

# Reduzir a idade penal é constitucional?

*Lower the minimum age of criminal responsibility is constitutional?*

Carolina Naciff\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A Constituição e os seus limites materiais. 2.1. Para que limites materiais? 2.2. O conteúdo essencial e o limite ao poder de reforma. 3. A idade como marco de responsabilização: normas internacionais e direito comparado. 3.1. O Direito Internacional e a idade penal. 3.2. Uma breve análise de direito comparado. 3.2.1. A responsabilização norte-americana. 3.2.2. Portugal. 3.2.3. Espanha. 4. A idade penal com *status* constitucional – a experiência brasileira. 4.1. A Constituinte e a idade de imputabilidade penal. 4.2. A controvérsia na doutrina nacional. 4.3. A “Constituição *prima facie*” e a imputabilidade penal. 5. Conclusão: idade de responsabilidade penal – é possível debater? Referências bibliográficas.

## Resumo

O presente trabalho busca avaliar como a idade de imputabilidade penal no Brasil se insere em um debate acerca dos limites materiais de reforma da Constituição, verificando se há possibilidade de alteração ou se trata de direito fundamental absolutamente intangível pelo constituinte derivado. Para tanto, serão definidos preliminarmente conceitos operativos relativos às funções dos limites materiais e do conteúdo essencial. A seguir, buscar-se-á observar como são definidas as idades de responsabilização em outros Estados de Direito para então avaliar em que termos a doutrina brasileira debate a questão. Ao final, adotando uma concepção de Constituição *prima facie*, será verificado se é verdade que a redução da idade penal é imutável no sistema constitucional brasileiro.

## Abstract

*The present paper will analyse how the age of criminal responsibility is a constitutional issue since it is understood for some scholars as a limit of amendment power in brazilian Constitution. The question is if it is possible to change or if it is an absolute*

---

\* Especialista em Processo Civil pela PUC-RJ. Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*unchangeable fundamental right. First, operative concepts about limits of amendments and essential content will be defined. Then, we will try to figure how other States deal with the criminal responsibility and following identify the scholar expressions about this right in Brazil. Finally, assuming a prima facie Constitution option, it will be discussed whether the age of criminal responsibility is or not changeable in Brazilian system.*

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Limites materiais. Imputabilidade penal. Redução da idade. Possibilidade.

**Keywords:** *Fundamental rights. Limit of amendment. Criminal responsibility. Reduction in age. Possibility.*

## 1. Introdução

“Se articula que é cláusula pétrea. De início não penso assim, mas estou aberto à reflexão.” (Marco Aurélio Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal)<sup>1</sup>

“A questão da maioria penal como cláusula pétrea. No meu entender, a maioria penal não é uma cláusula pétrea. No meu entender. Eu acho que... Enfim, não tenho uma posição definitiva a respeito.” (Teori Zavascki, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal)<sup>2</sup>

“Com relação à redução da maioria, eu tenho uma posição conhecida desde 2005. Aqui no Brasil, algumas legislações ficam imutáveis.” (Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal)<sup>3</sup>

As declarações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro são a demonstração de que conflituosa juridicamente é a questão da possibilidade de alteração constitucional do limite etário de responsabilização criminal.

A previsão da idade penal mínima a partir da qual é admissível a imputação se encontra atualmente prevista *no texto da Constituição Federal do Brasil*, o que torna o debate constitucional, de fato, desafiador<sup>4</sup>.

Acirrados debates vêm sendo travados há muitos anos quanto à redução da maioria penal. Poder-se-ia dizer que os argumentos de parte a parte – os a

<sup>1</sup> <https://o-globo.vlex.com.br/vid/maioridade-penal-nao-clausula-563198258>. Consulta realizada em 12.12.2017.

<sup>2</sup> Manifestação na sua sabatina perante a Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal. Diário do Senado Federal de 17 de novembro de 2012, p. 197. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=13638&paginaPesquisa=161&parametroPesquisa=%22SABATINA%20TEORI%22#>. Consulta realizada em 13.12.2017.

<sup>3</sup> Manifestação na sua sabatina perante a Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal. Diário do Senado Federal de 04 de abril de 2017, p. 200. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=20921&paginaPesquisa=108&parametroPesquisa=%22SABATINA%20ALEXANDRE%20MORAES%22#>. Consulta realizada em 13.12.2017.

<sup>4</sup> Ante a especificidade, vale a transcrição expressa do dispositivo constitucional: “Art. 228. São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

favor e os contra a redução – são de naturezas variadas, envolvendo desde questões sociológicas e psicológicas e desafios da neurociência até políticas públicas de saúde, educação, assistência social e segurança.

Costuma também ser uma discussão apaixonada. Aqueles diretamente envolvidos nas causas relacionadas às questões infanto-juvenis constituem em regra grupos bem organizados e articulados, defensores de uma política global de aumento da idade penal. Também os partidários da responsabilização antecipada defendem de forma convicta o seu ponto de vista, socorrendo-se com frequência de casos rumorosos em que jovens infratores demonstram extrema brutalidade e aparentam ter plena consciência do mal que causam.

