

O DIREITO FUNDAMENTAL DOS MENORES DE 18 ANOS À NÃO PERSECUÇÃO PENAL

UNDER EIGHTEEN YEARS FUNDAMENTAL RIGHT TO NO CRIMINAL PROSECUTION

André Leonardo Copetti Santos *

Doglas Cesar Lucas **

RESUMO: O presente artigo objetiva, genericamente, demonstrar a positividade e a fundamentalidade do direito dos menores de 18 à não persecução penal. Tendo em conta a primordialidade e a consequente intangibilidade desse direito, propõe-se analisar a inconstitucionalidade material da PEC nº 171-D/1993 – que dispõe sobre a redução da maioridade penal –, por violar frontalmente a cápsula de proteção estabelecida pela CRFB/1988 para os menores de 18 anos em relação à persecução estatal penal. A fundamentação teórica sobre a qual se funda o artigo é de cunho eminentemente garantista constitucional e minimalista penal. O método utilizado foi o tipológico weberiano, uma vez que a tese central é construída a partir de um cotejo comparativo do dispositivo normativo do art. 228 da CRFB/1988 em relação a um tipo ideal de direito fundamental elaborado a partir de uma síntese do que distintos pesquisadores entendem como elementos e características essenciais de um direito fundamental. A metodologia de aproximação foi eminentemente bibliográfica, com algumas inserções na análise documental, especialmente a legislação constitucional. Por fim, os resultados obtidos indicam a existência de um direito fundamental dos menores de 18 anos à não persecução penal positivado constitucionalmente, uma vez que a norma do art. 228 da CRFB/1988 enquadra-se perfeitamente no tipo ideal de direito

* Pós-doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Coordenador executivo deste programa de pós-graduação. Ijuí – Rio Grande do Sul – Brasil.

** Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Unijuí. Professor do curso de Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo (IESA). Professor visitante do Mestrado em Direito da URI. Avaliador do Ministério da Educação/ Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Consultor ad hoc da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Ijuí – Rio Grande do Sul – Brasil.

fundamental proposto. Em decorrência da constatação da existência positiva desse direito fundamental, resulta o reconhecimento de uma grave inconstitucionalidade materializada pela referida proposta de emenda constitucional, por violar o dispositivo constitucional positivador do direito fundamental à não persecução penal dos menores de 18 anos. **Palavras-chave:** Menores de 18 anos. Direito fundamental. Não persecução penal. Inconstitucionalidade. Redução da maioridade penal.

ABSTRACT: This article aims, generally, to demonstrate the positivity and the fundamentality of the right of people under 18 to non-criminal prosecution. Secondly, given the primordiality and the consequent inviolability of this right, it is proposed to examine the material unconstitutionality of the PEC 171-D/1993 - which provides the reduction of criminal responsibility age -, for violating head-protection cap established by Federal Constitution for the under-18s in relation to the state criminal prosecution. The theoretical basis on which is founded the article has, eminently, constitutional guarantee nature and criminal minimalism. The method used was Weber's typological one, once the central thesis of the work is constructed from a comparative collation of the rule of the art. 228 of the 1988 Federal Constitution in relation to an ideal type of fundamental rights, drawn from a synthesis of what different researchers understand how essential elements and features of a fundamental right. The approach methodology was eminently bibliographic, with some inserts in document analysis, especially constitutional law. Finally, the results indicate to the existence of a fundamental right of people below eighteen years of no criminal prosecution provided constitutionally, for the standard of art. 228 of the Federal Constitution fits perfectly in the proposed ideal type of fundamental right. Due to the finding of positive existence of this fundamental right, the recognition of the serious unconstitutionality materialized through related constitutional amendment is clear, for violating the constitutional provision that states the fundamental right to non-criminal prosecution of anyone under 18. **Keywords:** Children under 18. Fundamental right. No criminal prosecution. Unconstitutionality. Reduction criminal legal age.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 UM SUCINTO HISTÓRICO DA PEC Nº 171/1993; 3 DAS VIOLAÇÕES DA PEC Nº 171/1993 AO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL; 3.1 DA INFRINGÊNCIA À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, DA ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; 3.2 DA INFRINGÊNCIA AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA; 4 DA VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA PÉTREA CONSTANTE NA CRFB/1988; 4.1 SOBRE A FINALIDADE E ALCANCE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS; 4.2 SOBRE UMA TIPOLOGIA IDEAL DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DE DIREITOS E SUA APLICAÇÃO À CLÁUSULA CONTIDA NO ART. 228 DA CRFB/1988; 4.3 SOBRE AS CLÁUSULAS PÉTREAS DE NATUREZA PENAL E A INSERÇÃO DO

ART. 228 DA CRFB/1988 NESSE ROL; 4.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO UM DIREITO À NÃO ELIMINAÇÃO DE POSIÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONAL; **5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

A recente aprovação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 171-D/1993, que trata da redução da maioria penal de 18 para 16 anos, tem constituído um dos temas legislativos mais rumorosos dos últimos tempos. Argumentos das mais variadas origens (sociológicos, psicológicos, médicos, antropológicos, político-criminais, econômicos, jurídicos etc.) têm servido para sustentar ou refutar essa proposta. Independentemente da procedência ou improcedência desses diferentes conjuntos de motivações para um ou outro lado, é inegável que o mérito dessa modificação do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) (art. 228), com gravíssimas repercussões no texto do Código Penal (CP) (art. 27) e, fundamentalmente, no exercício do poder penal estatal, configura-se como uma das mais graves rupturas que pode sofrer o sistema penal brasileiro nos últimos tempos, para não dizer em toda a sua história.

Alguns pontos da legislação criminal são altamente sensíveis em sua potencialidade de revelação do sentido do sistema penal, como, por exemplo, os tipos de pena cominada, as quantidades máximas possíveis de privação de liberdade e as questões ligadas à imputabilidade, especialmente em relação ao seu aspecto etário. No caso brasileiro, a imputabilidade penal aos 18 anos configura-se, ao lado do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade (30 anos, nos termos do art. 75 do CP), como uma importante barreira ao extravasamento do poder de punir do Estado. São o piso e o teto do sistema penal e, mesmo com essas barreiras, o país apresenta a quarta maior população prisional do mundo (BRASIL, 2015).

No tocante ao aspecto etário da imputabilidade, não resta dúvida de que a modificação pretendida com a PEC nº 171-D/1993, se aprovada definitivamente, irá ocasionar uma significativa modulação nas possibilidades de atuação estatal penal, pois a gama de destinatários do sistema punitivo será

ampliada consideravelmente, sobremaneira quando se leva em consideração dados levantados em recente relatório elaborado pela Secretaria Geral da Presidência da República, que revelam que 54,8% da população encarcerada no país é formada por jovens com menos de 29 anos (BRASIL, 2015).

A gravidade do tema é de tal ordem que, há aproximadamente 22 anos, essa matéria é debatida nas Casas Legislativas federais, desde a propositura da PEC nº 171/1993. Desde lá, foram apensadas a essa proposta de emenda outras 38, processo que culminou na aprovação da PEC nº 171-D/1993.

