

A Vedação do Retrocesso em Matéria de Direitos Humanos e a Inconstitucionalidade da Redução da Maioridade Penal no Brasil

JOSÉ WILLIAM PEREIRA LUZ

Promotor de Justiça do Estado do Piauí.

SUMÁRIO: Introdução; 1 imputabilidade penal. Tratamento constitucional e legal; a) Imputabilidade penal. Natureza jurídica; b) A inimputabilidade penal. Previsão normativa; 2 Propostas de redução da maioridade penal. Clamor popular. Teoria da proteção integral e vedação de retrocesso em matéria de direitos humanos; a) Clamor popular e teoria da proteção integral; b) Vedação ao retrocesso em tema de direitos humanos.

A Constituição não pode ser emendada para reduzir-se a maioridade penal no Brasil por dois motivos: por contrariar cláusula pétrea e por contrariar princípio de direito internacional, que é o de vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Alguns temas permeiam a discussão entre o que seria “direita” e “esquerda” no Brasil moderno, entre eles as questões sobre aborto, criminalização da homofobia, liberação do porte de arma por parte da população civil e intervenção do Estado na economia. Mas o tema mais palpitante, sem sombra de dúvidas, é a redução da maioridade penal.

Sem entrar em aspectos políticos e ideológicos, que estão por trás dos debates sempre acalorados em relação ao tema, passaremos a tecer alguns comentários de ordem jurídica sobre a questão da redução da maioridade penal.

O tema voltou à discussão com grande latência depois da aprovação pela Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados de proposta de redução da maioridade penal, de 18 anos para 16 anos¹. A proposta, em projeto de emenda à Constituição, foi considerada constitucional por não ser o dispositivo do artigo art. 228 da CF, cláusula pétrea, e, portanto, imutável.

Em regra, o Parlamento brasileiro é movido por discussões de momento. Esse não é o caso da matéria em questão, já que há propostas em

1 Vide: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,ccj-aprova-pec-que-reduz-maioridade-penal-de-18-para-16-anos,1661469>>.

discussão há mais de 23 anos. Entretanto, apenas com o atual quadro da Câmara dos Deputados, de viés eminentemente conservador, é que o projeto passou pela Comissão de Constituição e Justiça, estando pronto para ser votado em Plenário. Levando-se em conta que, historicamente, a Câmara tem viés mais liberal e o Senado, viés mais conservador, fica evidente que a possível aprovação por parte dos deputados em dois turnos será confirmada pelo Senado, havendo, portanto, a mudança legislativa da Constituição.

O que cabe aos operadores de Direito é discutir se a mudança é ou não constitucional, pois nem sempre a mera mudança de texto da Carta Maior é capaz de mudar o espírito impregnado nela, de matriz de carta de direitos.

1 IMPUTABILIDADE PENAL. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL

A) IMPUTABILIDADE PENAL. NATUREZA JURÍDICA

Imputabilidade é a capacidade de atribuir culpa a alguém, e, no caso do direito penal, é atribuir a alguém capaz de sentir culpa fato tipificado como crime, ou, como define Delmanto, “imputabilidade é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento²”.

Para se definir o que é “ter capacidade de sentir culpa”, a teoria penalista definiu três critérios:

- a) sistema biológico ou etiológico: leva em conta a doença mental, isto é, o estado anormal do agente. Este sistema é de inspiração francesa e considera a inimputabilidade apenas do ponto de vista das causas biológicas. Dessa maneira, ele peca em não indagar se essa anomalia causou alguma perturbação que limitou a inteligência ou a vontade do agente, deixando impune aquele que, embora portador de doença mental, possua discernimento e capacidade de determinação;
- b) sistema psicológico: este sistema tem em conta apenas as condições psicológicas do agente à época do fato. Aqui, não há necessidade de demonstração de insanidade mental ou de distúrbio psíquico patológico. Trata-se de um critério pouco científico e de difícil averiguação; e

2 DELMANTO, Celso Delmanto et al. *Código Penal comentado*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- c) sistema biopsicológico: é um sistema híbrido, misto, uma combinação dos dois sistemas anteriores. Exige, de um lado, a presença de anomalias mentais e, de outro, a completa incapacidade de entendimento. Dessa forma, o agente só será considerado inimputável se em função de enfermidade ou retardamento mental era, no momento da ação, incapaz de entender o caráter criminoso do fato e de se comportar conforme essa compreensão.³

O Brasil adotou o terceiro sistema.

Exclui-se a imputabilidade, ou a “capacidade de sentir culpa”, em razão de doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado, conforme o art. 26 do Código Penal, em caso de menoridade (18 anos, nos termos do art. 228 da CF) e de embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º).