No âmbito do presente estudo, pretende-se apenas avaliar um dos aspectos deste debate, que é a existência, ou não, de um *direito fundamental* à inimizabilidade antes dos 18 anos como garantia protegida por *limite material de reforma* previsto na Constituição, impedindo assim qualquer emenda que vise a sua alteração.

Delimitado desta forma o problema, não há aqui a pretensão de definir a melhor alternativa em termos de *opção política* para redução da criminalidade no país nem mesmo apresentar razões que justifiquem a manutenção ou a diminuição da idade penal. Para este propósito, seria necessário escrever um tratado, que ainda assim seria insuficiente para analisar de forma circunstanciada todas as angularidades do problema.

Frequentemente, a identificação do dispositivo como protegido por limite material é usada como um argumento de “*knock down*”, cujo objetivo é impedir a tramitação de proposta de alteração constitucional, sustentando que se trata de cláusula imutável, garantia a direito fundamental não disponível ao constituinte derivado.

Buscando dar forma ao debate constitucional, o trabalho fará uma delimitação prévia acerca da natureza dos limites materiais expressamente incorporados em textos constitucionais, primordialmente quanto à sua justificativa e à legitimidade de vinculação das gerações futuras por parte do constituinte originário. Também será necessário identificar, em alguma medida, qual é a extensão desta proteção pelas cláusulas de eternidade, fazendo uma breve reflexão acerca do conteúdo essencial enquanto conceito operativo para esta limitação. Estas notas iniciais serão os pressupostos teóricos que permitirão a melhor definição do que realmente está em debate.

A seguir, serão analisadas as principais normas internacionais que tratam da idade de responsabilização penal. Como é tema sensível, os organismos internacionais de Direitos Humanos e as organizações não governamentais de proteção à infância assumem papéis de observadores importantes, acompanhando em escala mundial as idades de imputação penal, idades de responsabilização infanto-juvenil e as respectivas leis. Além disso, duas convenções internacionais relacionam-se diretamente ao tema e serão brevemente pontuadas.

<sup>5</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. A expressão é usada pelo autor para referir-se ao princípio da dignidade humana, que seria manejado em várias ocasiões como forma de dar fim ao debate acerca de determinada questão.

O direito comparado será também um instrumento importante de avaliação de outras experiências para lidar com os embates decorrentes da definição da imputabilidade. A peculiaridade de conferir *status* constitucional a esta questão é sintomática quando se verifica, por exemplo, que apenas no México ela se repete como garantia contida na Constituição. Em outros países, a formatação de tal responsabilidade se dá, em geral, no próprio Código Penal e em idades e de formas diferentes.

O exemplo dos Estados Unidos é rico em discussões constitucionais, em especial quanto à aplicação de determinadas sanções gravíssimas a jovens de tenra idade. A experiência de Portugal, por seu turno, revela uma terceira via, com um regime penal diferenciado para jovens entre 16 e 21 anos, ainda que com o reconhecimento da responsabilidade criminal integral a partir dos 16 anos.

Formado este arcabouço teórico e prático, será analisada especificamente a situação brasileira, desde a inclusão do dispositivo no texto constitucional até os anos de propostas de emendas constitucionais para reduzir a idade penal, passando pela interpretação doutrinária acerca da sua identificação, ou não, como norma que assegura direito fundamental absolutamente intangível pelo constituinte derivado.

Ao final, cumpridas as etapas desta investigação, será possível concluir que a Constituição não proíbe a mudança, protegendo apenas um conteúdo essencial do direito, e uma redução proporcional da idade de responsabilização não está vedada. Restará, ainda, pensar se esta é a melhor alternativa de política criminal, mas esta reflexão ficará aqui apenas indicada.

O que este estudo se propõe é evidenciar que o debate é possível e deve ser feito no âmbito que lhe cabe: no Congresso Nacional, pois compete aos representantes legitimamente eleitos pelo povo decidir entre distintas opções em questão de natureza tão difícil como esta.

Busca-se afirmar que não é a Constituição que veda peremptoriamente a mudança e que essa discussão, portanto, cabe a todos e não aos juristas.

## 2. A Constituição e os seus limites materiais

### 2.1. Para que limites materiais?

“Os limites expressos de revisão não evitam qualquer revolução, mas uma ‘revolução legal’”.<sup>6</sup>

Para que limites materiais? Segundo o entendimento doutrinário majoritário, alguns aspectos de proteção da própria Constituição justificam o estabelecimento de cláusulas definidoras dos limites de reforma, que alguns consideram, inclusive, limites implícitos, que independem de expressa previsão.

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da dupla revisão na Constituição portuguesa*. Coimbra: Edição da CODECO/Revista Fronteira (separata), 1978.

O avanço do constitucionalismo no século XX, com a formalização escrita de normas constitucionais que conferiram rigidez aos textos, se fez com a previsão expressa de matérias subtraídas à esfera de decisão dos poderes constituídos.

Reconhece-se em geral a necessidade das revisões, reformas e mutações para a adaptação dos textos constitucionais aos novos tempos, assim como se admite que a criação de cláusulas de eternidade seja uma exigência da manutenção da essência da Constituição, sem a qual ela acabaria por se transfigurar por completo<sup>7</sup>.