Deixando de lado os mais variados aspectos sob os quais podem ser construídas reflexões e soluções acerca da questão da maioridade penal, no campo jurídico essa PEC, aprovada em primeiro turno no dia 1º de julho de 2015, após ter sido rejeitada no dia anterior, e em segundo turno no dia 19 de agosto de 2015, tem suscitado uma série de contraposições, especialmente no âmbito do direito constitucional, mais detidamente em relação à sua inconstitucionalidade material. O grande argumento dirigido contra a constitucionalidade material da PEC da maioridade penal está estruturado sobre a ideia de violação de uma cláusula pétrea (art. 228 da CRFB/88), cuja supressão ou modificação estaria vedada pelo teor do inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta Magna, o qual impede a propositura de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais, hipótese na qual se enquadraria a propositura constante da PEC nº 171/1993, pois a restrição da atuação penal do Estado em relação aos menores de 18 anos consistiria num direito individual dessa parcela da população.

Em face dessas considerações, busca-se, no presente artigo, analisar o aspecto material controvertido acerca da constitucionalidade ou não da PEC nº 171/1993, aprovada recentemente, com o objetivo de contribuir para tão importante debate instalado na sociedade brasileira. O ponto fulcral de estruturação dos argumentos a ser construídos neste trabalho reside na ideia de que o art. 228 da CRFB/1988 institui o direito fundamental dos menores de 18 anos à não persecução penal estatal, razão pela qual tal cláusula é intangível pela ação do poder constituinte reformador.

O método utilizado para o desenvolvimento da presente investigação foi o tipológico weberiano, pois a análise da inconstitucionalidade da PEC

nº 171-D/1993 foi feita a partir do cotejo comparativo da materialidade do texto da proposta com uma tipologia ideal dos direitos fundamentais, especialmente daqueles que têm a função de barreira da atuação do Estado, em cujo rol insere-se o direito dos menores de 18 anos à não persecução penal estatal.

2 UM SUCINTO HISTÓRICO DA PEC Nº 171/1993

A PEC nº 171 foi originalmente apresentada no ano de 1993 e seu texto original, que estabeleceu sua materialidade normativa, era o seguinte:

Proposta de Emenda à Constituição Nº 171, DE 1993
(Do Sr. Benedito Domingos)
Altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos).
(APENSE-SE À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 14, DE 1989).
As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do Art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional.
Art. 1º. O Art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido de parágrafo único e com a seguinte redação:
'Art. 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.'
Art. 2º - Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.
Sala das Sessões, 20 de agosto de 1993.
BENEDITO DOMINGOS
Deputado Federal - PP/DF (BRASIL, 1993).

Desde a sua propositura, foram a ela apensadas, ao longo de 22 anos, como já referido, outras 38 PECs, cujos conteúdos normativos principais foram os seguintes: a) simplesmente a redução da maioria penal para 16

anos;¹ b) simplesmente a redução da maioridade penal para 17 anos;² c) simplesmente a redução da maioridade penal para 14 anos;³ d) simplesmente a redução da maioridade penal para 12 anos;⁴ e) redução da maioridade penal apenas para alguns crimes;⁵ f) redução da maioridade penal a partir de exame psicossocial a ser decidido pelo juiz;⁶ g) associando o exame psicossocial à redução da maioridade penal apenas para alguns crimes;⁷ h) não redução da maioridade penal, mas determinando que, com 18 anos, a medida socioeducativa seja extinta e que o maior de 18 anos continue a responder, nos termos da lei penal, em unidade prisional exclusiva para abrigar internos oriundos do sistema socioeducativo.⁸

A PEC nº 171/1993 original, com todos os seus apensos, teve juízo de admissibilidade, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, em março de 2015, ocasião em que essa comissão permanente constituiu uma comissão especial, de acordo com os termos do art. 29, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), para proferir parecer sobre a proposta. Essa comissão especial adotou um substitutivo ao projeto inicial, com o seguinte teor:

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A
PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 171-A, DE 1993, DO SR.
BENEDITO DOMINGOS E OUTROS, QUE 'ALTERA
A REDAÇÃO DO ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL (IMPUTABILIDADE PENAL DO MAIOR DE
16 ANOS), E APENSADAS' (MAIORIDADE PENAL)

1 PECs nº 37/1995, nº 91/1995, nº 301/1996, nº 426/1996, nº 531/1997, nº 68/1999, nº 133/1999, nº 150/1999, nº 167/1999, nº 633/1999, nº 377/2001, nº 582/2002, nº 64/2003, nº 179/2003, nº 272/2004, nº 48/2007, nº 223/2012 e nº 279/2013.

2 PEC nº 260/2000.

3 PECs nº 169/1999 e nº 242/2004.

4 PEC nº 345/2004.

5 PECs nº 386/1996, nº 228/2012 e nº 382/2014.

6 PECs nº 321/2001, nº 302/2004, nº 489/2005, nº 73/2007, nº 125/2007, nº 57/2011 e nº 438/2014.

7 PECs nº 85/2007, nº 87/2007, nº 399/2009 e nº 273/2013.

8 PEC nº 332/2013.

SUBSTITUTIVO ADOTADO PELA COMISSÃO À PEC 171-A, DE 1993

Altera a redação dos arts. 228 e 227 da Constituição Federal.
Art. 1º. O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar
com a seguinte redação:

‘Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito
anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os
maiores de dezesseis anos nos casos de:

I – crimes previstos no art. 5º, inciso XLIII;

II – homicídio doloso;

III – lesão corporal grave;

IV – lesão corporal seguida de morte;

V – roubo com causa de aumento de pena.

Parágrafo único. Os maiores de dezesseis e menores de dezoito
anos cumprirão a pena em estabelecimento separado dos
maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis’. (NR)

Art. 2º O art. 227 da Constituição Federal passa a vigorar
com a seguinte redação:

‘Art. 227
.....’

§ 9º O Estado instituirá políticas públicas e manterá
programas destinados ao atendimento socioeducativo e à
ressocialização do adolescente em conflito com a lei, com a
destinação de recursos específicos para tal finalidade, vedado
o contingenciamento das dotações consignadas nas leis
orçamentárias anuais’. (NR)

Art. 3º A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os
estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à
Constituição.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data
de sua publicação.

Esse substitutivo foi encaminhado para votação ao Plenário da Câmara dos Deputados, não tendo atingido, no dia 30 de julho de 2015, os 308 votos necessários para aprovação. No dia seguinte, prosseguiu a Câmara na votação da proposição, aprovando a Emenda Aglutinativa nº 16, proposta de forma urgente e excepcional, com 323 votos favoráveis, cujo texto a ser

submetido em segundo turno de votação foi o seguinte, conforme parecer da comissão especial:

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A
PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 171-A, DE 1993, DO SR.
BENEDITO DOMINGOS E OUTROS, QUE 'ALTERA
A REDAÇÃO DO ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL (IMPUTABILIDADE PENAL DO MAIOR DE
16 ANOS), E APENSADAS' (MAIORIDADE PENAL)
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 171-D
DE 1993

PROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O SEGUNDO
TURNO DE DISCUSSÃO DA PROPOSTA DE EMENDA
À CONSTITUIÇÃO Nº 171-D, DE 1993, que altera a
redação dos arts. 228 da Constituição Federal.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO
SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da
Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto
constitucional:

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar
com a seguinte redação:

'Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito
anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados
os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento
da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito
anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hedion-
dos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.'
(NR)

Art. 2º A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os
estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à
Constituição.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data
de sua publicação.

Sala da Comissão, em 7 de julho de 2015.

O texto aprovado em primeiro turno teve sua aprovação confirmada na segunda volta de votação na Câmara dos Deputados. Como se demonstrará

na sequência, a PEC nº 171-D/1993 apresenta graves problemas de constitucionalidade, particularmente no que se refere ao aspecto material. Além do direito interno, o direito internacional acerca da infância e adolescência foi diretamente afrontado por ela.