Em relação ao menor de dezoito anos, esse é presumido incapaz penalmente. Não se perquire se esse tem ou não capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso, pois a Lei Penal não lhe é aplicável. Por técnica jurídica, segundo a teoria finalista, adotada na reforma penal de 1984, o crime é fato típico, ilícito e culpável. O fato típico, por sua vez, é dividido em quatro partes: conduta, nexo de causalidade, resultado e tipicidade estrita. O crime, portanto, é como um quebra-cabeça. Faltando algum dos requisitos ou peças a serem juntados, não há punição. É isso o que ocorre em relação ao menor. Em relação a esse, fica excluída a conduta, seja dolosa ou culposa. Não pode, portanto, ser punido criminalmente.

O que levou a essa “ficção jurídica” foi uma opção de política criminal adotada pelo legislador constituinte de 1988. A tese dos que defendem a mutação constitucional e legal é a de que, sendo opção de política criminal, essa poderia ser modificada a qualquer tempo. Entretanto, esse é um erro de duas ordens: a uma, por haver a impossibilidade de exclusão de cláusula pétreia por reforma constitucional e, a duas, por ser vedado o retrocesso em matéria de direitos humanos, princípio reconhecido pelo direito internacional.

B) A INIMPUTABILIDADE PENAL. PREVISÃO NORMATIVA

A Constituição Federal, em seu art. 228, o Código Penal, no art. 27, e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 104, preveem que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos. Os artigos são de cla-

3 BATISTA ALMEIDA, Francieli. direito penal da loucura. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21476/direito-penal-da-loucura/2#ixzz3W67lhEOy>>.

reza indiscutível, deixando claro que o legislador adotou o critério de absoluta presunção de incapacidade de o menor entender o caráter ilícito do fato criminoso. Naturalmente essa foi uma decisão em sede de política criminal.

No entanto, a própria Constituição deixou claro que o menor de dezoito anos pode ser punido, ou melhor, reeducado, nos termos de legislação especial, nos termos do próprio art. 228. A lei especial em questão é o Estatuto da Criança e Adolescente, no qual há a previsão da prática de atos infracionais praticados por menores quando as condutas forem tipificadas como crime ou contravenção penal.

Frise-se que o ato infracional só pode ser praticado por adolescente, entendido como aquele que tem doze anos completos, sendo-lhe aplicável as medidas previstas no art. 112 do ECA, sendo a mais gravosa a internação do menor infrator por até três anos – limite fixado pelo art. 122, § 1º, daquele mesmo diploma legal.

Portanto, podemos sintetizar três idades e seus consectários legais, em relação à prática de atos previstos como tipos penais: a) dezoito anos completos, a plena imputabilidade penal, ressaltando-se os casos previstos no art. 26 do Código Penal; b) entre doze anos completos até a data-limite de dezoito anos, o adolescente pratica ato infracional, aplicando-se as medidas previstas no art. 112 do ECA; e c) o menor de doze anos, no qual a criança pode até praticar atos infracionais, mas apenas lhe são aplicadas medidas protetivas, descritas no art. 101 do ECA.

Essa é a legislação aplicável ao menor de dezoito anos.

2 PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. CLAMOR POPULAR. TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E VEDAÇÃO DE RETOCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

A) CLAMOR POPULAR E TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O inconsciente coletivo, no Brasil, tem na lei uma espécie de panaceia, o “remédio para todos os males”. Para o cidadão comum, basta mudar a lei ou criar uma nova lei que o problema posto está resolvido. Isso criou uma poluição jurídica. Tem-se lei para tudo, deixando pouca margem de atuação por parte dos operadores do Direito. Parafraseando uma citação clássica: o Brasil tem um sistema legal quase perfeito. Falta só uma lei, a que diga que todas as outras devem ser cumpridas. Em suma, mudar a lei ou a Constituição muda o sistema legal, mas não muda o País.

O maior problema na seara jurídica são as leis feitas às pressas, muitas vezes para aplacar o clamor social, ressentido com algum acontecimento atual, que ainda “queima”. Diversas leis atécnicas foram elaboradas dessa forma, criando mais problemas do que soluções.

O legislador é eleito e busca dar respostas ao seu eleitorado elaborando leis, principalmente leis populares. Move-se, na maioria das vezes, não por técnica legislativa, mas pelo clamor popular. “Faço a lei, o operador que se vire em aplicá-la”, é o lema que tem movido o Poder Legislativo no Brasil. E, sem dúvida nenhuma, o tema “Redução da maioria penal” é o tema que mais se adequa ao *clamor popular*.