Lida-se, portanto, com uma constante tensão entre duração e temporalidade, entre democracia e limitação dos poderes, enfim, entre deixar que cada geração estabeleça seus próprios critérios de condução da ordem jurídica ou tomar alguns marcos definidores de um determinado regime constitucional que, se não impede a mudança, a torna mais difícil e exige que uma modificação completa se faça fora dos limites daquele compromisso constitucional. Uma alteração que pretenda atingir o núcleo identificador da Constituição só se faz com uma nova carta.

Sintetizando a relevância dos limites materiais, afirma Carlos Ayres Britto que “se não se conhece o Ordenamento Jurídico sem que se conheça a Constituição, também não se conhece a Constituição sem que se conheça o núcleo pétreo que a ela confere identidade material e formal”<sup>8</sup>.

Para mitigar esta constante tensão, tem-se admitido que os princípios fundamentais assegurados pelas *cláusulas pétreas* são aqueles que fundam mesmo o Estado Democrático de Direito. Os demais princípios definidos no texto constitucional são de hierarquia superior, inseridos que estão na lei fundamental, e são fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Gozam de estabilidade, só sendo modificados através de um *processo agravado de reforma constitucional*, mas não gozam da proteção em face do constituinte derivado, que tem poder de alteração.

<sup>7</sup> Sobre o tema vastíssimo e instigante dos limites materiais de revisão, tendo em vista a limitação deste trabalho, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da dupla revisão na Constituição portuguesa*. Coimbra: Edição da CODECO/Revista Fronteira (separata), 1978; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária*. In: *RFDUFMG*. (número especial comemorativo do centenário). Belo Horizonte, 1994; BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). *Perspectivas de Direito Público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte, 1995; MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 21; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª edição. Lisboa: Almedina, 2013. Vol. I; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. E-book; SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de Direitos Fundamentais diante das emendas constitucionais (partes 1, 2 e 3)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-06/direitos-fundamentais-protECAo-direitos-fundamentais-diante-emendas-constitucionais-parte>. Consulta realizada em 05.12.201; PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Reflexões sobre a Teoria das cláusulas pétreas*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31955-37391-1-PB.pdf>. Consulta realizada em 08.01.2018. Ver também, sobre a possibilidade de alteração das próprias cláusulas pétreas pelo exercício do poder constituinte pelo povo, PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição Viva*. Poder Constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

<sup>8</sup> BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). *Perspectivas de Direito Público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte, 1995, p.197 (itálicos nossos).

O grande desafio no tema dos limites materiais é a conjugação da necessidade de se proteger a opção do Constituinte originário e a essência daquele compromisso, mas lidar com as mudanças sociais ao longo do tempo, de forma que a Constituição possa ser duradoura, mas também compatível com as exigências do mundo em constante transformação em que vivemos, viabilizando um “*consenso intergeracional*”<sup>9</sup>.

Ao se falar de limites materiais, portanto, deve-se sempre retomar a este ponto primordial: apenas aquelas decisões sem as quais se descaracteriza a própria Constituição é que estão subtraídas ao poder de reforma, sob o risco de engessar o texto de tal maneira que ele já não seria capaz de atender aos anseios da geração imediatamente posterior. Este é o risco do próprio sucesso na evolução da interpretação da Constituição como norma, e não apenas como uma carta de intenções, e das consequências jurídicas advindas desta concepção.

Portanto, para compatibilizar a normatividade da Constituição, as opções mais fundamentais do compromisso constitucional originário e o respeito por cada geração de decidir acerca de seus próprios rumos é que se pode afirmar que quanto aos limites materiais, “o sentido fundamental revela-se, contudo, o mesmo: *garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios – porque é de princípios que se trata, não de preceitos avulsos*”<sup>10</sup>.

## 2.2. O conteúdo essencial e o limite ao poder de reforma

“Todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”<sup>11</sup>.

A limitação do Estado abusivo e violador da autonomia dos homens foi a razão histórica da definição dos direitos fundamentais como tal e a sua crescente inclusão em normas constitucionais.

Essa consolidação visa exatamente a assegurar a dignidade humana contra as estruturas do poder estatal<sup>12</sup>. Trata-se de uma concepção que procura delimitar o exercício do poder, mesmo que exercido pela maioria democrática, de forma que fique resguardado o respeito pelo ser humano enquanto tal.

Esta mesma evolução levou à concepção de que os direitos fundamentais se inserem também nas tarefas da vida comunitária, que possuem uma dimensão objetiva e que não se realizam apenas na satisfação individual dos direitos de cada um. Ainda

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1436.

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 225 (grifos nossos). No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1069, afirma que: “Os limites materiais devem considerar-se como *garantias de determinados princípios*, independente de sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição” (grifos no original).

<sup>11</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, 2006, p. 47.

<sup>12</sup> Cfr. para uma reconstrução da evolução histórica dos direitos fundamentais ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2017.

se tutelam de forma especialmente reforçada os direitos individuais e em especial os de liberdade, mas outros fatores ganham relevância e proteção constitucional. Em geral, o confronto entre direitos individuais e interesses da comunidade são as fontes maiores de grandes questões constitucionais em todos os hemisférios<sup>13</sup>.

