e uma Constituição – a Constituição Federal de 88 – que trataram do tema da responsabilização penal do menor. Caso o projeto de emenda constitucional 171/93 fosse aprovado, a legislação brasileira acerca desse assunto passaria pela sexta alteração.

Em 1830, o Código Criminal do Império fixou a imputabilidade penal plena aos 14 anos de idade. Plena porque havia a possibilidade de menores de quatorze também responderem criminalmente. Assim, conforme art. 13 do referido Código, *ipsis litteris*, “Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos” (BRASIL, 1830).

Em 1890, o Código Penal Republicano determinava a imputabilidade penal a partir dos 09 anos de idade. No entanto, também estabelecia que os maiores de 09 e menores de 14 anos seriam submetidos a uma espécie de análise de discernimento. Assim, caso fosse comprovado que cometeram algum crime sem discernir a própria conduta, não seriam considerados criminosos. Contudo, caso agissem com discernimento, o juiz applicava-lhes a pena conforme o caso concreto.

Em 1927, a partir do Código de Menores, a imputabilidade penal já passa a ser estabelecida a partir dos 18 anos de idade. Assim determinava o art. 1º do referido código, *Ipsis litteris*, que “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código” (BRASIL, 1927). Por outro lado, também havia a previsão expressa da impossibilidade de o menor de 14 anos ser submetido a processo penal.

Em 1940, o Código Penal, adotando o critério puramente biológico para aferição da imputabilidade penal, fixou a idade de 18 anos. De acordo com o texto do referido Código, “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1940). Desse modo, aqueles que ainda não atingiram essa idade são submetidos à legislação própria, a saber, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a imputabilidade penal ganha relevo constitucional. O art. 228 da Carta Magna estabelece que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Pela leitura desse dispositivo, verifica-se, mais uma vez, a menção à legislação especial à qual deverão ser submetidos os menores inimputáveis. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, passou a vigorar pouco tempo depois, em julho de 1990.

No ordenamento jurídico brasileiro, a menoridade jurídica pode ser analisada tanto pela esfera cível quanto pela criminal. Apesar de possuírem temáticas diversas, atualmente, em virtude do novo Código Civil de 2002, ambas as menoridades se encerram quando se atinge a idade de 18 anos.

O conceito de menoridade jurídica está intimamente associado ao conceito de capacidade. Nesse sentido:

(...) o nascimento com vida atribui ao ser humano personalidade jurídica, ou seja, a aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Para que possa exercer pessoalmente esses direitos, a ordem jurídica exige que, além da personalidade, a pessoa humana seja dotada de capacidade. A doutrina tradicional distingue a capacidade em duas espécies: capacidade de direito e capacidade de fato (SCHREIBER, 2020, p. 156).

Verifica-se, pois, que a capacidade constitui a aptidão para, pessoalmente, adquirir direitos e assumir deveres. Significa, mais precisamente, que as mais diversas relações jurídicas podem ser

realizadas pessoalmente por pessoas plenamente capazes, ou, no caso de incapazes, por intermédio de terceiros. Desse modo, a capacidade reflete a possibilidade de realizar atos jurídicos, bem como de sofrer sanções por atos ilícitos praticados.

2.1.1 Menoridade Cível

No campo cível, a menoridade é norteadada pela capacidade, seja de direito ou de gozo, seja de fato ou de exercício. Conforme Tartuce (2019) Capacidade de direito ou de gozo é aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1.º do CC). Por seu turno, a capacidade de fato ou de exercício relaciona-se com o exercício próprio dos atos da vida civil.

O Código Civil enumera, em rol taxativo, os casos de incapacidade civil que, por sua vez, é subdividida em incapacidades absoluta e relativa. De acordo com o artigo 3º, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos. Estes possuem direitos, porém não podem exercê-los pessoalmente, devendo ser representados. Em outras palavras, têm capacidade de direito, mas não capacidade de fato ou de exercício (TARTUCE, 2019).

Desse modo, a incapacidade absoluta acarreta a proibição total do exercício, por si só, do direito. O ato somente poderá ser praticado por intermédio de um representante legal do absolutamente incapaz. Conforme se verifica da leitura do art. 3º do Código Civil, a incapacidade absoluta decorre unicamente da idade. Isso porque, como leciona Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 52), "abaixo desse limite etário, o legislador considera que a pessoa é inteiramente imatura para atuar na órbita do direito".

De outro lado, há aquelas pessoas que, apesar de não serem consideradas absolutamente incapazes, não exercem plenamente essa capacidade, uma vez que não gozam de total discernimento e autodeterminação. Neste campo encontram-se os relativamente incapazes, elencados no artigo 4º, do Código Civil, a saber:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os pródigos (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, no que se refere à incapacidade relativa em razão da idade, extrai-se do art. 171, I, do Código Civil de 2002, que a incapacidade relativa permite que o incapaz pratique atos da vida civil desde que assistido por seu representante legal, sob pena de anulabilidade. Trata-se, portanto, de uma capacidade mitigada uma vez que, apesar de poder praticar determinados atos jurídicos, é imprescindível, para sua validade, que o assistente pratique o ato ou o negócio jurídico juntamente com o assistido.

Apesar de o Código Civil garantir proteção legal aos maiores de 16 e menores de 18 anos, para se garantir tal proteção, o menor deve agir corretamente e em conformidade com a lei. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 expõe, no artigo 180, que "o menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior" (BRASIL, 2002). Assim:

Tendo que optar entre proteger o menor ou repelir a sua má-fé, o legislador preferiu a última solução, mais importante, protegendo assim a boa-fé do terceiro que com ele negociou. Exige-se, no entanto, que o erro da outra parte seja escusável. Se não houve malícia por parte do menor, anula-se o ato, para protegê-lo (GONÇALVES, 2012, p. 120).

Verifica-se, pois, que, no caso de menor relativamente incapaz, ou menor púbere, a nulidade de seus atos é relativa, podendo ser questionada em benefício de terceiro de boa-fé, analisando-se o caso concreto.

Enfim, superada a incapacidade relativa em razão da idade, e não havendo incidência em qualquer outra hipótese de incapacidade, alcança-se a capacidade civil plena. Isso porque, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017), é a partir do novo Código que a maioridade civil passou a ser atingida aos dezoito anos, seguindo uma tendência já firmada em nossa sociedade, fazendo com que os jovens assumam responsabilidades mais precocemente.

2.1.2 Menoridade Penal

Na esfera penal, o conceito de menoridade pode ser analisado paralelamente ao conceito de imputabilidade penal. A imputabilidade refere-se à possibilidade de se atribuir a autoria ou responsabilidade por fato criminoso a alguém. Para isso, faz-se necessário, conforme a legislação penal, a análise da capacidade de discernimento dos atos ilícitos e, conseqüentemente, a possibilidade de punição pelo cometimento desses mesmos atos.

Para o estabelecimento da imputabilidade penal, existem critérios que podem ser adotados por determinada legislação. São 3 os critérios: o biológico, o psicológico e o biopsicológico. O artigo 26 do Código Penal estabelece que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Verifica-se, pois, que o CP adotou o critério misto ou biopsicológico.

O que justifica a utilização desse critério é o fato de haver situações em que o agente de uma conduta ilícita sofre de uma doença mental, tem o desenvolvimento mental incompleto ou, no momento da conduta, não compreende a ilicitude. Nesse sentido, Masson (2020, p. 386) afirma que “é inimputável quem, ao tempo da conduta, apresenta um problema mental, e, em razão disso, não possui capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”.

De outro modo, a Constituição Federal de 88, ao estabelecer, em seu artigo 228, que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, considera que esses ainda possuem desenvolvimento mental incompleto. Fato que justifica a permanência desses na condição de inimputáveis. Com isso, para o referido artigo, o critério adotado é o biológico, uma vez que, para a aferição da imputabilidade, considera-se tão somente o fator etário.

Ainda segundo Masson (2020, p. 387, *grifos do autor*):

Tais pessoas, independente da inteligência, da perspicácia e do desenvolvimento mental, são tratadas como inimputáveis. Podem, inclusive, ter concluído uma faculdade ou já trabalharem com anotação em carteira de trabalho e previdência social. A presunção de inimputabilidade é absoluta (*iuris et de iure*), decorrente do artigo 228 da Constituição federal e do artigo 7 do Código Penal e não admite prova em contrário.

Nesse contexto, importa considerar o que leciona Bitencourt (2020), segundo o qual, para o menor de idade, o critério biológico, isoladamente, esgota o conceito de inimputabilidade, porque, por uma presunção constitucional inscrita no art. 228 da CF/88 e no art. 27 do CP, o menor de 18 anos é incapaz de culpabilidade, ou, em uma antiga terminologia, irresponsável penalmente, pelo menos no âmbito do Direito Penal.

Referido autor acrescenta ainda que:

De acordo com a Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este último, o adolescente (pessoa maior de 12 e menor de 18 anos, nos termos do art. 2º), poderá *responder* individualmente pelo seu *ato infracional* (conduta descrita como crime ou contravenção, nos termos do art. 103 do ECA), sendo-lhe aplicável, como sanção, uma das *medidas socioeducativas* previstas no art. 112 do referido Estatuto (BITENCOURT, 2020, p. 1059-1060, *grifos do autor*).