3 DAS VIOLAÇÕES DA PEC Nº 171/1993 AO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

3.1 DA INFRINGÊNCIA À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, DA ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

O texto constitucional brasileiro seguiu a tendência internacional consagrada no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº 44/1925 (XLIV), da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que estabelece ser criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade.

Ainda que esse diploma não vede expressamente a possibilidade de os menores de 18 anos serem autores de delitos e estarem sujeitos a sanções penais, em seu art. 37, letra “a”, restringe a imposição a essas pessoas de penas perpétuas, cruéis, desumanas, degradantes e de morte. *In verbis*:

Artigo 37 - Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade (BRASIL, DECRETO..., 1990).

Entretanto, **é necessário** considerar a extensão significativa da expressão “penas cruéis”. Presente em textos normativos como o dessa convenção e do inciso XLVII do art. 5º da CRFB/88, ela não tem a potencialidade de traduzir detalhadamente seu significado, mas apenas encerra indícios formais

de uma ideia negativa, que somente se materializa em sua aplicação hermenêutica a um caso concreto, o qual deve ser especificado como “realidade do sistema prisional brasileiro” (BRASIL, 1988), que vai muito além da crueldade, pois não somente aprisiona o corpo dos condenados, submetendo-os a imundas e insalubres condições materiais, mas liquida, também, sua alma, sua dignidade, suas possibilidades de um futuro existencial com um mínimo de conforto e de probabilidades de uma vida venturosa.

Quanto a esse ponto, convém salientar que o Brasil enfrenta um déficit de vagas no sistema penitenciário que alcança o patamar de 231.062 lugares. A população carcerária, em sua maioria, é formada por pessoas jovens e negras, com grau de escolaridade baixo, ou seja, o perfil do preso no país é de uma pessoa jovem, de 18 a 29 anos, de cor negra e sem estudo, segundo aponta o recente Mapa do Encarceramento (BRASIL, 2015). Com a possibilidade de redução da idade de imputabilidade penal, evidencia-se que o quadro caótico apresentado pelo sistema carcerário brasileiro, responsável por alguns dos mais sangrentos massacres da história do país, a exemplo dos ocorridos no Carandiru (SP) e em Pedrinhas (MA), sem referir à alarvaria ínsita ao Presídio Central de Porto Alegre (RS), sofrerá um considerável agravamento, dado que a medida implicará, obviamente, mais pessoas encarceradas. Nesse sentido, não parece que o sistema carcerário brasileiro apresente condições de receber adolescente em seus estabelecimentos, nos quais as “penas cruéis” proscritas, tanto pela CRFB/1988 quanto pelos documentos internacionais indicados, integram aquilo que Zaffaroni (2003) denomina “sistema penal subterrâneo”.

Ainda, deve-se salientar que mesmo as medidas socioeducativas de internação previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são cumpridas, no Brasil, em estabelecimentos que apresentam ideologias e, conseqüentemente, práticas muito semelhantes às das unidades penitenciárias destinadas à população adulta, não sendo raras as denúncias de violação de direitos fundamentais nesses espaços, como revelam os estudos de Neri (2009) e Mallart (2014). A esse respeito, o parágrafo único do art. 228 da CRFB/1988 (com a redação proposta pela PEC nº 171/1993), ao prever que “os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos cumprirão a pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores

inimputáveis”, apresenta-se como mera retórica, afinal, se o país não apresenta sequer capacidade operacional no que se refere ao oferecimento de vagas suficientes e em condições dignas para seus apenados e adolescentes que cumprem medidas de internação, como colocará em prática a medida em questão?

3.2 DA INFRINGÊNCIA AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Outro argumento contrário à PEC nº 171/1993 fundamenta-se no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário e cujo texto indica fortemente aos seus subscritores a vedação à redução da maioridade penal.

Em seu art. 5º, *que dispõe* sobre a matéria criminal, explicita:

Direito à integridade pessoal

§1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

§2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

§3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

§4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

§5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

§6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados (COMISSÃO..., 1969, grifo nosso).

O Pacto de São José da Costa Rica, no § 5º do art. 5º, não diz respeito especificamente à redução da maioridade penal, mas, ao referir-se aos

menores, dizendo que “quando puderem ser processados”, está a indicar expressamente que eles devem ser conduzidos a tribunais especializados, ou seja, jurisdições com atribuições específicas para o julgamento de menores, que, no caso do Brasil, são os Juizados da Infância e da Juventude, com atribuições específicas para aplicação do ECA, legislação que não abrange aplicação de penas privativas de liberdade nos moldes quantitativos e qualitativos previstos pela legislação penal ordinária ou extravagante.

Com efeito, o ECA não apenas reconheceu os princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, mas também os desenvolveu, ao reconhecer as crianças e os adolescentes, em âmbito normativo, como pessoas em condição de desenvolvimento, merecedoras de direitos próprios e especiais, o que faz surgir a responsabilidade de todos aqueles que integram o Estado no sentido de assegurar, antes de qualquer outra política social, o real e prático alcance dos direitos inerentes à pessoa humana (ABREU, 1999).

No Brasil, o referido estatuto – na esteira do art. 227 da CRFB/1988, que preconiza que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar, além de preservá-los de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão – elevou, definitivamente, a criança e o adolescente à condição de sujeitos de direitos, como expressamente dispõe seu art. 3º:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, ECA, 1990).

Verifica-se, assim, que o Brasil, em harmonia com o que preconiza o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, consagra a denominada “doutrina da proteção integral”, a qual considera a criança e o adolescente “sujeitos de direitos”, prevendo expressamente, mediante a convenção, o

reconhecimento da sua situação de peculiar desenvolvimento. O dispositivo supracitado encontra ressonância no art. 19 da convenção, que salienta que a criança e o adolescente merecem proteção da família, da sociedade e do Estado, devendo ser implementadas e utilizadas todas as medidas necessárias para garantia de tais direitos.

Por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), estabeleceu-se um conjunto de normas comuns aos países signatários com o intuito de garantir a proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos indivíduos. Os mecanismos de monitoramento, implementação e garantia dos direitos previstos na convenção, por sua vez, são exercidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, as quais, por suas decisões ou opiniões consultivas, buscam o respeito e o reconhecimento internacionais da validade e do exercício dos direitos humanos dos Estados signatários da convenção, dentre os quais está o Brasil.

Não obstante isso, dados oriundos do Mapa do Encarceramento revelam que, no país, os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos. E mais: o relatório, amparado em dados do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM)/Datusus, do Ministério da Saúde, aponta que essa violência atinge especialmente os jovens negros do sexo masculino, residentes nas periferias dos centros urbanos. Segundo as estatísticas apontadas no relatório, mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios em 2012 no Brasil era de jovens (27.471, equivalente a 52,63%), dos quais 77% negros (pretos e pardos) e 93,30% do sexo masculino (BRASIL, 2015).

Esse quadro revela quanto a doutrina da proteção integral da infância e adolescência encontra-se, em terras brasileiras, longe de ser concretizada. A violência contra os jovens no país revela “uma imbricação dinâmica entre aspectos estruturantes, relacionados às causas socioeconômicas, e processos ideológicos e culturais, oriundos de representações negativas acerca da população negra” (BRASIL, 2015, p. 9). Nesse sentido, os argumentos favoráveis à redução da idade de imputabilidade penal levados em consideração na discussão da PEC nº 171/1993 demonstram uma total dissonância com a realidade da violência à qual estão expostos os jovens brasileiros, ao colocá-los

não na posição de **vítimas** – do absoluto descaso com que as famílias, a sociedade e, principalmente, o Estado os tratam –, mas de **responsáveis** por uma suposta – e falaciosa, como já amplamente demonstrado – “escalada sem precedentes da criminalidade”.