Quando os direitos fundamentais estão compreendidos entre os limites materiais de reforma, a divergência doutrinária é exatamente sobre o alcance da proteção conferida<sup>14</sup>, principalmente no que concerne à existência, ou não, de um núcleo essencial. Há relativo consenso na doutrina acerca da existência de tal núcleo, havendo discussão, no entanto, na forma de sua identificação<sup>15</sup>.

Para se chegar a este conteúdo essencial, há teorias que entendem que se trata de um núcleo duro, imutável, absoluto, alcançável pela via da interpretação constitucional ainda que com eventual utilização de ponderação como critério interpretativo e outras que consideram que a sua identificação só é possível através de um processo de ponderação de bens, interesses e valores em conflito, com a utilização da proporcionalidade como instrumento de harmonização<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Para uma reflexão interessante acerca de debates que colocam frente a frente proteção individual com interesse dos Estados em disciplinarem questões que são relevantes pelo valor intrínseco como o direito à vida, ver DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>14</sup> Por exemplo, nas palavras de SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. (Tratando-se de e-book, a numeração das páginas é mutável, de forma que remeto à parte do livro em que se encontra a citação, que é a 2ª parte, item 4.3.3.3. O problema dos limites materiais): “Entendemos que a necessária adaptabilidade da Constituição pode ser suficientemente assegurada por meio de uma *adequada exegese* do alcance das ‘cláusulas pétreas’, o que, por sua vez, nos reconduz ao problema de qual efetivamente a proteção outorgada aos princípios e direitos fundamentais por ela abrangidos” (grifos nossos).

<sup>15</sup> Neste sentido: “Nossa posição, que coincide com a do STF nesta questão, é de que *restrições são admissíveis às cláusulas pétreas*, desde que não afetem o seu núcleo essencial. O raciocínio vale também para os direitos fundamentais”. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.308 (grifos nossos). Complementam, ainda, em outra passagem, que “a tentativa de conjugar a ‘identidade da Constituição’ com uma postura relativamente deferente ao princípio democrático tem se resolvido, na jurisprudência da Corte, justamente por meio do recurso ao conceito de ‘núcleo essencial’. Essa moderação também é justificada pelo STF com base na preocupação de se evitar que o *excessivo enrijecimento da Constituição possa ampliar o risco de rupturas institucionais*” (p.302/303).

<sup>16</sup> Os critérios de definição do conteúdo essencial também são tema de significativo embate doutrinário, razão pela qual não poderá ser explorado no restrito âmbito deste trabalho. Para análise destas diferentes concepções acerca do conteúdo essencial – referindo-se ao legislador ordinário, não ao constituinte derivado, apesar da semelhança de argumentos – e buscando reconhecer um determinado conteúdo mínimo absoluto, ver: CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. Ver também sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, 2006, em sentido oposto, defendendo a existência de um conteúdo mínimo obtido apenas no caso concreto. No mesmo sentido, de forma mais desenvolvida, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2017. Para o que importa analisar no âmbito do presente trabalho, acredita-se que qualquer das duas posições chegaria ao mesmo resultado, identificando que uma dada redução de idade em dois anos na responsabilização criminal não atinge o conteúdo essencial da proteção conferida, quer se entenda que há um núcleo imutável quer se considere que o núcleo só será encontrado após a utilização de critérios de harmonização, especificamente após a conclusão do processo de ponderação.

O conteúdo essencial, além de delimitar as possibilidades de restrições legais, permite a definição daquilo que a Constituição protege no âmbito dos limites materiais<sup>17</sup>.

Desta forma, delimitar o núcleo essencial dos princípios protegidos pelas cláusulas de limites materiais pressupõe a compreensão de que elas se destinam a preservar a própria identidade constitucional. Restrições são admissíveis desde que não invadam o conteúdo essencial dos direitos, não sejam *tendentes a abolir* as garantias constitucionais e nem capazes de desfigurar a Constituição.

Estão especialmente protegidos os direitos fundamentais, que caracterizam a essência constitucional e, por isso mesmo, gozam de tutela reforçada, mas não de absoluta imutabilidade que impeça qualquer intervenção. E mais: “a harmonização entre os valores não é, portanto, alcançável em abstrato *a priori*, é um problema que tem que ser resolvido em concreto e de modo a respeitar, no máximo possível, todos os valores em jogo”<sup>18</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu expressamente a aplicabilidade do conteúdo essencial na esfera das cláusulas pétreas, afirmando que “as limitações materiais ao poder constituente de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, *não significam intangibilidade literal da respectiva disciplina* na Constituição originária, mas apenas a *proteção do núcleo essencial* dos princípios e institutos cuja proteção nela se insere”<sup>19</sup>.

Os limites materiais que protegem os direitos fundamentais exigem respeito a um conteúdo essencial sem o qual o direito deixa de existir e esta avaliação apenas se faz na análise de cada caso concreto, através de métodos de interpretação e de harmonização compatíveis com a estrutura constitucional e com a concepção da vigência de uma “Constituição *prima facie*”<sup>20</sup>. Esta será, portanto, a premissa da qual se parte.