Assim, observa-se que, apesar de serem penalmente inimputáveis, os menores de 18 anos estão sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo submetidos às medidas previstas nessa Lei. A menoridade, portanto, seja a cível ou a penal, encerra-se aos dezoito anos de idade conforme se extrai da Constituição Federal de 88, do Código Penal Brasileiro, do Código Civil e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 Culpabilidade

Entre as várias teorias acerca do crime e de seus elementos, prevalece a que compreende o crime a partir de um conceito tripartite. Segundo esse entendimento, crime é todo fato típico, antijurídico e culpável. Significa, assim, que para a ocorrência de um crime, é necessária a coexistência de três elementos: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, elementos sem os quais não se pode falar em delito.

De acordo com esse entendimento, assim descreve Nucci (2020, p. 220):

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vela dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que exista imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.

Decorre da teoria tripartite que, para que haja crime, é imprescindível que o agente delitivo seja culpável. Culpabilidade, então, é o juízo de reprovação e de censura que recai sobre quem pratica um fato típico e ilícito. Para o direito penal, é possível que haja uma conduta que se enquadre em um fato típico – conduta que se ajusta a um modelo legal – e antijurídica – conduta

contrária ao direito –, sem que recaia tal juízo de reprovação, bastando apenas que o agente não seja culpável.

No que se refere à culpabilidade, Jesus (2020, p. 219) ensina que:

Culpabilidade é a reprovação de ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. Reprovabilidade que vem recair sobre o agente (...), porque a ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento da norma do ordenamento jurídico, porque tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária àquela obrigação, i.e., no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma.

Para que haja culpabilidade é necessário que o agente da conduta típica e antijurídica seja imputável. A Imputabilidade constitui um dos elementos da culpabilidade. Trata-se de um conjunto de condições pessoais que permite ao agente de uma conduta delituosa entender o caráter ilícito do fato ou comportar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, falar em culpabilidade implica, conseqüentemente, falar em imputabilidade que, por sua vez, conduz ao entendimento da inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos. Isso porque, conforme expressa previsão constitucional, esses são penalmente inimputáveis, sendo sujeitos às normas da legislação especial. Imperioso, portanto, uma detida explanação acerca do conceito de imputabilidade.

2.3 Imputabilidade

Na definição de Capez (2020, p. 566) acerca do instituto jurídico-penal da imputabilidade, esta “é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal”.

Considera-se, portanto, que imputabilidade é a capacidade de o agente entender o caráter ilícito de uma conduta delituosa. Todavia, não havendo essa capacidade de entendimento, o agente da ação ou omissão criminosa é tido como inimputável. Surge, então, a necessidade de se estabelecer os critérios por meio dos quais essa capacidade de entendimento é verificada.

O primeiro critério é o Biológico. Neste leva-se em consideração apenas o desenvolvimento mental do agente, se possui ou não desenvolvimento mental completo, saudável. Esse critério não é a regra em nosso Direito Penal. Nas palavras de Nucci (2020, p. 402), “a adoção restrita desse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial”.

O segundo critério é o Psicológico. Neste se leva em consideração apenas a capacidade de entendimento do agente no momento da conduta. Independe, portanto, de sua condição mental. Ainda segundo Nucci (2020, p. 402), “Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio”.

Finalmente, o terceiro critério é o Biopsicológico. Neste leva-se em consideração, para aferição da imputabilidade penal do agente, os dois critérios anteriores. Considera-se tanto a condição mental quanto a capacidade de entender o caráter ilícito de uma conduta criminosa. Este critério é adotado como regra no Código Penal Brasileiro. Assim ratifica Nucci:

verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26. (...) Logo, não é suficiente que haja algum tipo de enfermidade mental, mas que exista prova de que esse transtorno afetou, realmente, a capacidade de compreensão do ilícito, ou de determinação segundo esse conhecimento, à época do fato (NUCCI, 2020, p. 402).

Vistos os critérios para aferição da culpabilidade – tendo esta como um de seus elementos a imputabilidade –, verifica-se a possibilidade de relacionar um desses critérios à inimputabilidade do menor. Segundo o art. 27 do Código Penal, “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1940). Assim, para Cunha (2016, p. 291):

Adotou-se, como se percebe, o critério biológico, levando-se em conta apenas o desenvolvimento mental do acusado (idade), independente de, se ao tempo da ação ou omissão, tinha ele a capacidade de entendimento e autodeterminação. Há, em verdade, uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos possui desenvolvimento mental incompleto, motivo pelo qual deve ser submetido à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (vide art. 104 da Lei nº 8.069/90).

No mesmo sentido, Nucci (2020) assevera que se trata da adoção do critério puramente biológico, ou seja, a lei penal criando uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em razão do desenvolvimento mental incompleto, não detém condições de compreender caráter ilícito do que faz bem como não detém a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O Código Penal, portanto, presume de maneira absoluta a incapacidade do menor de 18 (dezoito) anos para compreender o caráter ilícito de um comportamento delituoso. Daí decorre a sua inimputabilidade. Não é juridicamente possível, portanto, afirmar que cometem crimes. Cometem, segundo a legislação específica, ato infracional, conduta descrita como crime ou contravenção penal, quando praticada por criança e por adolescente.

Em razão disso, também não se pode afirmar que são penalmente irresponsáveis. Nas palavras de Jesus, (2020, p. 597) “a imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração”. Embora não se submetam às normas do Código Penal, são submetidos às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. O MENOR E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 88 contempla um capítulo com disposições específicas para crianças e adolescentes. Em seu art. 227, dispõe sobre o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente. Em seguida, assevera que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem.

No art. 228, há a previsão de que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Trata-se tal legislação especial da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Interessante observar que nesta norma também há a previsão de que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas desta lei” (BRASIL, 1990).

Além da Constituição Federal de 88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, há diversas outras normas que objetivam a proteção do menor. Cita-se, como exemplo, a lei 12.852, de 05 de agosto de 2013, que instituiu o Estatuto da Juventude, que contém dispositivos direcionados aos menores – jovens, na nomenclatura do estatuto. Dispõe, em seu art. 1º, § 1º, que: “para os efeitos desta lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade” (BRASIL, 2013).

Para a análise da inimputabilidade do menor, todavia, é suficiente o exame da CF/88 e das leis que contêm tal disposição. A princípio, relevante observar a semelhança na redação dos seguintes dispositivos: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1940); “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988); e “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei” (BRASIL, 1990).

3.1 O Menor e o Código Penal Brasileiro

Para se estabelecer a maioridade criminal, o Código Penal adotou o critério puramente biológico, ao dispor, em seu art. 27, que: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1940).

Assim, leva-se em consideração apenas o desenvolvimento mental do acusado, independente de, se ao tempo da conduta delituosa, tinha o agente a capacidade de entendimento e autodeterminação.

Há, desse modo, uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos, em decorrência de seu desenvolvimento mental incompleto, não compreende a ilicitude de uma conduta criminosa. Entende-se, portanto, que o menor de 18 anos não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou mesmo a capacidade de determinar-se de acordo com tal entendimento. Trata-se, conforme já verificado, do critério puramente biológico.

Nesse contexto, todo aquele que, antes de alcançar a maioridade penal, praticar uma conduta descrita como crime ou contravenção penal, não poderá ser punido de acordo com a legislação penal. Devido ao critério biológico adotado pelo CP, os menores de dezoito anos são responsabilizados criminalmente pela prática de delitos, em razão de não terem, ainda, alcançado a maioridade penal legalmente e constitucionalmente estabelecida.

Com efeito, a verificação da imputabilidade se dá no momento da ação ou da omissão delituosa. Desse modo, é relevante citar que, conforme o artigo 4º do Código Penal, considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Logo, não pode ser considerado imputável o sujeito que praticou a conduta antes de ter completado 18 (dezoito) anos, ainda que a consumação venha a ocorrer após alcançar a maioridade.

3.2 O Menor e o Estatuto da Criança e do Adolescente

A lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990, que estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente constitui, no ordenamento jurídico brasileiro, importante avanço social ao regulamentar as conquistas relativas aos direitos da criança e do adolescente, referenciados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. O estatuto foi concebido em consonância com a Carta Magna de 1988, para que fossem assegurados, com prioridade absoluta, os direitos fundamentais relativos a crianças e adolescentes.

O ECA representa o resultado dos importantes avanços obtidos, sobretudo, na ordem internacional em favor da infância e da juventude. Cita-se, inicialmente, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1959. Conforme dicação do Princípio 2º:

A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança (UNICEF, 1959).

O Estatuto da Criança e do Adolescente é, portanto, a regulamentação, em sentido amplo, do art. 227 da Constituição Federal de 88. Nesse arcabouço normativo, são reconhecidos e garantidos os direitos das crianças e dos adolescentes, consagrando, conforme o art. 1º do ECA, o princípio da Proteção Integral.