É preciso assumir de uma vez por todas, como um elemento a ser fortemente considerado em qualquer tentativa de criminalização ou agravamento da situação penal de determinadas parcelas da população, que a criminalidade, considerada em sua totalidade de fenômeno social, não decorre única e exclusivamente de uma decisão individual atomizada. Todo sujeito age numa dada circunstância e com um âmbito de autodeterminação também específico. Em sua própria personalidade, há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos com um menor âmbito de autodeterminação no sentido de evitar ações criminalizadas, estando condicionados por causas sociais. Há, aqui, o que Zaffaroni e Pierangeli (1997) chamam coculpabilidade, com a qual a sociedade deve arcar, e não somente transferir a responsabilidade criminal aos indivíduos.

4 DA VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA PÉTREA CONSTANTE NA CRFB/1988

O art. 60, § 4º, da CRFB/1988, o qual estabelece o rol de cláusulas pétreas, dispõe:

Art. 60 [...]

§ 4º - 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 (BRASIL, 1988).

A partir dessa normatização constitucional acerca das cláusulas de intangibilidade constitucional, a pergunta que se coloca é a seguinte: é o conteúdo do art. 228 da CRFB/1988 intangível pela ação do poder constituinte reformador, por constituir cláusula pétrea? Há posições divergentes a respeito da matéria, mas, como se demonstrará a seguir, entende-se que esse preceito estabelecido da inimizabilidade penal constitui autêntica cláusula pétrea de natureza penal, pois irradia fielmente o espírito iluminista limitativo da ação estatal penal, própria dos princípios constitucionais penais positivados no art. 5º, incisos XXXIX a XLVII, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

A favor da ideia de que a PEC nº 171/1993 não viola cláusulas pétreas, seguem alguns posicionamentos. Em primeiro lugar, o pensamento exposto pelo professor Miguel Reale Jr. em audiência pública realizada pela CCJC da Câmara dos Deputados, em novembro de 1999:

Entendo, por outro lado, que não se estabelece no art. 228 um direito e garantia individual fundamental que deva ser preservado como cláusula pétrea. Acredito que não exista no direito pétreo a inimizabilidade. Ou seja, não há nada que justifique que se deva considerar como imutável, como fundamental, além da estrutura do Estado Democrático, por que foi isso que a Constituição pretendeu fazer ao estabelecer as cláusulas pétreas. Isto é, além da proibição de abolição da Federação, da autonomia e da independência dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico e, ao mesmo tempo, falando dos direitos e garantias individuais enquanto estruturas fundamentais para a preservação do Estado Democrático. Não vejo, portanto, que no art. 228 esteja contido um princípio fundamental, um direito fundamental que deva ser basilar para a manutenção do Estado Democrático. Por esta razão não entendo que o preceito que está estabelecido no art. 228 venha a se constituir numa cláusula pétrea (BRASIL, COMISSÃO..., 1993).

Esse também foi o entendimento expressado pelo eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em nota emitida em 14 de março de 2009, em atendimento à solicitação da CCJC:

[...] parece mais adequado o entendimento de que o art. 228 da Constituição ('São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos as normas da legislação especial') não constitui uma cláusula pétrea, não descrevendo um direito ou garantia individual imutável, nos termos do art. 60, §4º, IV. A modificação ou não do dispositivo, portanto, dentro de certos limites, é uma possibilidade que se encontra disponível a avaliação política do Congresso Nacional (BRASIL, COMISSÃO..., 1993).

Esses argumentos auxiliaram no embasamento do parecer do relator da PEC nº 171/1993, cujo teor pode ser resumido no seguinte fragmento:

Senhores e Senhoras Deputadas, mesmo que o entendimento de Vossas Excelências seja no sentido apontado pelo relator (qual seja, considerar que o art. 228 da CF seja cláusula pétrea) é importante destacar que o §4º do art. 60 expressamente veda a edição de PEC **tendente a abolir** cláusulas pétreas. A proposta em exame não propõe abolir a inimputabilidade, propõe modificar. É de hermenêutica simples reconhecer que se trata de proposta de adequação do instituto da maioria de acordo com os novos padrões da sociedade, considerando o amadurecimento do jovem.

Repito: é importante destacar que o §4º do art. 60 expressamente veda a edição de PEC **tendente a abolir** cláusulas pétreas. A Constituição Federal é feita para gerações, portanto, não pode ser fechada ao ponto de inviabilizar sua mutação conforme as exigências da própria sociedade.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que reduzir a maioria para 14, 15, 16 e, mormente, 17 anos (como pretende a PEC 260/2000), seja medida que tenda a abolir o instituto da maioria penal.

Ademais, se se considerar que existe cláusula pétrea no art. 228, ela incide no instituto da maioria penal, e não, como querem alguns, na idade de dezoito anos. Explico: o que não se pode abolir (ou tender a abolir) é o instituto da maioria penal. A Constituição permite, sim, a alteração da idade mínima

criminal, mas veda que essa alteração tenda a abolir o instituto da maioridade (BRASIL, COMISSÃO..., 1993, grifo nosso).

Verifica-se, da análise desses argumentos do relator da PEC nº 171/1993, uma absoluta ausência de razoabilidade. Com efeito, ao admiti-los como válidos, pode-se até mesmo defender a redução da maioridade penal para patamares de cinco ou seis anos de idade, sem qualquer dificuldade argumentativa, o que seria um verdadeiro descalabro humanista.

O jurista Guilherme de Souza Nucci (2000, p. 109) também defende a possibilidade da redução da maioridade penal, pela via da emenda constitucional, afirmando que há:

[...] uma tendência mundial na redução da maioridade penal, pois não mais é crível que os menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida.

Em complementação, elabora Nucci (2000) o argumento de que não se pode concordar com a tese de que há direitos e garantias fundamentais elencados fora do art. 5º da CRFB/1988 e dispostos de forma esparsa em outros trechos da Carta, sendo por isso considerados também cláusulas pétreas e inseridos na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1988. Esse argumento é o que se pode qualificar como arazoamento topográfico, o que ressoa como absurdo, pois a Carta Magna não define as características e funcionalidades de suas normas pela sua localização, pela sua topografia. Há direitos e garantias individuais em distintas partes do texto constitucional e não somente, como pretende esse jurista, nos limites do art. 5º; por exemplo, as limitações constitucionais ao poder tributário do Estado, típico direito fundamental de natureza individual, não se encontram encerradas nas fronteiras do art. 5º.

Esse argumento da localização pontual dos direitos e garantias individuais somente nos limites do Título II da CRFB/1988, mais precisamente

no art. 5º, é bastante precário, pois é preciso considerar, antes de qualquer coisa, num sentido genérico, que as normas e princípios relativos a direitos fundamentais estão dispersos por todo o corpo do texto constitucional. Assim como há direitos sociais no art. 6º, previstos de uma forma bem ampla, também esses direitos estão positivados a partir do art. 193, de modo exaustivo e específico. Essa mesma perspectiva é válida para os direitos individuais, pois, por exemplo, as limitações do poder de tributar do Estado, postas a partir do art. 150 e, portanto, fora do catálogo do art. 5º, são verdadeiras cláusulas pétreas de natureza individual, com funcionalidade restritiva, negativa de possibilidades de ação por parte do aparato estatal fiscal.