<sup>17</sup> Sob este aspecto, vale transcrever a lição de Flavio Novelli: (...) uma conclusão desde logo parece impor-se nitidamente: a de que os limites do poder de emenda não são em absoluto transgredidos (e, portanto, que *uma emenda não viola a constituição*) *tão somente porque se dê às matérias postas ao abrigo daqueles limites uma diversa disciplina ou porque sejam elas até mesmo eventualmente restringidas em favor de determinado interesse constitucionalmente valioso*. Tais limites propriamente não se transgridem, senão quando a modificação ou a restrição trazida pela lei constitucional (emenda), por atingir o “cerne constitucional intangível” (PONTES DE MIRANDA), o chamado conteúdo essencial dos interesses, valores ou princípios por eles tutelados, comprometa – para repetir SCHMITT – a identidade e a continuidade da Constituição, ao ponto de desfigurá-la, de torná-la uma outra. NOVELLI, Flávio. Norma Constitucional Inconstitucional?. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46486/46691](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46486/46691). Consulta realizada em 12.01.2018, p.45/46 (grifos nossos).

<sup>18</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p.103.

<sup>19</sup> Mandado de Segurança 23.047/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1695077>. Consulta realizada em 15.01.2018. (Grifos nossos)

<sup>20</sup> CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.



### 3. A idade como marco de responsabilização: normas internacionais e direito comparado

#### 3.1. O Direito Internacional e a idade penal

Questões relacionadas aos direitos infanto-juvenis são de tal forma relevantes que a Convenção sobre os Direitos da Criança é a que conta com mais ampla adesão entre todos os tratados internacionais de Direitos Humanos<sup>21</sup>.

Tal Convenção define, em seu art. 1º, que “*nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*”. O art. 40.3 do mesmo diploma prevê que “os Estados Partes procuram promover o estabelecimento de leis, processos, autoridades e instituições especificamente adequadas a crianças suspeitas, acusadas ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal e, nomeadamente: a) O estabelecimento de uma *idade mínima abaixo da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal*”.

Desde 1985, as Nações Unidas já definiam as regras mínimas para a administração da justiça de menores, tradicionalmente conhecidas como “Regras de Pequim”<sup>22</sup>, dispondo a regra 4: “*Idade da responsabilidade penal 4.1. Nos sistemas jurídicos que reconhecem a noção de responsabilidade penal em relação aos menores, esta não deve ser fixada a um nível demasiado baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual*”.

Os referidos atos internacionais evidenciam o *relativo desacordo* existente na delimitação da idade de responsabilização – que se refere aqui tanto à responsabilidade criminal quanto no âmbito da justiça infanto-juvenil – restando apenas preestabelecida a *necessidade de fixação de uma idade mínima de responsabilização que não seja demasiado baixa*, admitindo-se aos Estados-membros a definição de tal idade de acordo com a sua realidade.

Para McARA<sup>23</sup>, as convenções internacionais sobre o tema trazem conceitos vagos e com frequência conflitantes, que acabam por misturar noções de responsabilização com as de proteção.

O que resta claro de ambos os instrumentos internacionais é que, se não é possível o consenso quanto à definição de idades de responsabilização, parece haver um mínimo de acordo quanto à necessidade de assegurar mecanismos de proteção e participação efetiva dos jovens nos procedimentos que apuram as suas respectivas responsabilidades por violação a normas penais.

<sup>21</sup> Informação constante de PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. A Convenção foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989. Disponível em: [https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf). Consulta em 26.07.2018.

<sup>22</sup> Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>. Consulta realizada em 02.01.2018.

<sup>23</sup> MCARA, Lesley. Youth Justice. In: LIEBLING, Alison; MARUNA, Shadd; e MCARA, Lesley (Editores). *The Oxford Handbook of Criminology*. United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

Também é possível reconhecer algum consenso quanto à inaplicabilidade de penas perpétuas sem possibilidade real de saída bem como penas de morte. Segundo julgado da Suprema Corte Americana, apenas os Estados Unidos em todo o mundo admitem (ou admitiam, até a nova interpretação dada pela Corte) a aplicação de prisão perpétua sem possibilidade de livramento a jovens menores de 18 anos por crimes que não fossem homicídio. Neste sentido, a decisão destaca o fato de que apenas os americanos e a Somália não ratificaram a Convenção sobre os Direitos Humanos das Nações Unidas, a indicar que, pelo menos quanto a alguns aspectos relevantes, há sim um consenso mundial<sup>24</sup>.

No documento “*Age is arbitrary: setting minimum ages*”, a *Child Rights International Network - CRIN*, apesar de afirmar-se que em muitas esferas de proteção infanto-juvenis, critérios etários não são satisfatórios, porque desconsideram peculiaridades específicas de realidades e desenvolvimentos diferentes, entende-se ser essencial a delimitação de uma idade mínima no âmbito da responsabilidade criminal<sup>25</sup>.