Conforme o referido estatuto, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Com isso, firma-se o menor como sujeito de direitos e merecedor da atenção do poder público, sobretudo em virtude da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente divide-se em parte geral e parte especial. A primeira trata dos princípios norteadores do estatuto. A segunda, por sua vez, trata da política de atendimento ao menor, das medidas que lhe são impostas, dos conselhos tutelares, do acesso jurisdicional e da apuração dos atos infracionais. Enquanto sujeito de direitos e deveres, e sendo pessoa ainda em desenvolvimento, é merecedora de prioridade absoluta por parte do Estado.

Nesse sentido, o ECA, em seu art. 4º, assim dispõe:

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 (BRASIL, 1990).

O Estatuto, ainda, em seu artigo 6º, dispõe que, na sua interpretação, serão levados em conta os fins sociais a que a lei 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.

A lei 8.069/90 estabelece uma importante diferenciação quanto aos conceitos de criança e adolescente. De acordo com o ECA, em seu artigo 2º, considera-se criança, para os efeitos da referida lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito

anos de idade. A relevância acerca de tal diferenciação centra-se, sobretudo, no fato de que o tratamento jurídico prestado a esses menores, em alguns pontos, não é o mesmo.

O Estatuto, ao tratar dos atos infracionais, determina que para os efeitos da mencionada lei, deve ser considerada a idade do adolescente na data do fato. Embora ambos, crianças e adolescentes, possam cometer atos infracionais, apenas o adolescente é submetido às medidas socioeducativas previstas no ECA. Assim, nos termos do artigo 12, sendo verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente medidas socioeducativas.

Referindo-se a crianças, ainda tratando da prática de atos infracionais, o art. 105 do ECA determina que ao ato infracional, quando praticado por criança, deve-se aplicar as medidas previstas no art. 101, que assim elenca:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VII - acolhimento institucional;

VIII - colocação em família substituta.

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta (BRASIL, 1990).

Imperioso compreender que o Estatuto da Criança e do Adolescente não busca exclusivamente a punição do menor infrator. Baseado na doutrina da Proteção Integral, o Estatuto busca, sobretudo, assegurar a crianças e adolescentes todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

3.2.1 Ato Infracional

Assim como os que já alcançaram a maioridade penal, crianças e adolescentes também podem praticar condutas conflitantes com a lei. De acordo com o art. 103 do Estatuto da Criança e

do Adolescente, considera-se ato infracional a conduta praticada por criança ou adolescente descrita como crime ou contravenção penal. Todavia, o menor não sofrerá punição, mas, dependendo da idade, será submetido a medida socioeducativa ou a medida específica de proteção.

Ou seja:

Abaixo daquela idade, a conduta descrita como crime ou contravenção constitui ato infracional. Significa dizer que o fato atribuído à criança ou adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, simples ato infracional (CURY, 2010, p. 494).

Significa, desse modo, que a mesma conduta delituosa, a depender de quem a pratica, recebe conceitos diferentes. E disso resulta que:

Para o crime e para a contravenção comina-se pena no seu mais puro significado. Já, para os atos infracionais, em relação à criança tem cabimento seu encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários em estabelecimento oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente (...). Os adolescentes sujeitam-se, entretanto, a advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional e qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (art. 112) (CURY, 2010, p. 495).

Assim como na prática de crime ou contravenção penal, no ato infracional também se faz necessário observar algumas questões, como “se, à época da prática do ato, a conduta era típica. Em caso afirmativo, o adolescente poderá ser processado com todas as garantias do denominado ‘devido processo legal’ (arts. 110 e 111)” (ELIAS, 2010, p. 143, grifo do autor). Assim, àquele que responde pelo ato infracional cometido serão asseguradas todas as garantias processuais.

O artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas na mencionada lei. Por serem inimputáveis, os menores de 18 anos, juridicamente, não cometem crime, mas ato infracional. O parágrafo único do mesmo artigo, estabelece que para os efeitos da Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Disso decorre que, caso o ato infracional seja praticado em data anterior ao dia em que completar dezoito anos, o infrator encontrar-se-á abrangido pela legislação especial. Significa, pois, que aquele que cometeu um ato infracional antes de alcançar a maioridade penal, será submetido às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo que, nesse período, já tenha alcançado a maioridade. É o que se observa:

É óbvio que há de se ter em conta a idade do adolescente à data do fato para se lhe aplicar as medidas socioeducativas. Destarte, *se à época da decisão o menor já atingiu a idade*

de dezoito anos, nada impede que sofra uma das medidas do art. 112, só que, como preceitua o art. 121, § 5º, com relação à internação, a liberação será compulsória aos vinte e um anos. (...). De forma alguma se aplicará ao adolescente que completou dezoito anos, mas que cometeu o ato antes desta idade, outra medida que não seja uma das catalogadas no art. 112 (ELIAS, 2010, p. 144, grifo nosso).

A infração penal, gênero cujas espécies são o crime (ou delito) e a contravenção, só pode ser atribuída às pessoas imputáveis, que são, em regra, os maiores de dezoito anos. Quando praticados por pessoa menor de dezoito anos, a conduta descrita como crime ou contravenção constitui ato infracional. De acordo com Cury (2010), nisso existe um desajuste, mas na acepção técnico-jurídica, uma conduta não configurará uma infração penal por se tratar de uma realidade diversa.

3.2.2 Medidas Socioeducativas

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece medidas de proteção à criança e ao adolescente que se aplicam sempre que seus direitos reconhecidos no estatuto forem ameaçados ou violados. Essa violação pode advir de uma ação ou omissão da sociedade e do Estado; falta, omissão ou abuso de pais ou responsáveis e em razão da conduta do próprio menor. O ECA considera a conduta do menor infrator uma violação ao próprio direito.

Em tais medidas, conforme Cury (2010, p. 415), encontra-se “o coração do Estatuto, no sentido de que, com este artigo, o legislador rompe com a doutrina da ‘situação irregular’, que presidia o Direito anterior, e adota a doutrina da ‘proteção integral’, preconizada pela Declaração e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança”. Busca-se, desse modo, decantar o conceito de menor em situação irregular pela consolidação gradativa do conceito de menor em situação de risco.

O Estado, em resposta a um ato infracional praticado pelo menor, manifesta-se na aplicação das medidas socioeducativas, elencadas no artigo 112. A aplicação dessas medidas tem como objetivo reduzir a reincidência entre os menores infratores, e sua principal finalidade é pedagógica. Entre essas medidas, podem ser consideradas como as mais importantes a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional.

Independente de qual seja a medida, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 112, a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Embora não seja com o mesmo rigor legal aplicado aos penalmente

imputáveis, o menor responde por seus atos, sendo-lhe aplicada a medida cabível, necessária e proporcional à gravidade da infração cometida.

Entre os argumentos dos defensores da redução da maioria penal, está o de que as medidas socioeducativas são ineficazes já que não possuem a mesma carga punitiva das sanções impostas aos imputáveis. De fato, as medidas taxadas no ECA não têm caráter punitivo. Seria incoerente imprimir às medidas socioeducativas o mesmo peso das penas propriamente ditas tendo em vista que a legislação especial observa o princípio da proteção integral.

Caso seja verdadeira a tese de que as medidas estabelecidas pelo ECA são ineficazes, deve-se admitir que são o tanto quanto às demais penas aplicadas aos penalmente imputáveis. Não se trata de ineficácia de determinada norma, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se da incapacidade do Estado em garantir os direitos constitucionalmente estabelecidos às crianças e aos adolescentes, bem como da incapacidade de ressocializá-los.

Ao contrário do que se argumenta, o ECA estabelece medidas que, se fossem acompanhadas por uma política educacional e ressocializadora mais efetiva, seriam suficientemente eficazes. Contudo, ante a ausência dessa política, isoladamente tais medidas acabam se tornando inócuas. Das três medidas consideradas mais importantes, a primeira a ser citada é a liberdade assistida. Assim dispõe o art. 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.
§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.
§ 2º A liberdade assistida 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 (BRASIL, 1990).

Trata-se de medida na qual são impostas condições na vida cotidiana do adolescente, visando o redirecionamento de suas atitudes, de seus valores e de sua convivência familiar e social. É uma intervenção educativa centrada no atendimento personalizado ao adolescente, garantindo sua promoção social por meio da orientação e manutenção dos vínculos familiares e sociais. Também são priorizadas a escolarização, a profissionalização e a inserção no mercado de trabalho.

A liberdade assistida não constitui medida de privação da liberdade do adolescente infrator. Ele permanece em liberdade, em sua moradia, no convívio familiar ou na companhia de seus responsáveis. É submetido, no entanto, às exigências do programa, tais como frequência escolar e participação nas atividades propostas pelos orientadores da liberdade assistida.

Apresentando evolução satisfatória dentro do programa, a equipe executora da medida sugerirá ao juiz competente a liberação do menor.