Ademais, segundo a óptica de Canotilho (2000), nada impede o reconhecimento da existência de direitos fundamentais até mesmo fora dos limites do texto constitucional, o que decorre da distinção que o autor estabelece entre os direitos fundamentais formalmente constitucionais e materialmente fundamentais. Os primeiros são aqueles enunciados em normas positivadas sob a forma de Constituição, enquanto os segundos são reconhecimentos por normas que não possuem forma constitucional. Logo, constituem direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais aqueles equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direito formalmente fundamentais.

Na esteira da lição do constitucionalista lusitano, Sarlet (2005) e David Araújo e Serrano Nunes Júnior (2006) também defendem a existência de direitos fundamentais fora do catálogo do art. 5º, mas com *status* constitucional formal e material. Sarlet (2005, p. 134) alerta que não se deve esquecer a já referida circunstância de que também os assim designados direitos “dispersos na Constituição” comungam do mesmo regime jurídico (da fundamentalidade material e formal) dos direitos constantes do Título II da CRFB/1988. No mesmo sentido, David Araújo e Serrano Nunes Júnior (2006, p. 126-127), após enumerar as características intrínsecas (historicidade, autogeneratividade, universalidade, limitabilidade, irrenunciabilidade e concorrência) e extrínsecas (rigidez constitucional, caráter pétreo e aplicabilidade imediata) dos direitos fundamentais, afirmam:

Ao apontarmos as características acima, constatamos que os direitos fundamentais não são só aqueles enumerados pelo Título II da nossa Constituição, mas todos os que contenham as características apontadas, integrando, ou não, a parte reservada aos direitos fundamentais no texto constitucional. O direito à saúde é exemplo típico. Trata-se de direito fundamental, que está explicitamente reconhecido no Título II da Constituição Federal, em seu art. 6º, como direito social. A interpretação sistemática, por seu lado, faz com que os direitos se espalhem pelo texto, de forma que o assegurado genericamente no art. 6º seja detalhado nos arts. 196 e 197. Um exemplo dessa situação é o direito à anterioridade tributária, que, apesar de constar do art. 150, III, *b*, na parte relativa às limitações de tributar, por preencher todas as características acima enumeradas, tem natureza de direito fundamental, como aliás já declarado pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn 939). [...]

Vale notar que a importância de qualificar direitos constitucionais como fundamentais reside no regime jurídico de proteção especial que a constituição lhe outorgou.

Percebe-se, a partir do exposto, que a doutrina constitucional brasileira dissente de uma visão estritamente “topográfica” dos direitos fundamentais a partir do texto constitucional, reconhecendo-se que esses direitos podem ser encontrados até mesmo fora do catálogo constitucional. Nesse sentido, convém salientar que a própria CRFB/1988, no § 2º do art. 5º, viabiliza essa possibilidade interpretativa, uma vez que reconhece que existe um catálogo de direitos materialmente fundamentais – segundo a classificação de Canotilho (2000) –, que é aberto. Em outras palavras, existem direitos que, pela sua essência, são (materialmente, portanto) fundamentais, sendo irrelevante sua posituação sob a forma constitucional. Pode-se falar, a propósito, no surgimento de um direito constitucional internacional, que parte do pressuposto de que existe uma indissolúvel e essencial unidade entre os direitos humanos reconhecidos em âmbito internacional – a exemplo, *in casu*, dos decorrentes das normativas internacionais mencionadas nos tópicos precedentes – e os direitos fundamentais reconhecidos em âmbito interno.

É importante destacar duas notas finais a este item. Primeira, o direito fundamental dos menores de 18 anos à não persecução penal estatal atende a todas as características de fundamentalidade propostas por David Araújo e Nunes Júnior (2006), além de outros constitucionalistas, sendo, portanto, inegável sua condição de direito fundamental, mesmo fora do catálogo do Título II. Segunda, se o Supremo Tribunal Federal reconhece o caráter primordial de conteúdos limitativos ao poder tributário do Estado, com a clara intenção de proteger o patrimônio dos cidadãos, como não reconhecer como fundamental uma cláusula que protege a liberdade e a dignidade dos menores de 18 anos? Da mesma forma, se é reconhecido o caráter fundamental dos direitos sociais – especificados fora do catálogo do Título II –, cuja intangibilidade é garantida pela cláusula de proibição do retrocesso social, implícita ao texto de uma Constituição Democrática de Direito, como não reconhecer a condição fundamental de uma cláusula de proteção da liberdade individual? O argumento topográfico realmente é bastante frágil.

4.1 SOBRE A FINALIDADE E ALCANCE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução a apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

Ramos Tavares (2012), sobre esse aspecto, alerta para a necessidade de atentar à circunstância de que a imutabilidade dessas cláusulas apresenta as seguintes características essenciais: primeiro, ela se refere a qualquer norma constitucional que contenha (veicule) alguma dessas matérias; segundo, impede que a reforma seja tendente a abolir, não impedindo o alargamento ou reforço dessas matérias, especialmente os direitos fundamentais.

Seguindo questionamento genérico colocado por Ramos Tavares (2012) acerca da abrangência da expressão “direitos individuais”, é importante que se especifique esse quesito, interrogando se a maioria penal

estipulada, na atualidade, somente para os indivíduos com 18 anos ou mais seria um direito individual de todos os menores de 18 anos a não serem perseguidos criminalmente pelo Estado.

Para Canotilho (1991), o verdadeiro problema levantado pelos **limites materiais** do poder de revisão repousa sobre a seguinte interrogação: será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? A resposta, para ele, tem de considerar a verdade evidente de que nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos, nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se já perdeu sua força normativa. Mas há também que se assegurar a possibilidade de as Constituições cumprirem sua tarefa, a qual não é compatível com a completa disponibilidade da Carta pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não se deve banalizar a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares de “dois terços”.

Em complementação ao seu raciocínio, prossegue o constitucionalista português dizendo que assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria Constituição), mas também, citando Hesse, de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão. A ideia de revisão, nesse sentido, não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas no texto constitucional. Dessa forma, os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto, ou seja, devem ser **limites textuais implícitos** (CANOTILHO, 1991).

É preciso agregar a essas reflexões de Canotilho (1991) a consideração acerca do que se entende por ordem constitucional histórico-concreta. Inúmeros autores referem-se à ordem constitucional como uma ordem/organização de Estado. Essa concepção vinculativa entre Constituição e

Estado é bastante reduzida do que vem a ser uma ordem constitucional histórico-concreta e, assim sendo, também limitada para servir de fundamento hermenêutico para uma interpretação do sentido conectado ao texto constitucional. Entende-se por ordem constitucional um território valorativo e normativo que abrange não somente um projeto positivado de Estado, mas também de sociedade e de direito. Nesse sentido, quando se fala em cláusulas pétreas, não se está referindo somente, como esboça Reale Júnior (BRASIL, COMISSÃO..., 1993) a cláusulas ligadas ao Estado Democrático, mas também a uma sociedade democrática e a um direito democrático. Assim, as cláusulas de intangibilidade não são apenas cláusulas organizativas do Estado, mas fundamentalmente da sociedade, cujo projeto civilizatório lançado a partir do texto constitucional constitui o verdadeiro fim constitucional, sendo o Estado, nesse quadro, apenas um meio de viabilização.