Pesquisa do Ibope demonstra que 83% dos brasileiros são a favor da redução da maioria penal no Brasil⁴. O legislador, eleito pelos seus pares, naturalmente é movido pela opinião pública, e tenta aplicá-la com a lei, de preferência lei dura, repressiva. *Sed lex dura lex*. O porquê de o brasileiro adotar essa posição cabe mais à sociologia do que ao Direito. Mas podemos sintetizar tudo no fracasso da teoria da proteção integral ao menor, adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

As duas doutrinas em relação ao menor no Brasil são a teoria do menor infrator, adotada antes do ECA, na qual o menor só é objeto de preocupação jurídica quando pratica ato infracional, e a teoria da proteção integral, adotada pelo ECA, que vê o menor como sujeito de direitos, devendo ser protegido antes de praticar ou ser vítima de crimes.

O que estamos vendo, pelo clamor popular, é uma volta ao passado, com a readoção da teoria do menor infrator. O adolescente deixa de ser sujeito de direitos, passando a ser visto como o “inimigo”, característica comum das modernas teorias repressivas da lei e ordem (direito penal do inimigo, teoria da vidraças quebradas, tolerância zero, etc.).

Decorre dos dispositivos constitucionais aplicáveis a crianças e adolescentes a teoria da proteção integral, que protege a própria dignidade daquele que ainda não tem a capacidade de se autodeterminar. Para Vilas-Bôas⁵:

Quando se trata das crianças e dos adolescentes, o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira, que denominamos de situação irregular, na qual a criança e o adolescente só eram percebidos

4 Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>>.

5 VILAS-BÔAS, Renata Malta. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>.

quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase, denominada de doutrina da proteção integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988, em que encontramos, no art. 227, o entendimento da absoluta prioridade. Assim, rompemos com a doutrina da situação irregular existente até então para abarcarmos a doutrina da proteção integral consubstanciada em nossa Carta Magna.

A autora informa também que o Brasil está atrasado em relação a esse tema, já que,

em âmbito internacional, não era uma novidade, ao contrário, já estávamos atrasados várias décadas. A Declaração dos Direitos das Crianças foi publicada em 20 de novembro de 1959 pela ONU. E no cenário internacional, essa Declaração acabou originando a doutrina da proteção integral, que somente entrou em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o clamor popular, ouvido pela Câmara dos Deputados na proposta de emenda à Constituição Federal, tende a jogar o Brasil de volta a 1959, antes do direito internacional reconhecer o adolescente e a criança como sujeitos de direitos.

B) VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM TEMA DE DIREITOS HUMANOS

O direito internacional tem como uma de suas balizas a proteção aos direitos humanos, que, para a maioria dos autores, decorre do jusnaturalismo, ou seja, são direitos inerentes ao ser humano pelo simples fato de terem nascido com vida. A ONU foi instituída com o princípio básico de proteger os direitos da pessoa humana, e todos os órgãos internacionais têm nesse princípio a sua razão de ser.

Os direitos humanos vão se consolidando, depois de lutas e pequenas conquistas em cada entidade, país ou civilização. Para se citar um exemplo, a União Europeia, proíbe que seus membros adotem a pena de morte, abolida em todo o Continente, pelo menos nos países signatários da União. A vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos impede que algum país europeu passe a adotar a pena de morte, sob a pena de ser excluído da União Europeia.

O preclaro Ministro Celso de Melo já tratou sobre esse tema⁶:

6 Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>.

Registre-se que a vedação ao retrocesso impõe ao Estado o impedimento de abolir, restringir ou inviabilizar sua concretização por inércia ou omissão, conforme tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal: “A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao Texto Constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados” (ARE-639337, Rel. Min. Celso de Mello).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que “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”.

A vedação de retrocesso em matéria de direitos humanos é um dos princípios internacionais adotados pela Constituição Federal do Brasil, decorrendo do art. 4º, II, sendo um dos princípios que regem as suas relações internacionais.

A ONU reconhece os direitos da criança e do adolescente como direitos humanos, elaborando a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1959, adotada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/1990, prevendo, em seu art. 19, que⁷:

1. Os Estados-partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

7 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus-tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

A Convenção considera criança “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”, nos termos de seu art. 1º.

Portanto, a Convenção proíbe todas as formas de violência física ou mental. O Brasil, como signatário desse dispositivo internacional, não pode simplesmente desconsiderá-lo, já que não há possibilidade de um país voltar atrás em matéria de direitos humanos.

Podemos sintetizar a questão da seguinte forma: a) prender crianças e adolescentes é submetê-las à violência tanto física quanto mental, o que não é possível nos direitos nacional e internacional adotados pelo Brasil; b) como o País é signatário dessa Convenção e adota os princípios do direito internacional, especialmente a vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos, não pode, de uma hora para outra, usar de violência estatal contra suas crianças e adolescentes.

Antes que alguém alegue que o País é soberano, lembremos que, após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de soberania foi relativizado. O País integrado na ordem internacional deve se reger pelos princípios civilizatórios, mormente se foi o próprio País quem voluntariamente adotou a Convenção.