A segunda medida a ser citada é a inserção em regime de semiliberdade. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 120, assim estabelece:

Art. 120. 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.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação (BRASIL, 1990).

Consiste em uma privação parcial de liberdade. Nessa medida, o adolescente trabalha e estuda durante o dia e, no período noturno, fica recolhido em entidade especializada. Pode, contudo, passar os fins de semana com a família. Na verdade, trata-se de um modelo similar ao regime semiaberto destinado aos penalmente imputáveis, que, normalmente, exercem atividades escolares e profissionalizantes externas sob a supervisão do responsável pela colônia agrícola ou industrial.

A semiliberdade, portanto, apresenta-se como uma medida restritiva de liberdade que admite a coexistência do adolescente infrator com o meio externo e com o institucional, estabelecendo ao menor a obrigatoriedade da escolarização e de atividades profissionalizantes. A importância de tal medida está no fato de, principalmente, contribuir para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como no de estimular o senso de responsabilidade pessoal do adolescente.

Significa, portanto, que no cumprimento dessa medida deve haver uma interação constante entre a entidade responsável pela aplicação da medida de semiliberdade e a comunidade na qual se insere o jovem submetido à medida. O que a difere do internamento propriamente dito é a principal característica de se admitir a existência de atividades externas e a mínima vigilância sobre o adolescente. Também não existem meios para se evitar a fuga, pois a medida funda-se, precipuamente, no senso de responsabilidade do jovem.

Por último, podendo ser considerada a medida mais rígida do estatuto, uma vez que impõe privação da liberdade, a internação em estabelecimento educacional tem previsão no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e assim está disposta:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

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

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária (BRASIL, 1990).

A internação constitui privação da liberdade do adolescente infrator em estabelecimento próprio e adequado. Em virtude da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, o objetivo dessa medida é oferecer ao jovem em conflito com a lei educação escolar e profissionalização dentro de uma proposta de atendimento pedagógico. Por ser a mais severa das medidas, é aplicada em caráter excepcional aos casos considerados mais graves. Assim, conforme o Estatuto:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas que, em tese, são eficazes para inibir, reprimir e promover a ressocialização do menor infrator. Tais medidas objetivam a responsabilização e a reintegração do jovem infrator à sociedade, garantindo, nesse processo, seus direitos individuais e sociais. Assevera-se, todavia, que, se o poder público, responsável pela implantação de políticas públicas de proteção ao menor, não atuar de maneira a tornar efetivas as medidas do Estatuto, não se alcançará os resultados esperados.

3.2.3 O Menor e a Constituição Federal de 88

O texto do art. 227 da Constituição Federal de 88 revela, com amplitude, o princípio da Proteção Integral e relaciona-se diretamente com o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que este princípio está ratificado. Nesses dispositivos, são estabelecidas orientações cujo

objetivo é priorizar crianças e adolescentes, em virtude da específica condição de pessoa em desenvolvimento. Conforme dispõe o art. 227 da CF/88:

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 (BRASIL, 1988).

Referido comando constitucional atribui não apenas à família o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem os direitos inerentes a uma condição de vida digna. Esse dever é estendido ao Estado e a toda a sociedade. Estabelece, desse modo, um esforço conjunto entre essas três entidades – família, Estado e sociedade – para que os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes sejam mais ampla e efetivamente garantidos.

Verifica-se, desse modo, que a atual Carta Magna, ao prestar especial atenção à criança e ao adolescente, adotou a doutrina da Proteção Integral, tornando-os sujeitos de direitos. Com isso, o menor passou a ser considerado pessoa em especial condição de desenvolvimento, sendo, assim, merecedora da proteção integral do Estado, da família e de toda a sociedade.

De acordo com a doutrina da Proteção Integral, crianças e adolescentes, em qualquer situação em que se encontrem, devem ser protegidos e o seus direitos garantidos. Essa doutrina se baseia na concepção de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos reconhecidos universalmente. Trata-se não apenas de direitos comuns às demais pessoas, mas de direitos especiais advindos da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e, por esse motivo, devem ser amplamente protegidos.

Ocorreu, a partir da Constituição Federal de 88, uma mudança de concepção em relação à criança e ao adolescente. O que antes havia, sobretudo em virtude da Lei 6.697 de 10/10/1979 (Código de Menores), era a ideia de “situação irregular”, conforme art. 2º do referido código:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
 I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
 II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
 III - em perigo moral, devido a:
 a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
 IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
 V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal (BRASIL, 1979).

Nessa lei, o menor não era considerado sujeito de direitos, e, de forma geral, também não havia a preocupação em impor ao Estado e à sociedade deveres de proteção. Inexistia, inclusive, penalidades para quem cometesse atos de violência contra crianças e adolescentes. Disso decorre a constatação de que o menor era mero objeto de direito, o que legitimava sobre ele a intervenção estatal quando em circunstância considerada como situação irregular.

Não havia na lei a preocupação em assegurar à criança e ao adolescente direitos fundamentais. Esses direitos eram garantidos à família, que, por sua vez, tinha a obrigação de tutela de seus menores. A responsabilidade sobre o menor, ao contrário do que é estabelecido na atual Constituição Federal, era incumbência exclusiva da família. Assim, o Estado e a sociedade se eximiam de qualquer obrigação.

Quanto à maioridade penal, a Constituição Federal de 88 recepcionou o contido no art. 27 do Código Penal Brasileiro, segundo o qual os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Por sua vez, o texto constitucional, no art. 228, dispõe que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Ambos os dispositivos adotam o critério biológico para a maioridade penal.

Antes da nossa atual Constituição, nenhuma outra havia elevado ao nível constitucional preceito relativo à imputabilidade penal. Desse modo, conforme expressamente previsto no art. 288 da CF/88, os que ainda não alcançaram a idade de 18 (dezoito) anos estão sujeitos a uma legislação específica, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Os que atingiram a maioridade penal, por outro lado, estão sujeitos às demais normas incriminadoras.

Verifica-se, portanto, que o legislador constituinte originário se baseou na presunção de que o menor de dezoito anos ainda não possui desenvolvimento mental completo, o que o impossibilita, em tese, de conhecer a ilicitude de determinados atos. Reafirma-se, desse modo, que critério biológico foi o adotado para se estabelecer a maioridade penal, motivo pelo qual apenas se leva em consideração a idade do indivíduo, pouco importando o seu grau de discernimento.

4. POR QUE NÃO À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Sabe-se que, hodiernamente, a questão acerca da redução da maioridade penal ganha espaço nos debates públicos quando, por exemplo, alguma notícia de crime envolvendo menores adquire destaque nos noticiários pela sua gravidade. Sabe-se também que, para garantir audiência, programas de televisão policiais exploram demasiadamente notícias sobre violência. E quando se trata de violência com participação ativa de crianças ou adolescentes a matéria ganha ainda mais notoriedade.

Nesse contexto, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição nº 171/93 (posteriormente PEC 115/2015, quando tramitou no Senado Federal), que visava alterar a redação do texto do art. 288 da CF de 88. Trata-se da famigerada PEC da maioridade penal. A PEC foi arquivada no Senado Federal em razão de norma regimental segundo a qual a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas sem ter sido concluída é arquivada.

Quanto a medidas que objetivam tornar mais rigorosas as punições a adolescentes envolvidos em crimes, a PEC 171/93 não foi exclusividade. Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 1481, de 2022, que visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer que a medida socioeducativa de internação aplicável a adolescente autor de ato infracional contra a vida possa ter prazo máximo de doze anos.

Atualmente, o adolescente que comente algum ato infracional poderá ser submetido a, no máximo, três anos de internação, conforme previsão do art. 121, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com esse dispositivo legal, em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. Para os defensores de medidas mais rígidas contra os atos infracionais, esse tempo é insuficiente para responsabilizar o menor infrator.

Independente da forma como se dará esse aumento no rigor das punições aos menores em conflito com a lei, o grande questionamento é: aumentar a pena dos atos infracionais seja a solução para a violência? a redução da maioridade penal inibirá a prática de atos infracionais? A partir dos fatores jurídicos e sociais a seguir analisados, constatar-se-á que, além de inconstitucionais (quanto à redução da maioridade penal), tais medidas são inócuas.

4.1 Fatores Jurídicos

A legislação brasileira reconhece a adolescência como uma fase especial no desenvolvimento humano. Essa é a razão para que fossem editadas normas como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste o principal objetivo é a proteção dos menores de 18 anos, proporcionando-lhes um desenvolvimento físico, moral e social alinhado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de forma a prepará-lo para uma vida adulta em sociedade.

Também como forma de assegurar garantias e proteção, foi criada a lei 12.852, de 2013, que instituiu o Estatuto da Juventude. Um dos objetivos da elaboração deste estatuto foi a consolidação dos direitos da juventude e o estabelecimento de diretrizes para a implementação de políticas específicas para os jovens. Entre outras previsões, preconiza-se que o direito à segurança e à justiça seja garantido de maneira que esteja em concordância com as especificidades da condição juvenil.