Nos projetos modernos de sociedade constitucionalizados, não há como evitar reconhecer que, em contraponto a uma concepção social organicista própria da Idade Média, em que o homem era inserido numa ordem objetivamente dada, surge uma percepção antropocêntrica do mundo, deixando o homem de ser um simples e pouco relevante elemento do mundo natural e social para passar a ter uma função ativa na reformulação, e mesmo na construção, da realidade. O homem passa a ser o *dominus*, principalmente, do universo específico da sua própria realidade e do contexto inter-humano em que obrigatoriamente vive. Nesse contexto, as Constituições modernas trataram de atribuir fundamentalidade a determinadas posições jurídicas, que do ponto de vista individual e da comunidade não podem ser deixadas na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário. Esse é o caso da inimizabilidade penal dos menores de 18 anos, que, por pressão de circunstâncias políticas e eleitoreiras, tem sido objeto de propostas legislativas oportunistas sem qualquer base científica criminológica.

A ação do Legislativo nacional, ao aprovar a PEC nº 171/1993, constitui verdadeira atividade criminalizadora, ampliando ainda mais as possibilidades de intervenção do poder penal estatal no Brasil e, conseqüentemente, aumentando os destinatários do universo sancionador penal. Luisi (2003, p. 108) denuncia esse afã repressivo no Brasil ao proferir seu desacordo

com as proporções alarmantes da nomorreira penal no país, profetizando, ironicamente:

A continuar neste despropósito não estaremos longe do dia em que for condenada uma criança de 05 anos por assédio sexual por ter beijado uma criança da mesma idade, como ocorreu recentemente nos Estados Unidos, que, nesse episódio, escancararam o primitivismo de seu direito penal. E então não serão mais centenas e milhares de Mandados de Prisão como ocorre hoje, que estarão nas ruas, e sem efetiva possibilidade de serem cumpridos. O número será bem maior, atestando não só a falência total do sistema, mas impotência do Estado na luta contra o crime, ou seja, o caos.

4.2 SOBRE UMA TIPOLOGIA IDEAL DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DE DIREITOS E SUA APLICAÇÃO À CLÁUSULA CONTIDA NO ART. 228 DA CRFB/88

Uma importante questão que é preciso levantar com afetação direta em relação à constitucionalidade ou não da PEC nº 171/1993 diz respeito à atribuição de fundamentalidade ao conteúdo do art. 228 da CRFB/1988, constituindo, a partir dessa constatação, o que se poderia chamar um direito fundamental à não persecução penal, cujos titulares seriam os menores de 18 anos. Para o esclarecimento desse tema, um passo inevitável é a identificação dos critérios que determinam a fundamentalidade de um direito. Tendo em conta a tradição constitucionalista acerca dos direitos fundamentais, torna-se possível o estabelecimento de um tipo ideal de direito fundamental, com o qual se pode cotejar comparativamente o enunciado do art. 228 da Carta, a fim de identificar ou não sua concretude de fundamentalidade.

Para essa aproximação metódica tipológica, lança-se mão, inicialmente, da lição de Andrade (1987), para quem os direitos fundamentais possuem essa condição, em primeiro lugar, pela fundamentação de seu conteúdo no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, sustenta o professor português, é concretizado pelo reconhecimento e posituação dos direitos e garantias fundamentais. Flávia Piovesan (2003) reparte essa opinião ao tratar o

princípio da dignidade da pessoa humana como valor unificador de todos os direitos fundamentais, cumprindo ele também, no parecer de Farias (1996), uma função legitimatória do reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, da Carta Magna.

Um segundo critério, a compor a tipologia ideal da fundamentalidade de um direito, levantado por Andrade (1987, p. 84), diz respeito à existência do que ele denomina um “radical subjetivo”, na medida em que todos os direitos fundamentais diferenciam-se das demais categorias por outorgarem ao indivíduo (isoladamente ou na condição de integrante de uma coletividade) certas posições subjetivas. Essa subjetividade, segundo o autor, constitui característica essencial e preponderante da estrutura normativa de todos os direitos fundamentais.

Por fim, um terceiro e último critério diferenciador proposto por Andrade (1987) refere-se à condição de que todos os direitos fundamentais possuem função protetiva (ainda que de intensidade variável), uma vez que necessariamente objetivam assegurar e proteger certos bens individuais ou coletivos considerados essenciais.

Além dos critérios elencados, é relevante, para os fins a que se propõe este trabalho, elencar um quarto critério distintivo, ainda que supletivo e indiciário em relação aos demais, mas que, no conjunto, agrega muito na definição tipológica ideal da fundamentalidade de direitos. Aqui, a referência é dirigida à distinção que deve ser traçada entre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, vinculadas à regulamentação da posição do homem na sociedade e, principalmente, perante o Estado, e as normas da parte organizatória da Constituição, uma vez que, como bem alerta Sarlet (2005), citando Stern, não há como sustentar, ao menos a princípio, a existência de preceito de cunho tipicamente organizatório e que possa ser, ao mesmo tempo, autêntica norma definidora de direito ou garantia fundamental localizada fora do catálogo da Carta.

Aplicando esses critérios definitórios da tipologia ideal da fundamentalidade dos direitos ao conteúdo do art. 228 da CRFB/1988, é possível chegar, sem maiores esforços, à conclusão de que esse dispositivo

constitucional encerra um típico direito fundamental de natureza individual. Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, não cabe qualquer dúvida quanto à estreita relação que a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos guarda com o princípio da dignidade da pessoa humana. Proibir a intervenção estatal penal em relação a essa faixa da população, pelos mais variados motivos, é, definitivamente, uma prescrição voltada a preservar a dignidade dessas pessoas. Pensando em termos das condições precaríssimas do sistema penitenciário brasileiro, em que não somente é atingida a liberdade dos que a ele estão submetidos, mas em igual ou maior medida é também afetada a dignidade dos presos, vetar o sancionamento criminal de menores de 18 anos é uma medida normativa totalmente voltada à preservação da dignidade humana. Nesse sentido, a redução da maioridade penal pode ser analogamente comparada aos perversos processos de criminalização que assumem proporções alarmantes nos dias de hoje, pois amplia o universo de “clientes” do sistema penal. Aqui se utilizam, mais uma vez, as palavras de Luisi (2003, p. 109):

As criminalizações desnecessárias constituem, sem dúvida, uma das formas mais graves que atentam contra os direitos humanos. E não só importam na privação indevida da liberdade, como também porque a ingente massa de condenados decorrente dessa legislação patológica, e a carência de recursos, principalmente nas Nações periféricas, faz com que a execução das penas em primitivos presídios, se faça com total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Por segundo, quanto ao “radical subjetivo”, a inimputabilidade dos menores de 18 anos é, entre outras possibilidades, uma outorga de determinada posição subjetiva a essa parcela da população. A regra do art. 228 consagra um direito subjetivo ligado à pessoa dos menores de 18 anos e, nesse sentido, constitui uma potestade que pode ser invocada contra o Estado, negando-lhe qualquer possibilidade de ação punitiva. É uma condição fundamental vinculada à pessoa individual, considerada em seu âmbito atomizado e, portanto, hipossuficiente em relação à forma mais violenta de atuação do aparato estatal, o poder penal.

Dessa situação de hipossuficiência do indivíduo atomizado em relação ao Estado, decorre a necessidade da sua proteção, o que se dá por meio de direitos fundamentais. Assim, à inimputabilidade penal dos menores de 18 anos também é atribuída uma condição de fundamentalidade, uma vez que essa cláusula é eminentemente protetiva de uma parcela da população que no Brasil, dependendo da classe socioeconômica, é profundamente vulnerável e cooptável pelo fenômeno do crime.