Para o âmbito deste trabalho, a idade de responsabilidade penal refere-se àquela que permite o julgamento da pessoa como adulto. Mas, na análise do direito comparado, é sempre importante observar atentamente tal critério, porque, com alguma frequência, os Estados estabelecem uma fixação etária da responsabilidade juvenil abstratamente, mas admitem a aplicação de sanções estritamente penais, ou a submissão de adolescentes à justiça penal de adultos em determinadas hipóteses específicas, em critérios que não são puramente relativos à idade.

Portanto, nos instrumentos internacionais brevemente referenciados aqui, verifica-se que são consideradas crianças as pessoas com menos de 18 anos, salvo se a lei do seu país dispuser de forma diferente e que os Estados não devem admitir responsabilização criminal de crianças com idades muito baixas. Não há, no entanto, definição de *ius cogens* da idade em si, que é deixada a cargo dos Estados.

Se é fato que a internacionalização dos direitos humanos relativizou de certo modo a soberania estatal em relevantes aspectos, não parece haver aqui imposição no plano internacional, mas uma tentativa de pactuação quanto a garantias mínimas, estas sim impositivas sobre decisões soberanas dos Estados<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> *Graham v. Florida*, disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018. O julgamento será mais bem analisado nas páginas a seguir, mas ele traz algumas questões relevantes quanto às normas internacionais de proteção da infância que mereciam ser referenciadas neste tópico.

<sup>25</sup> Disponível em: <https://www.crin.org/en/home/what-we-do/policy/minimum-ages>. Consulta em 07.05.2018.

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. Para a autora, “o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea partilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – ‘do mínimo ético irredutível’” (p.13, itálicos nossos).

### 3.2. Uma breve análise de direito comparado

Antes de ingressar propriamente em outras experiências acerca da idade de responsabilização criminal, deve-se ressaltar que, nos debates em âmbito internacional, e mesmo na literatura especializada, verifica-se a grande dificuldade terminológica na comparação das formas de responsabilização de jovens infratores<sup>27</sup>.

Ao utilizar termos como “responsabilidade criminal” ou “menoridade penal”, pode-se estar a referir tanto à idade abaixo da qual nenhuma forma de responsabilidade é admitida ou à idade a partir da qual não há imputabilidade criminal equiparada a dos adultos, admitindo-se, contudo, uma responsabilização com medidas de natureza distinta da pena criminal<sup>28</sup>.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, o relatório “*Juvenile Justice and Human Rights in Americas*”, ao tratar da idade mínima de responsabilização criminal, refere-se àquela em que os jovens são responsáveis como adolescentes, e não como adultos. Afirma-se a fixação antes dos 12 anos é internacionalmente inaceitável, principalmente quando houver possibilidade de responsabilização como adulto. A faixa etária de responsabilidade criminal mencionada é, portanto, aquela definida para adolescentes, não a imputabilidade penal. Para a Comissão que elaborou o documento, essa idade mínima deve cada vez mais se aproximar dos 18 anos<sup>29</sup>.

Observada a necessária cautela na comparação das formas de responsabilização e na definição do que seja, ou não, imputabilidade ou maioridade, importa analisar algumas soluções encontradas pelos Estados para lidar com a incidência da lei penal àqueles considerados menores.

De forma geral, há uma tendência a definir um marco etário para tal responsabilização, ainda que com frequência este critério puramente biológico seja conjugado com a extensão da aplicação do regime penal àqueles que, pelas regras de idade, não estariam a ele submetidos. Muitos Estados admitem o afastamento do critério biológico com base em outros que evidenciem a capacidade de compreensão da ilicitude do praticante do ato ou, com mais frequência, com base em *critérios relativos à gravidade do delito*.

<sup>27</sup> Segundo António Carlos Duarte-Fonseca “como problema prévio na difícil tarefa de comparação dos vários sistemas, subsiste o problema da diversidade na determinação da idade até a qual se é menor, conceito jurídico cuja complexidade resulta da diferente tradução que frequentemente apresenta nos domínios penal, civil e político, ao nível de cada ordenamento nacional”. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.24.

<sup>28</sup> Essa distinção pode ser percebida, por exemplo, na legislação brasileira, que admite responsabilização por infração a leis penais para adolescentes entre os 12 e 18 anos, através da aplicação de medidas socioeducativas. Abaixo dos 12 anos, no entanto, nenhuma forma de responsabilização é permitida, mas apenas a aplicação de medidas de proteção, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

<sup>29</sup> Disponível em: [http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenileng/jjiii.eng.htm#\\_ftnref46](http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenileng/jjiii.eng.htm#_ftnref46). Consulta em 07.05.2018.

A título de exemplo, a Escócia adota um regime complexo quanto à aplicação de sanção criminal. Em geral a partir dos 16 anos, o Procurador pode decidir se envia o caso para a Justiça Criminal, o que pode ser antecipado para os 12 anos, dependendo da gravidade do crime<sup>30</sup>. No restante do Reino Unido, no entanto, o tratamento penal é diverso. Crianças entre 10 e 17 anos podem ser mandadas para instituições específicas, responsabilizadas na qualidade de menores, sendo integralmente imputáveis apenas a partir dos 18 anos<sup>31</sup>.