Verifica-se, portanto, que a legislação brasileira, em várias normas, demonstra preocupação em garantir ao jovem proteção social e jurídica. Por isso, a redução da maioridade penal significa não apenas mera alteração do texto constitucional: consiste em verdadeiro contrassenso à doutrina da Proteção Integral. E mais do que isso: o Estado estaria ignorando obrigações internacionais de direitos humanos, a exemplo da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Ademais, a justificativa mais importante que fundamenta a impossibilidade de redução da maioridade penal é o fato de que o artigo 228 da Constituição Federal ser um direito fundamental, conforme será defendido. Desse modo, embora não componha o rol dos direitos e garantias individuais listados no art. 5º da CF/88, trata-se tal dispositivo constitucional de uma cláusula pétrea, o que impede que seja objeto de emenda tendente a abolir o direito nele previsto.

Quanto às cláusulas pétreas, importa relevar que elas traduzem a vontade do Poder Constituinte Originário de retirar do Poder Constituinte Derivado Reformador a possibilidade de alterar determinado conteúdo da Constituição em razão de sua importância. Nesse sentido, Lenza (2020, p. 691) afirma que “o poder constituinte originário também estabeleceu algumas vedações

materiais, ou seja, definiu um núcleo *intangível*, comumente chamado pela doutrina de cláusulas pétreas”.

Por expressa previsão no texto constitucional, as cláusulas pétreas não podem ser objeto de emenda, sobretudo quando tendente a aboli-las. Quanto ao processo legislativo de emenda à Constituição Federal de 88, de acordo com Lenza (2020, p. 688), “as emendas constitucionais são fruto do trabalho do *poder constituinte derivado reformador*, por meio do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas”.

Verifica-se, portanto, que o objetivo de uma emenda constitucional é a modificação da Constituição de um Estado após sua promulgação. Assim, por meio desse mecanismo, é possível alterar o texto de uma Lei Maior sem que, para isso, haja a necessidade de convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Quanto aos legitimados a proporem emendas constitucionais, a Constituição Federal de 88, em seu art. 60, assim dispõe:

Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou Senado Federal;
 II – do Presidente da República;
 III – de mais da metade das assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Conforme dicção do art. 60, § 2º, da CF/88, “a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. Ainda, diferente do processo legislativo das leis ordinárias e das leis complementares, a emenda constitucional será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Determina, ainda, nossa Carta Política que a emenda constitucional será promulgada com o respectivo número de ordem, que indica a quantidade de vezes que a Constituição foi alterada desde a sua promulgação. Até o fim da edição deste trabalho, a CF/88 já foi modificada 140 vezes, sendo 128 emendas regulares, 6 emendas de revisão e 6 tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional com quórum de emenda constitucional.

Todavia, ainda conforme o texto constitucional, em seu art. 60, § 4º, há matérias que não podem ser objeto de emenda. Trata-se, portanto, das cláusulas pétreas, aqui já mencionadas, embora superficialmente. Dispõe, assim, o referido comando da Constituição:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

Constitui o art. 60, § 4º, IV da CF/88 um dos pontos fundamentais do presente estudo. Isso porque é justamente nesse ponto que surge a grande controvérsia acerca da possibilidade de redução da maioria penal. Defende-se, aqui, que o art. 228 da CF/88 constitui cláusula pétrea, e, por essa razão, não pode ser objeto de emenda constitucional. Dessa forma, tratando-se de cláusula pétrea, eventual alteração somente seria possível, em tese, por meio do Poder Constituinte Originário.

Com efeito, constitui o mais forte argumento em desfavor da redução da maioria penal a vedação constitucional de serem abolidas, por meio de emenda, as matérias constantes do art. 60, § 4º, da CF/88. Embora seja aqui defendido que o art. 288 da CF/88 constitui cláusula pétrea, não há consenso nesse debate. Assim, a possibilidade, ou não, de se alterar o texto do art. 288 da CF/88 passa, necessariamente, pelo debate sobre ser, ou não, o seu texto cláusula pétrea.

4.2 Fatores Sociais

É possível, inicialmente, considerar que a redução da maioria penal ocasionará o aliciamento de crianças e adolescentes para a criminalidade de forma mais precoce. A redução, ao contrário, não reduzirá o número de menores infratores, uma vez que não inibirá a prática de delitos. Haverá, de um lado, aumento no índice de crianças e adolescentes que ingressam na criminalidade cada vez mais cedo; do outro, um “inchaço” ainda maior no sistema carcerário.

Sabe-se que a inclusão de adolescentes no sistema carcerário é demasiadamente prejudicial à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Colocado em uma reclusão incompatível com as suas necessidades, eles são facilmente influenciados por outros reclusos de mais idade e com mais experiência em práticas criminosas. Consequentemente, isso dificulta e, até mesmo, impossibilita o processo de ressocialização.

O objetivo do encarceramento seria, a priori, a ressocialização do apenado. Em razão disso, a Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, em seu art. 10, prevê que a “assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. O art. 11, por sua vez, garante que o recluso terá assistência material, à saúde,

jurídica, educacional, social e religiosa. Caso cumpridas essas garantias, seria possível a recuperação do infrator.

Contudo, sabe-se que o sistema carcerário nacional vive, há tempos, em estado de caos. Os estabelecimentos prisionais, além de estarem superlotados, não possuem condições de recuperar seus reclusos. Retratando essa realidade, em 2008, a Comissão de Direitos da Organização dos Estados Americanos (OEA) e uma CPI da Câmara dos Deputados, considerou a Cadeia Pública de Porto Alegre, como o pior presídio do país e da América Latina.

Diante desse cenário, questiona-se: se o sistema carcerário nacional não detém condições de ressocializar seus reclusos, adultos apenados, nem de garantir-lhes direitos básicos, menos ainda com os menores infratores. Não é possível garantir, por exemplo, que o menor infrator não se torne reincidente. A reincidência, contudo, não é o maior problema. Dentro dos presídios, junto de outros apenados, o menor passa a ter contato com outras experiências criminosas.

Ademais, quanto a isso, é oportuno mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, considerou um *estado de coisas inconstitucional* a situação prisional no país, havendo violação massiva de direitos fundamentais da população prisional. Debateu-se, na referida ação, violações generalizadas e sistêmicas de direitos e a omissão e a incapacidade do poder público em modificar essa conjuntura.

É possível afirmar, portanto, que a pretensão de se reduzir a maioria penal é uma pífia tentativa política de se combater um efeito em vez de se combater a causa real do problema. Trata-se de um problema social cujas raízes são bem mais profundas. Vai além do que é cotidianamente divulgado pela mídia, atingindo, principalmente, a responsabilidade do Estado no que diz respeito à implementação de políticas públicas voltadas para os menores.

Defender a redução da maioria penal é, em outras palavras, afirmar que o ingresso do menor na criminalidade ocorre de forma totalmente voluntária, o que não é verdade. É importante considerar que o ingresso na criminalidade decorre de diversos fatores, sobretudo o econômico. Contudo, não se olvida que, tão importante quanto outras ações, a atuação da família na formação do caráter da criança em seus primeiros anos pode determinar os rumos que o adolescente irá tomar.

Observa-se que a sociedade moderna contempla modelos familiares em que pai e mãe trabalham fora de casa. Em razão disso, a educação dos filhos fica sob a responsabilidade de um terceiro que, possivelmente, não transmitirá os mesmos valores dos pais. Conseqüentemente, a

relação familiar torna-se distante e frágil, o que pode gerar na criança ou no adolescente certo sentimento de descaso ou de abandono, fragilizando a assimilação e a sedimentação de valores.

É óbvio que não apenas famílias mal estruturadas contribuem para a formação do menor infrator. Longe disso. A realidade social do menor constitui fator determinante. A Constituição Federal, no art. 227, atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, entre outros, o direito à educação e a profissionalização, colocando-os a salvo de toda forma de negligência. No entanto, o Estado não tem cumprido o mencionado comando constitucional.

O Estado negligencia o menor, na medida em que não prioriza uma política educacional que o mantenha na escola, proporcionando a ele uma ocupação educativa e, ao mesmo tempo, profissionalizante. Não dispondo disso, o menor, tomado pelo ócio, tornando-se vulnerável à criminalidade. Inexistindo políticas públicas específicas, o ócio, associado, muitas vezes, ao uso de entorpecentes, torna-se elemento motivador para a prática de delitos.

5. INCONSTITUCIONALIDADE NA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A problemática acerca da redução da maioria penal passa, inevitavelmente, pela discussão sobre a possibilidade de alteração do texto constitucional. Consequentemente, também se faz necessário observar que, na Constituição Federal de 88, há matérias que não podem ser objeto de emenda constitucional tendentes a aboli-las. Entre elas, de acordo com o inciso IV, § 4º, art. 60, da CF/88, estão os direitos e garantias individuais.

Nesse ponto, o debate centra-se na interpretação dada ao art. 288 da Carta Magna, segundo o qual são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. A discussão ocorre em torno da classificação do referido artigo. Defende-se aqui que a norma inscrita no art. 288 da CF/88 constitui um direito fundamental e, desse modo, não pode ser objeto de emenda constitucional abolitiva visto que se trata de cláusula pétrea.