Por fim, a cláusula do art. 228 insere-se no rol das disposições constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, e não no elenco das normas organizatórias, pois regulamenta não só uma posição dos menores de 18 anos na sociedade, mas, fundamentalmente, uma posição desses indivíduos perante o Estado. Em outras palavras, a inimputabilidade penal coloca os menores em uma posição de intangibilidade penal por parte do Estado, o que, mais uma vez, reforça seu caráter de fundamentalidade.

4.3 SOBRE AS CLÁUSULAS PÉTREAS DE NATUREZA PENAL E A INSERÇÃO DO ART. 228 DA CRFB/1988 NESSE ROL

Dentro do art. 5º da CRFB/1988, estão elencados alguns princípios setorizados de natureza criminal que têm a clara finalidade de limitar a atuação estatal penal, expressando a funcionalidade de direitos tipicamente individuais, com límpida inspiração iluminista, os quais impõem barreiras à intervenção estatal, exigindo que este se abstenha de realizar determinados tipos de ação. Com essa característica funcional, aparecem o princípio da legalidade, o da irretroatividade e todos os demais relativos às penas, como o da personalidade, o da individualização e o da humanização (art. 5º, incisos XXXIX a XLVII).

A pergunta que aqui se impõe é a seguinte: qual é a funcionalidade da cláusula do art. 228 da CRFB/1988 em relação à atuação do Estado? A resposta é só uma: a funcionalidade é de barreira, é negativa, é de abstenção; assim sendo, não resta dúvidas de que a cláusula que impõe a inimputabilidade é, em sua fundamentalidade, uma cláusula pétrea.

Se o conteúdo do atual art. 228 estivesse elencado num dos incisos do art. 5º, com os outros princípios constitucionais penais, a celeuma já teria silenciada há muito tempo, mas, como disposto no capítulo “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, questionam-se sua fundamentalidade e seu caráter pétreo. Entretanto, é necessário discutir a condição pétrea de outros dispositivos desse capítulo, como, por exemplo, os arts. 226 e 227. Poderiam ser esses dispositivos removidos do texto constitucional? Obviamente que não, pois encerram valores fundamentais à sociedade democrática que se pretende construir para o futuro.

A impossibilidade de revisão do art. 228 da CRFB/1988, por ser considerado uma cláusula pétrea, guarda uma conexão de sentido histórico com a concepção de direitos individuais como barreira, como negação ao Estado de possibilidade de ação. Assim como é vedada ao Estado a instituição de determinadas penas, também o é perseguir criminalmente determinadas pessoas. Esse é o sentido do art. 228 na totalidade do texto constitucional.

O que está implícito no texto constitucional é que são direitos fundamentais individuais – e, portanto, cláusulas pétreas – aqueles princípios genéricos e dispositivos específicos que limitam a atuação do Estado, especialmente em matéria penal, para evitar violações da esfera existencial atomizada dos indivíduos. As cláusulas pétreas de natureza individual têm fundamentalmente esse sentido.

Por outro lado, é preciso considerar que o texto do art. 228 (“São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”) possui uma parte imutável e outra flexível. É imutável a instituição da inimputabilidade aos menores de 18 anos, a qual não depende nem pode ser regulamentada por legislação infraconstitucional, diferentemente do que prevê o texto da CRFB/1988; é flexível a parte que se refere à legislação especial, como, por exemplo, o ECA, cuja modificação é tranquilamente possível, podendo ser nele inseridas diferentes cláusulas para normatizar situações consistentes na prática por menores de 18 anos de fatos definidos como crimes pela legislação penal, mas que, pelos termos da Lei nº 8.069/1990, são denominados atos infracionais, sem consequências sancionatórias criminais.

4.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO UM DIREITO À NÃO ELIMINAÇÃO DE POSIÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONAL

Essa questão das cláusulas pétreas penais como uma espécie de direito fundamental negativo dos menores de 18 anos, que impõe ao Estado abstenção de ações ou negação de possibilidades de ação no campo penal, fica ainda mais clara na perspectiva tipológica se levadas em consideração algumas lições de Alexy (2008), de sua clássica obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Na classificação que o autor faz dos direitos fundamentais como subjetivos, coloca a base de sua teoria analítica em uma tripla divisão de posições: “direitos” como (i) direito a algo; (ii) liberdades; (iii) competências. Aqui, interessa particularmente a posição que deve ser assumida pelos direitos como direito a algo.

Alexy (2008) divide os direitos como direito a algo em: a) direitos a ações negativas; b) direitos a ações positivas. Na subdivisão dos direitos como direitos a ações negativas, coloca o jusfilósofo alemão uma ramificação ainda mais específica, sistematizando-os como: (a.1) direitos ao não impedimento de ações; (a.2) direitos à não afetação de propriedades e situações; (a.3) direitos à não eliminação de posições jurídicas.

Aplicando à questão da inimputabilidade penal o raciocínio de Alexy (2008) acerca dos direitos fundamentais como direitos subjetivos à não eliminação de uma posição jurídica, tem-se como consequência que os menores de 18 anos, por sua posição constitucionalmente consolidada em relação à sociedade e, especialmente, com referência ao Estado – de modo mais específico, quanto ao poder penal –, pela norma do art. 228 da Carta Magna, têm um direito a uma posição de intangibilidade penal, a qual não pode ser removida pela ação dos legisladores, sejam eles ordinários ou constituintes reformadores.

A inimputabilidade necessita, para ser praticável na vida jurídica, de uma configuração jurídica que se leve a cabo mediante normas jurídicas que definam a instituição jurídica da inimputabilidade penal, entre as quais

se encontram normas sobre a fundamentação e a finalização da posição de inimputável, assim como normas que vinculam consequências jurídicas com essa posição. Assim, é possível eliminar tanto “posições jurídicas subjetivas concretas” quanto “direitos concretos à inimputabilidade”, que surgem porque se cumprem os pressupostos exigidos pelas normas instituidoras da (in) imputabilidade (por exemplo, elimina-se a posição concreta do inimputável quando o indivíduo atinge 18 anos).

Por outro lado, questões importantes surgem acerca da possibilidade de eliminação de posições abstratas em decorrência da eliminação de normas vinculadas à própria instituição jurídica da inimputabilidade. Entende-se, nesse sentido, ser possível a eliminação de posições jurídicas decorrentes de normas regulamentadoras da inimputabilidade, como, por exemplo, as que constam na Lei nº 8.069/1990 (ECA), com a finalidade de especificar medidas socioeducativas ou tempo de duração de determinadas medidas. Entretanto, a eliminação da “posição jurídica abstrata do inimputável” é algo um tanto quanto mais delicado. A garantia de direito constitucional aos menores de 18 anos à não persecução penal, ou seja, do direito fundamental à inimputabilidade, é subjetivada na medida em que existem direitos individuais à não eliminação dessa posição abstrata, que se refere à fundamentação, à finalização e às consequências jurídicas da posição de inimputável.

Em suma, a existência de uma posição jurídica constitucional de intangibilidade, materializada na inimputabilidade aos menores de 18 anos, significa que é válida uma norma correspondente; como corolário, o direito dos cidadãos menores de 18 anos frente ao Estado a que este, por meio dos legisladores, não elimine a posição jurídica dos inimputáveis é, portanto, um direito a que o Estado não derogue a norma do art. 228 da CRFB/1988.