Bélgica, França, Holanda e Luxemburgo definiram a idade penal em 18 anos, admitindo a responsabilização de natureza criminal abaixo desta idade em certas hipóteses, com base em critérios não etários.

Na França, vigora uma presunção relativa de irresponsabilidade, mas a pena de prisão é cabível a partir dos 13 anos e, a partir dos 16, o regime é semelhante ao dos adultos (salvo pela competência do julgamento). Os Tribunais Franceses têm recorrido cada vez mais às sanções penais para os menores entre 13 e 16 anos, com aplicação de altas penas. Em síntese, a partir dos 13 anos, o Tribunal pode optar pela restrição de liberdade com natureza educativa ou de pena<sup>32</sup>.

Além do Brasil, foi possível identificar apenas o México<sup>33</sup> com definição da idade de inimputabilidade em seu texto constitucional. A Constituição mexicana promulgada em 1917 foi uma das primeiras a prever garantias sociais, antes mesmo da edição da Constituição de Weimar, sendo um marco no reconhecimento de direitos fundamentais.

No entanto, apenas em uma reforma constitucional em 2005 a idade de imputabilidade penal foi incluída no texto<sup>34</sup>, em que pese já haver, desde 1965, a exigência de instituições próprias para internamento de adolescentes. Esta reforma incluiu dois dispositivos à Constituição mexicana, definindo as idades mínima e máxima de responsabilização de jovens, bem como disciplinando as regras básicas da justiça juvenil e as garantias dos adolescentes acusados de atos que constituem crimes, vindo a sofrer novas reformas no ano de 2015<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Disponível em: <https://www.gov.uk/age-of-criminal-responsibility> Fonte: <http://www.mygov.scot/young-people-police/>. Consulta em 12.03.2018.

<sup>31</sup> Disponível em: <https://www.gov.uk/age-of-criminal-responsibility>. Consulta em 12.03.2018.

<sup>32</sup> DUARTE-FONSECA, Antônio Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

<sup>33</sup> Para um interessante *mapeamento* das idades de responsabilização pelo mundo, ver: <https://deprivation-liberty.crin.org/minimum-ages>. Consulta em 07.05.2018.

<sup>34</sup> Disponível em [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_165\\_12dic05\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_165_12dic05_ima.pdf). Consulta em 07.05.2018.

<sup>35</sup> A íntegra dos incisos na redação atual está assim redigida: *“La Federación y las entidades federativas establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.*

A inclusão do tema em sede constitucional é, portanto, situação peculiar, que mostra o quanto a questão assumiu relevância quando da elaboração da Constituição brasileira, a ponto de ser consagrada no texto quando na grande maioria dos Estados, esta é considerada uma questão de política criminal, a ser definida pelo legislador ordinário.

### 3.2.1. A responsabilização norte-americana

A sistemática norte-americana de responsabilização gera inúmeros debates jurídicos por admitir aplicação de sanções penais de natureza extremamente graves a jovens com pouca idade. Os Estados Unidos costumam ser constantemente questionados em âmbito internacional por estabelecerem em geral idades muito precoces de imputabilidade criminal.

Na legislação americana, são os Estados que definem o patamar da jurisdição juvenil e, em geral, a idade é de 18 anos, havendo previsões de submissão à justiça criminal aos 16 ou 17 anos. Segundo Snyder, "*all states have legislation that enables persons of juvenile age charged with a law violating behavior to be tried as an adult in their criminal justice system*"<sup>36</sup>.

Mesmo com a utilização preliminar do critério etário, há mecanismos legais que permitem que pessoas que ainda não atingiram a idade de imputabilidade sejam julgadas como se adultos fossem, tanto em tribunais criminais quanto com a aplicação de sanções criminais na jurisdição infanto-juvenil.

A decisão de transferência de jurisdição já seria uma forma de sentença, já que o juízo juvenil prioriza o melhor interesse do próprio adolescente, enquanto as cortes criminais preocupam-se com a gravidade da ofensa e com a consequente punição proporcional<sup>37</sup>.

São três as formas principais de transferência de jurisdição. A primeira é por decisão judicial, em que, após ouvir o jovem, o juiz pode entender serem insuficientes as medidas infanto-juvenis, em uma decisão relativamente discricionária<sup>38</sup>. A segunda refere-se à

(...)

*Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito".* Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_224\\_02jul15.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_224_02jul15.pdf). Consulta em 07.05.2018.

<sup>36</sup> SNYDER, Howard N. Juvenile Delinquents and Juvenile Justice clientele. Trends and patterns in crime and justice system response. In: FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

<sup>37</sup> Esta é a posição defendida por Barry C. Feld and Donna M. Bishop. Transfer of Juveniles to criminal Court. In: FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013, p.801.

<sup>38</sup> Um quadro relativo aos 45 Estados que admitem esta transferência indicam que a idade em que é admissível gira em torno dos 15/16 anos, havendo, no entanto, leis que admitem a transferência a partir dos 10 anos de idade. FELD, Barry C.; and BISHOP, Donna M. Transfer of Juveniles to criminal Court. In:

exclusão legal de que determinados crimes sejam processados nas cortes juvenis, como é em geral o homicídio, cuja disciplina varia entre os estados, mas em regra vigora para jovens a partir dos 15 ou 16 anos. Uma terceira modalidade de transferência, existente em 15 estados, prevê serem concorrentes as jurisdições, de forma que ao *Prosecutor* compete escolher em qual delas o jovem será processado. Em geral, são hipóteses de crimes extremamente graves e definidas para jovens a partir de 14 ou 16 anos<sup>39</sup>.