5.1 Direito e Garantia Fundamental

A conclusão acerca da fundamentalidade ou não do direito inscrito no art. 288 da CF/88 passa, inevitavelmente, pela análise, ainda que breve, da teoria dos direitos fundamentais. Esses direitos, em sentido amplo, são aqueles inerentes à condição humana e que são essenciais a uma existência digna. É possível também compreender que esses direitos, assim entendidos como fundamentais, disciplinam a relação entre o Estado e os indivíduos.

Neste aspecto, de acordo com Bobbio (1992, p. 4 *apud* BRANCO e MENDES, 2021, p. 273), “os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contrato”. Essa primazia não se refere à soberania de uma parte em detrimento da outra. Refere-se a uma garantia de defesa do indivíduo frente a possíveis abusos por parte do Estado. Nesse sentido, assim expõe Branco e Mendes (2021, p. 273):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Nesse mesmo entendimento, assim dispõe Canotilho:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2)

implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1994 *apud* MORAES, 2017, p. 44)

De maneira geral, o conceito de direitos e garantias fundamentais tem sido utilizado como equivalente aos de direitos do homem e direitos humanos. De maneira mais específica, esses direitos – os fundamentais – podem ser compreendidos como direitos humanos positivados em um determinado ordenamento jurídico. De acordo com Bonavides (2010, p. 560), numa acepção “mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

Adotando-se uma classificação *schmittiana*, são dois os critérios formais de caracterização dos direitos e garantias fundamentais. “Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional” (BONAVIDES, 2010, p. 561). Quanto ao segundo critério, por sua vez:

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, dos direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis (unabänderliche)* ou pelo menos de mudança *dificultada (erschwert)*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição (BONAVIDES, 2010, p. 561, *grifos do autor*).

Conforme essa definição, direitos fundamentais são aqueles que, inscritos na Constituição Federal, receberam certo status de superioridade. Essa superioridade é percebida, sobretudo, no que se refere à mutabilidade. Quanto a isso, Mendes (1999, p. 36, *grifos do autor*) assim afirma:

A Constituição de 1988 gravou esses direitos fundamentais com a *cláusula de imutabilidade* ou com a *garantia de eternidade*, permitindo, assim, que eventual emenda constitucional tendente a abolir determinado direito tenha a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Ainda conforme Mendes (1999), a um único tempo, os direitos fundamentais são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Significa que, enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face do Estado. Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, esses mesmos direitos formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Mendes (1999), citando a teoria dos quatro *status* que os direitos fundamentais cumprem na ordem jurídica, fala das suas diferentes funções. Assim, em uma concepção tradicional:

Os direitos fundamentais são *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado (MENDES, 1999, p. 36-37, *grifo do autor*).

Nessa concepção, como direitos de defesa, os direitos fundamentais têm como função assegurar a esfera de liberdade individual do homem contra quaisquer interferências ilegítimas do Poder Público. Se o Estado, por meio de uma ação ilegítima, viola esse princípio, o indivíduo alvo dessa violação passa a dispor de uma pretensão. Esta, conforme Mendes (1999), consiste, fundamentalmente, em uma abstenção, uma revogação ou uma anulação por parte do Estado.

Os direitos e garantias fundamentais são, em suma, os direitos do homem face ao Estado. São direitos quase que absolutos, uma vez que apenas excepcionalmente podem ser relativizados, e dentro de um limite legal. Ainda considerando a concepção schmittiana, Bonavides (2010, p. 561) aponta que:

Numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

A Constituição Federal de 88, em seu título II, traz o tema dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, a saber, direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Dentro de uma dimensão histórica e evolutiva, a doutrina constitucional, tradicionalmente, classifica-os em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

É necessário, contudo, esclarecer que não se trata de gerações estanques e bem delimitadas no tempo. Tampouco significa que uma geração se sobrepõe a outra e extingue a anterior. Trata-se, na verdade, de dimensões dos direitos e garantias fundamentais. A terminologia *gerações* pode gerar a equivocada ideia de que à medida que surge uma geração, uma outra, anterior, é suprimida. Quanto a isso, bem esclarece Branco e Mendes (2021, p. 276):

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte.

Inicialmente, os direitos e garantias fundamentais consistiam, apenas, como limitadores do poder estatal. Nesse contexto, denominam-se direitos negativos e derivam dos ideais do Estado Liberal no final do século XVIII. O foco é a liberdade individual frente ao Estado, consubstanciada nos direitos civis e políticos. Nesse sentido, ratifica Bonavides (2010, p. 563): “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos”.

Nesse conceito, corrobora Branco e Mendes (2021, p. 274) ao afirmar que “são os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração”. E complementa: “daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade caracterizam-se, portanto, por tutelarem o indivíduo, o homem em sua individualidade.

Os direitos de segunda geração, por sua vez, são os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como também os são os direitos coletivos. Nessa nova dimensão, os direitos não mais consideram o homem em sua individualidade, mas o compreende em uma dimensão coletiva, social. O não fazer do Estado já não respondia mais satisfatoriamente aos anseios de uma sociedade cuja exigência, agora, era a de que esse mesmo Estado promovesse igualdade social.

Assim, norteado pelo ideal de igualdade, nas palavras de Branco e Mendes (2021, p. 275), “São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos poderes públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc”.

Busca-se, portanto, a partir dessa nova concepção de direitos fundamentais, uma atuação positiva do Estado. Este não pode se eximir da obrigação de promover igualdade e bem-estar social, devendo, para isso, estabelecer políticas públicas nas áreas cultural, econômica e social a fim de que esses direitos possam ser garantidos.

Importa observar que a Constituição Federal de 88, ao tratar dos direitos sociais no art. 6º, assim dispõe: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à *infância*, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (CF/88, art. 6º, *grifo nosso*).

Verifica-se, nesse dispositivo constitucional, a preocupação do legislador constituinte com a proteção à infância.

Do mesmo modo, o art. 7º da CF/88, tratando dos direitos dos trabalhadores, confere especial atenção aos jovens trabalhadores. O inciso XXXIII do referido artigo assim dispõe que é proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. Garante-se, com isso, o direito do jovem ao trabalho compatível com a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

A terceira geração dos direitos fundamentais diz respeito aos direitos atinentes aos ideais da solidariedade ou fraternidade. Engloba o direito a um meio ambiente equilibrado, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. Depois da preocupação com a liberdade e com as necessidades do homem, os direitos fundamentais agora objetivam tutelar o destino da humanidade, considerando o homem não mais em sua individualidade ou coletividade, mas enquanto gênero.

Da leitura do art. 228 da CF\88, que diz serem penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos de idade, constata-se a preocupação em garantir que o Estado, no exercício do seu *jus puniendi*, não encarcere os que se encontrem nessa faixa etária. É notória, assim, a função da norma como *direito de defesa*. Esta, frisa-se, é direcionada à proteção da especial condição de pessoa em desenvolvimento, sobretudo quando diante de uma atuação ilegítima ou abusiva do Estado.

5.2 Interpretação Constitucional acerca do art. 228 da CF\88

Considerando os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, visto que contêm disposições definidoras de uma atuação negativa do Estado – cujo objetivo é assegurar o núcleo de liberdade individual –, entende-se que a inimputabilidade penal estabelecida na CF88 constitui um direito fundamental. De fato, o texto constitucional não revela expressamente que o direito contido no art. 228 é fundamental. Contudo, chega-se a essa conclusão por meio da interpretação.

A interpretação constitucional, conforme Barroso (2013, p. 124) “é um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência (a) o contexto cultural, social e institucional, (b) a posição do intérprete, (c) a metodologia jurídica”. Há no processo interpretativo métodos que comportam apreciação de ênfase predominantemente técnico-jurídica. São plurais os elementos do processo

interpretativo, e “nenhum método deve ser *absolutizado*” (BARROSO, 2013, p. 125, *grifo do autor*).

Também não há hierarquia entre os métodos interpretativos, nem um critério de desempate entre eles. Contudo, há diretrizes que orientam a sua aplicação. Primeiramente:

A atuação do intérprete deve conter-se sempre dentro dos limites e possibilidades do texto legal. A interpretação gramatical não pode ser inteiramente desprezada. Assim, por exemplo, entre interpretações possíveis, deve-se optar pela que conduza à compatibilização de uma norma com a Constituição (BARROSO, 2013, p. 126).

Ocorre aqui a chamada interpretação conforme a Constituição. Nesse caso não se pode distorcer ou desconsiderar o sentido das palavras para se chegar a um resultado diverso do que de fato a norma expressa. Em seguida, ainda conforme Barroso (2013, p. 126), “os métodos objetivos, como o sistemático e o teleológico, têm preferência sobre o método tido como subjetivo, que é o histórico. A análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma”.