De outra mão, quando se trata de normas como as que constituem a instituição jurídica da inimputabilidade penal aos menores de 18 anos, isso conduz a interessantes problemas, na visão de Alexy (2008), com respeito ao caráter positivo ou negativo das ações do Estado, às quais se refere o direito. Os menores de 18 anos têm o direito à não eliminação da norma do art. 228 da CRFB/1988 se têm o direito a que essa norma seja válida. Se esse estrato da população tem o direito a que a norma do art. 228 seja válida, então o

caráter positivo ou negativo de seu direito depende de a norma ser válida ou não. Se se toma em conta como ato do legislador não somente a sanção ou derrogação de uma norma, mas também o ato de manter em vigência uma norma, então ao direito à não eliminação, como direito a uma ação negativa, corresponde sempre um direito a manter em vigência a norma, que é um direito a uma ação positiva.

5 CONCLUSÃO

Como se procurou evidenciar ao longo deste trabalho, em uma Constituição, a principal finalidade das cláusulas de imutabilidade consiste em precaver um processo de “erosão constitucional”, de modo que a cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas também para inibir a mera tentativa de abolição do projeto básico.

O debate acerca da (im)possibilidade de redução da idade de maioridade penal no Brasil evidencia justamente esse papel: como salientado no introito deste texto, a realidade expansionista vivenciada pelo sistema penal em âmbito global encontra, no Brasil, dois importantes limites: a) a impossibilidade de perseguir criminalmente os menores de 18 anos; b) a limitação de cumprimento da pena privativa de liberdade no patamar máximo de 30 anos.

O primeiro desses dois limites ao *jus puniendi* estatal – ameaçado pela PEC nº 171/1993 – afigura-se, como se procurou demonstrar a partir da obra de Alexy (2008), como um direito dos cidadãos menores de 18 anos frente ao Estado a que este não elimine a posição jurídica dos inimputáveis, ou seja, que o Estado, por meio dos seus legisladores, não derogue a norma do art. 228 da CRFB/1988. Ocorre que o debate acerca do tema em âmbito legislativo no país parece estar orientado por uma óptica essencialmente populista/eleitoreira: o problema é mais de retórica política e aparência do que propriamente de efetividade prática, evidenciando um quadro no qual o direito penal assume um caráter de “arma política”.

Antes de um debate amadurecido e democrático, o tema tem sido alvo de discussão em sede de um discurso punitivo que leva em consideração

uma “opinião pública” que supervaloriza a intervenção da justiça penal como “panaceia universal” na resolução de problemas sociais. Em nenhum momento, foi considerada a opinião de investigadores científicos do direito penal e da criminologia – consubstanciada em importantes relatórios oficiais, a exemplo do Mapa do Encarceramento de 2015, várias vezes mencionado ao longo do texto.

Isso não significa que a experiência e as percepções cotidianas do povo não possam, eventualmente, condicionar a criação e a aplicação do direito – o que é absolutamente legítimo em um ambiente democrático. O fato é que essas experiências e percepções são atendidas pelo legislador sem levar em consideração a opinião de intermediários especializados, o que impede a interposição de uma reflexão que valore as complexas consequências a que toda decisão penal conduz – particularmente em relação a um tema tão importante quanto a possibilidade de criminalização dos já extremamente vulnerabilizados adolescentes brasileiros. Nesse sentido, o alargamento da intervenção punitiva acaba se transformando em um mecanismo de encobrimento e ocultação das contradições do sistema, visto que ela viabiliza a **personalização** dos problemas sociais (o aumento da criminalidade no Brasil deve-se à participação de adolescentes em crimes “sob o manto da inimputabilidade”), em detrimento de uma imputação política (no país, a doutrina da proteção integral ainda é uma espécie de “devaneio programático”).

Por outro lado, também se deve atentar para o fato de que a utilização do direito penal no sentido de infundir confiança na sociedade e/ou educá-la – ou seja, a utilização do direito penal com fins meramente publicitários ou de difusão de mensagens – implica a extensão do âmbito que deve ser coberto pela tutela penal. E confiar ao direito penal – um instrumento coercitivo de controle social – uma missão pedagógica faz parte de uma lógica autoritária e antidemocrática. Nesse marco, permitir a redução da idade de imputabilidade penal no Brasil, nos termos da PEC nº 171/1193, representa uma inadmissível abertura ao extravasamento do poder de polícia, a duras penas “encapsulado” no bojo do Estado Democrático de Direito delineado na CRFB/1988. Isso significa que o direito moderno e suas Constituições, no intento de conter a guerra e civilizar e submeter a regras institucionais os

conflitos políticos e sociais, estabelecem algumas barreiras ao poder de punir do Estado, como, por exemplo, o direito de algumas parcelas da população – menores de 18 anos - à não persecução penal.

Logo, quanto maior a capacidade de contenção do Estado de Polícia pelo Estado de Direito, mais próximo se estará do modelo ideal. No entanto, somente uma “aproximação” é possível, uma vez que o tipo ideal de Estado de Direito, ainda que indispensável como referência do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de Direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo.

Nessa constante busca pela aproximação ao modelo ideal de Estado de Direito, exsurge como principal função a ser desempenhada pelo direito penal a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis, uma vez que tal direito é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de Direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de Polícia. Portanto, o direito penal deve sempre caminhar rumo ao Estado de Direito ideal, visto que, ao deixar de fazê-lo, o Estado de Polícia avança, como se tem observado na realidade brasileira em relação ao tema da idade de imputabilidade penal. É evidente, nesse caso, que se está olvidando da função de contenção do Estado de Polícia, abrindo um espaço para o avanço do poder repressivo sobre uma população jovem que diariamente já sofre “as penas” que estar nessa condição em um país como o Brasil representa.

É com esse sentido que se precisa pensar que a cláusula de inimputabilidade enunciada no art. 228 da CRFB/88, ao ser considerada um direito fundamental e, portanto, intangível, constitui um verdadeiro e autêntico invólucro de restrição do poder penal do Estado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Charles Jean Inácio de. **Estudo crítico ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vital Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. **Proposta de emenda à constituição n. 171, de 1993**: altera a redação do art. 228 da Constituição federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostra-rintegra;jsessionid=BF7BD0E69FD4E236AD98113F4A0B2A3C.proposicoesWeb2?codteor=1315871&filename=Tramitacao-PEC+171/1993>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**: Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. **ECA. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2015.

_____. Proposta de Emenda à Constituição. **PEC 171/1993**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. Convenção americana sobre direitos humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 14 de novembro de 2014**: medidas provisórias a respeito do Brasil – assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

FARIAS, Edmilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: SAFe, 1996.

GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: SAFe, 2003.

MALLART, Fábio. **Cadeias dominadas**: a Fundação Casa, suas dinâmicas e a trajetória de jovens internos. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreria; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERI, Natasha Elbas. “**Tirando a cadeia dimenor**”: a experiência da internação e as narrativas de jovens em conflito com a lei no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Correspondência | Correspondence:

André Leonardo Copetti Santos
Rua do Comércio, 3000, Bairro Universitário, CEP 98.700-000. Ijuí, RS,
Brasil.
Fone: (55) 3333-5539.
Email: andre.co.petti@hotmail.com

Recebido: 03/09/2015.
Aprovado: 07/01/2016.

Nota referencial:

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. O direito fundamental dos menores de 18 anos à não persecução penal. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 11-46, jan./abr. 2016. Quadrimestral.