Tratando-se de um dos métodos clássicos de interpretação, realizada a partir do texto da própria norma, da revelação de seu conteúdo semântico. Cuida-se, neste caso, da interpretação gramatical. Nesta, ao analisar o texto da norma constitucional, “não é necessário ir além da letra e do sentido evidente do texto, como se passa, por exemplo, em relação aos dispositivos acerca da composição e funcionamento de órgãos estatais” (BARROSO, 2013, p. 127).

Por outro lado, o texto constitucional, por vezes, revela-se vago, com palavras polissêmicas e conceitos indeterminados. Nesses casos, o intérprete dispõe de certa discricionariedade no processo interpretativo, empregando subjetividade ao entendimento da norma. Assim, ainda que a interpretação se pautar no sentido possível das palavras, quando se trata da interpretação constitucional, segundo Barroso (2013, p. 130), não é possível uma plena racionalidade e objetividade.

Interpretar o texto do art. 228 da CF88 à luz do método gramatical ou literal não revela o caráter fundamental do direito nele inscrito. É necessário analisá-lo a partir do método teleológico para se chegar à conclusão de que se trata de um direito fundamental. Cuida este método interpretativo de revelar o fim da norma, ou seja, “o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito” (BARROSO, 2013, p. 138). Busca-se, pois, revelar o fundamento racional da norma.

Nesse sentido, ainda de acordo com Barroso (2013, p. 140), a Constituição e as leis visam a socorrer certas necessidades e “devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada”. Contudo, nem sempre é fácil extrair essa finalidade. Nesse caso, o intérprete deve observar os mais elevados valores adotados pelo Estado. No que se refere à Constituição Federal de 88, deve-se observar os fundamentos adotados pela nossa República Federativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Os fundamentos expressos no art. 1º da CF88 constituem o alicerce político, social e jurídico do Estado. Toda a atuação estatal deve se pautar nessas bases constitucionalmente estabelecidas. Quanto à análise interpretativa do art. 228 da CF\88, por meio do método teleológico, importa relevar que o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana constitui o principal norteador das ações do Estado direcionadas aos menores.

A dignidade é um valor moral e espiritual inerente a qualquer indivíduo e se revela em um conjunto mínimo de condições básicas para o desenvolvimento de sua existência. Tem consigo a pretensão do homem em ser respeitado pelo Estado e pelas demais pessoas que o compõem. A dignidade constitui, portanto, um mínimo inviolável que o Estado deve assegurar, de maneira que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Trata-se, pois, do princípio magno que confere unidade a todos os demais direitos fundamentais e, por conseguinte, a toda a ordem jurídica. Relaciona-se tanto com a liberdade do homem como com as condições materiais de toda a sua existência e revela valores que o progresso civilizatório incorporou ao patrimônio da humanidade. Representa a superação da intolerância, da discriminação e da exclusão social que, durante muito tempo na história, foram a tônica da relação entre o homem e Estado.

O princípio da dignidade da pessoa humana também constitui um conceito pré-existente, anterior a qualquer ordenamento jurídico. Na Constituição Federal de 88, foi reconhecido pelo constituinte originário e elevado ao patamar de princípio constitucional. Devido ao reconhecimento

de sua relevância, foi catalogada como um dos fundamentos da nossa República Federativa e, conseqüentemente, como um valor supremo da ordem jurídica constitucional.

Trata-se de um princípio tão importante que o seu núcleo elementar é o que garante o chamado mínimo existencial, patamar abaixo do qual não há condições de dignidade. Garante o mínimo existencial, por exemplo, a renda mínima, a saúde básica, a educação fundamental e o acesso à justiça. Nesse contexto, na Carta Magna de 88, o princípio da dignidade da pessoa humana confere um sentido maior de concordância prática aos direitos fundamentais nela previstos.

Considerando, pois, o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana – sendo este um dos norteadores da ação do Estado –, e sob um “olhar teleológico” sobre o art. 228 da CF/88, conclui-se pela fundamentalidade da norma que estabelece a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. Desse modo, embora topograficamente não esteja incluída no Título II da Constituição Federal de 88, o bem jurídico tutelado pelo art. 288 da Carta Magna constitui um direito fundamental.

Ademais, importa considerar a dicção do art. 5º, § 2º da CF/88, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O rol do art. 5º da Carta Magna, portanto, não é taxativo, de forma a ser possível contemplar na própria Lei Maior outros direitos fundamentais (implícitos, inclusive).

Nesse sentido, acerca do referido dispositivo constitucional:

O dispositivo consagra uma *concepção material* de direitos fundamentais, aos estabelecer que direitos e garantias fundamentais consagrados expressamente no texto da *Lex Mater* não impedem a descoberta de outros princípios implícitos no sistema jurídico constitucional. Nesse sentido, o rol dos direitos fundamentais elencado na Constituição deve ser considerado apenas como exemplificativo (*numerus apertus*), não com um rol exaustivo (*numerus clausus*) (CUNHA JÚNIOR e NOVELINO, 2018, p. 172, *grifo do autor*).

Conclui-se, ante o exposto, que o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana garante, pelo método interpretativo teleológico, a inconstitucionalidade de qualquer proposta que tenha por objeto a redução da maioria penal. Além de constitucionalmente vedado, por se tratar de cláusula pétrea, essa alteração, na prática, fragilizaria demasiadamente a proteção devida ao indivíduo na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

5.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

Conforme já mencionado, os direitos fundamentais “são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual” (PINHO, 2014, p. 96). Devem ser reconhecidos pelo Estado, e este deve buscar concretizá-los de modo que sejam integrados ao patrimônio jurídico do indivíduo. Tais direitos possuem uma série de características que os tornam sobremaneira importantes no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, os direitos fundamentais têm a característica da universalidade. Esses direitos “destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos” (LENZA, 2020, p. 1174). Ou seja, são extensíveis a todos, sendo, portanto, vedada qualquer tentativa de limitação de sua abrangência ou de exclusão de determinados grupos. Nesse entendimento, Pinho (2014, p. 97) argumenta que “não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano”.

Embora se trate de um núcleo intangível e indispensável a qualquer ser humano, os direitos fundamentais não são absolutos. Em casos concretos, por vezes, podem ocorrer conflitos de interesses. Nesses casos, podem ser limitados. Trata-se, pois, do princípio da limitabilidade. A solução, de acordo com Lenza (2020), vem discriminada na própria Constituição ou caberá ao intérprete ou ao juiz decidir, no caso concreto, qual direito deve prevalecer.

Os direitos fundamentais também possuem a característica da historicidade. Denota o caráter evolutivo desses direitos. Segundo Lenza (2020, p. 1174), tais direitos nasceram com o cristianismo, “passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais”. Assim, a característica da historicidade explica que “os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo” (BRANCO e MENDES, 2021, p 288). Tal evolução ocorre, portanto, na medida em que a sociedade também evolui.

Outra característica dos direitos fundamentais é a inalienabilidade. Significa que esses direitos são intransferíveis e inegociáveis uma vez que não possuem valor econômico ou patrimonial. Com relação a essa característica, Branco e Mendes (2021, p. 290) cita o seguinte exemplo: “o direito à integridade física é inalienável, o indivíduo não pode vender parte do seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente”. Assim, tais direitos não podem ser desfeitos por seus detentores.

Importante observação a ser feita acerca da inalienabilidade é que esta característica:

(...) resulta da fundamentação do direito no valor da *dignidade humana* – dignidade que costumam traduzir como consequência da potencialidade do homem de ser autoconsciente e livre. Da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade. (BRANCO e MENDES, 2021, p. 290, *grifo nosso*).

Assim, esses conceitos – inalienabilidade e dignidade humana – são estreitamente relacionados, uma vez que aquele encontra fundamento neste.

Os direitos fundamentais não deixam de ser exigíveis em razão da falta de seu exercício: trata-se da imprescritibilidade. “Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição” (LENZA, 2020, p. 1175). Esses direitos, portanto, constituem uma espécie de seguro constitucional os quais poderão ser exercidos a qualquer tempo na medida em que forem necessários.

Por vezes, os direitos fundamentais não são exercidos adequadamente ou mesmo não são exercidos. Assim, “o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade” (LENZA, 2020, p. 1174). No mesmo sentido, Pinho (2014, p. 97) dispõe que “nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais. Pode até não usá-los adequadamente, mas não pode renunciar a possibilidade de exercê-los”. Trata-se de mais uma característica: a irrenunciabilidade.

Faz-se necessário, aqui, um breve e superficial retorno aos conceitos de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Inicialmente, ambos convergem no sentido de que são direitos atribuídos aos seres humanos. Contudo, o termo “direitos humanos” mostra-se mais adequado na esfera internacional, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Por sua vez, o termo “direitos fundamentais” são aqueles positivados em determinado ordenamento jurídico, a exemplo da CF/88.

A diferença, portanto, é mais de fonte normativa do que material. Como se pode observar, o conteúdo de ambos é bem semelhante uma vez que se trata de conjuntos de direitos que possuem grandes interseções, sobretudo no que se referem aos seus destinatários. Contudo, a crucialidade das convergências está no fato de ambas possuírem características semelhantes como a generalidade, a historicidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade.

Considerando, pois, a semelhança existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, importa trazer à discussão um outro princípio doutrinariamente considerado como inerente a esses direitos, a saber, a *vedação ao retrocesso*. De acordo com esse princípio, o Estado não pode proteger menos do que já protege. Assim, uma vez que são estabelecidos os direitos humanos, não se admite que ocorra um retrocesso de modo que haja limitação ou diminuição desses direitos.

O princípio da *vedação ao retrocesso*, um dos postulados mais notáveis da teoria dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, refere-se, na verdade, à expressão de origem francesa *cliquet*. Essa expressão é empregada pelos praticantes do alpinismo e significa que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é mais possível retroceder, devendo haver progressão sempre para cima, orientando um movimento em que só é permitida a subida no percurso.

O efeito *cliquet* relaciona-se, portanto, à busca pela proteção máxima dos direitos da pessoa humana contra qualquer medida normativa ou política de supressão ou enfraquecimento. Orienta a evolução dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais (o que não exclui as demais categorias dos direitos fundamentais). Logo, uma vez reconhecidos na ordem jurídica, esses direitos não podem ser suprimidos ou enfraquecidos, sob pena de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, a título de exemplo, cita-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, no art. 4º, parágrafo 3º, dispõe que “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”. Inconteste, portanto, que, uma vez que determinado direito passa a fazer parte de um ordenamento jurídico, não mais é possível a sua retirada. Se assim fosse possível, além de gerar insegurança jurídica, ocasionaria demasiado retrocesso tanto social quanto jurídico.

O princípio da *vedação ao retrocesso* constitui uma garantia constitucional implícita. Decorre dos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio autônomo, com a sua própria carga valorativa. Por si só, alude à ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder. Não pode, pois, praticar qualquer ato que vulnere esse direito.

Com efeito, sendo a maioria penal, tal qual estabelecida pelo art. 228 da CF/88, um direito fundamental, a sua redução constituiria um inegável retrocesso jurídico e social. Seria patente a involução provocada pela extinção de um direito que, há quase trinta e cinco anos, foi

constitucionalizado. O Congresso Nacional, caso promulgasse a Emenda Constitucional 171/93, fatalmente violaria normas, princípios e valores interna e internacionalmente consagrados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acerca da redução da maioria penal encontra-se em constante estado de latência. E também não é recente essa discussão. Sabe-se que vários são os argumentos utilizados para justificar a necessidade da redução da minoridade penal no Brasil. Recorre-se, inclusive, ao direito comparado, pondo em paralelo à legislação penal brasileira a de outros países tidos como “desenvolvidos”, onde a idade para a responsabilidade penal é inferior à que consta em nossa constituição e nas leis.

De fato, em países como Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia a responsabilização penal ocorre em idades bem mais inferiores do que no Brasil. Contudo, comparar a realidade brasileira com a desses países é completamente incabível, sobretudo quando consideramos fatores como os índices de desenvolvimento humano. Importa, pois, reiterar que a mesma lógica aplicada aos países mencionados não cabe à realidade brasileira.

Constitui uma tarefa difícil imaginar de que forma um menor não seja cooptado pela criminalidade, tendo em vista o contexto social precário em que muitos vivem. A realidade em que parte considerável se encontra é tão propícia ao crime que é possível, praticamente, utilizar a expressão “inexigibilidade de conduta diversa”. Embora não constitua razão única, não se pode desconsiderar as desvalidas condições econômicas em que sobrevive parcela relevante desses inimputáveis.

Mostra-se mais razoável, em vez de se copiar a legislação penal de países desenvolvidos que estabelece uma responsabilidade penal mais precoce, copiar os modelos econômicos e educacionais que os levaram ao *status* de países de primeiro mundo. O encarceramento precoce não leva país algum ao patamar de país desenvolvido. O que se busca com a redução da maioria penal nada mais é do que a satisfação de um desejo punitivista que se sobrepuja à necessidade de justiça social.

Sabe-se que constitui um dos maiores problemas o fato de, ao ser colocado em uma prisão, o apenado não ser ressocializado. Tratando-se de menor de dezoito, estes em contato com outros ali reclusos aprenderão novas modalidades de crimes e sairão piores do que quando entraram. Em pouco tempo, tornar-se-ão reincidentes e, mais uma vez, o Estado mobilizará o aparelho policial e judiciário para, novamente, prender um menor recém-recrutado nas cadeias.

Como visto, o debate acerca da maioria penal encontra-se mais acentuado em virtude da ocorrência de crimes com a participação ativa de adolescentes e, até mesmo, de crianças, sobretudo aqueles que, devido à gravidade, alcançam grande repercussão nas mídias sociais. Hoje, considerando as novas plataformas de comunicação que proporcionam maior velocidade e maior alcance das informações, esse debate ganha ainda mais destaque e engajamento.

Questiona-se, porém, se nessas quase três décadas em que tramitou a PEC 171/93, não seria possível, ao invés, estabelecer as bases de uma política educacional mais efetiva que, de algum modo, reduzisse o número de atos infracionais. A ampliação em todos os estados do número de escolas em tempo integral, por exemplo, poderia constituir um fator determinante para a redução do número de menores envolvidos em atos delituosos.

O Estado, conforme se observa, preocupa-se mais em combater o efeito do que a própria causa. E esta situa-se no descaso de governos que não priorizam a educação. Sabe-se, todavia, que não apenas a educação sucumbe à insuficiente atuação governamental. A legislação especial atinente às crianças e aos adolescentes ainda não se mostra efetiva. Se o Estado não dispõe de um aparato administrativo suficientemente capaz de garantir os direitos do menor, inócuas são as previsões legais do ECA.

Imperioso ressaltar que, ao contrário do que afirma o senso comum, a Lei 8.069/90 não é leniente com o menor infrator. As normas nela estabelecidas são suficientes para reprimir e coibir os atos infracionais. Todavia, somente a lei não é capaz de resolver o problema. É preciso garantir provisão aos conselhos tutelares e fortalecer os programas de ressocialização por eles realizados. O problema, portanto, não está na norma, mas na execução dela pelo poder público.

Como visto, a análise jurídica acerca da maioria penal redundava na conclusão de ser inconstitucional qualquer proposta que vise à sua redução. O debate jurídico centra-se no caráter *pétreo* do art. 228 da CF/88. Apesar de a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos não constar de forma taxativa no art. 5º da Lei Maior, que trata dos direitos e garantias individuais, ela constitui um direito individual, uma garantia de proteção. Trata-se, pois, de um direito fundamental.

A propósito, merece menção a espécie de inconstitucionalidade presente no Projeto de Emenda Constitucional 171/93 (posteriormente PEC 115/15), apresentada em 19/08/1993 na Câmara dos Deputados, pelo então deputado federal Benedito Domingos. Referida proposta, conforme aqui se defende, padecia de vício de inconstitucionalidade material (ou substancial, ou

de conteúdo), visto que flagrantemente violava preceitos e princípios da nossa Carta Política. Eivada, portanto, por patente desconformidade com a CF/88.

A própria Carta Magna dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Embora o texto constitucional não diga expressamente quais são esses direitos, eles podem ser identificados por meio de interpretação. A proteção à dignidade da pessoa humana confere a fundamentalidade do direito inscrito no art. 228 da CF/88, cujo objetivo é a proteção do indivíduo na especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Quanto a isso, imperioso considerar o arcabouço jurídico existente a fim de proteger o menor. A Constituição Federal de 88, em seu art. 228; o Código Penal, em seu art. 27 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 104, buscam proteger a criança e o adolescente em razão de sua, repisa-se, especial condição de pessoa em desenvolvimento. Sistemáticamente, esse arcabouço não confere quaisquer razões jurídicas que possam fundamentar a relativização do direito fundamental à inimputabilidade penal do menor

Considerando, ainda, o caráter evolutivo dos direitos fundamentais, reduzir a maioria penal, além de inconstitucional, constituirá um trágico retrocesso social e jurídico. Considerando, ainda, a evolução da legislação penal brasileira que, em seus primórdios, previa a responsabilização penal a partir dos 09 anos de idade, cogitar a maioria penal aos 16 anos configura a sanha de satisfazer desejos punitivistas e nada civilizatórios.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347/DF (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 09/09/2015)

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

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406/02. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848/40. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069/90. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Estatuto da Juventude**. Lei nº 12.852/93. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

_____. **Código Criminal (1830)**. Lei Imperial de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 05 mar. 2023.

_____. **Código Penal Republicano (1890)**. Decreto 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

_____. **Código de Menores (1927)**. Decreto 17. 943-A de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 05 mar. 2023.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Senado Federal, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 05 mar. 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 37. ed. Atualização André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Cléber. **Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**. San José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

PINHO, Rodrigo César Rabello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil: Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. 1959. Disponível em:
<<https://www.unicef.org/brazil/media/22026/file/declaracao-dos-direitos-da-crianca-1959.pdf>>.
Acesso em: 05 mar. 2023.