Um sistema de responsabilização com tal grau de liberdade e multiplicidade de soluções, por óbvio, suscita questões de constitucionalidade relacionadas à aplicação das sanções extremas que existem na legislação americana.

Em decisões relativamente recentes, a Suprema Corte Americana, analisando a possibilidade de aplicação de penas de prisão perpétua e de morte, parece ter avançado na interpretação de que, em que pese não serem tais penas, em abstrato, violadoras da oitava Emenda, que veda penas cruéis, elas passam a violá-la quando aplicadas a menores de 18 anos.

No caso da prisão perpétua, a Suprema Corte, ao analisar o caso *Gaham v. Florida*, discute muitos temas relacionados à responsabilização de menores de 18 anos<sup>40</sup>. Consta no acórdão que “*under Florida law, it is within a prosecutor’s discretion whether to charge 16 and 17-year-olds as adults or juveniles for most felony crimes. (...) Graham’s prosecutor elected to charge Graham as an adult*”. Tal afirmação vem corroborar o que acima foi exposto acerca da organização dos estados e as formas de transferência de jurisdição, inclusive quanto à relativa discricionariedade desta decisão.

A decisão menciona que apenas seis estados americanos não admitiam naquele momento prisão perpétua sem condicional para qualquer crime envolvendo menores de 18 anos. Sete admitiam este tipo de sanção apenas para jovens homicidas e 37 Estados e o Distrito de Columbia admitiam penas perpétuas sem possibilidade de livramento para jovens não homicidas em determinadas circunstâncias. A Lei Federal admitia a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade para ofensores a partir dos 13 anos de idade.

Segundo a Corte, “*under Florida law, a child of any age can be prosecuted as an adult for certain crimes and can be sentenced to life without parole*”.

Resta claro que, em que pese a definição de uma idade que varia nos Estados entre os 16 e os 18 anos, a admissão do julgamento de menores como adultos é considerada parte do sistema, não sendo em nenhum momento objeto de questionamento no julgado *Graham*.

FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013, p.807/808.

<sup>39</sup> Segundo Barry C. Feld and Donna M. Bishop. Transfer of Juveniles to criminal Court. In: FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013. Analistas estimam que *cerca de 250.000 jovens com menos de 18 anos são criminalmente processados anualmente* com base nas três modalidades de transferência explicitadas no texto.

<sup>40</sup> A íntegra da decisão e dos votos vencidos, cuja leitura é veementemente recomendada, encontra-se disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018. Os parágrafos seguintes neste trabalho seguem apenas analisando os aspectos mais relevantes do julgamento no que tange à relação com a idade penal.

A discussão centra-se exclusivamente na constitucionalidade da aplicação de pena de prisão sem possibilidade de condicional, independente da evolução comportamental e de maturidade do jovem ao longo dos anos de emprisonamento.

O fundamento da decisão no caso *Graham* é que pessoas até os 18 anos ainda estão em processo de formação e que têm uma culpabilidade em geral inferior à do adulto e que por isso a condenação perpétua sem possibilidade de livramento para jovens não homicidas nestes termos configura pena cruel. A Corte consigna, expressamente, no entanto, que isso não significa que eles não poderão permanecer presos pela vida, mas apenas que devem ter a *possibilidade concreta* prevista em sentença de conseguir sair da prisão<sup>41</sup>.

Mesmo representando uma enorme evolução interpretativa na Suprema Corte, a decisão não extingue a prisão perpétua aplicável a menores de 18 anos. Ela apenas estabelece que é inconstitucional, por cruel, a imposição de prisão perpétua para tal faixa etária, salvo nos casos de homicídio, sem que haja nenhuma possibilidade de livramento. Consta, ao final do julgamento, que o Estado não está obrigado a liberar os jovens desta forma punidos, mas apenas definir alguma forma factível para que possam ser libertados antes do termo final da prisão (no caso, antes da morte)<sup>42</sup>.

Alguns anos antes, em outubro de 2004, em uma decisão muito celebrada em âmbito mundial e decidida por margem de um único voto de diferença, a pena de morte para menores de 18 anos já havia sido considerada ofensiva à oitava emenda. Em *Roper v. Simmons*, a Suprema Corte entendeu que havia de ser reconhecida uma menor culpabilidade pelos seus atos, de forma que a pena capital não se justificaria<sup>43</sup>.

A Suprema Corte assentou, baseada em seus próprios precedentes, que:

*[t]his Court has established the propriety and affirmed the necessity of referring to the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society to determine which punishments are so disproportionate as to be cruel and unusual<sup>44</sup>.*

Ficou reconhecido que nos *standards* de decência da sociedade norte-americana após anos de evolução, a pena de morte não mais deveria ser aplicada a menores de 18 anos por ser cruel, alterando decisão da própria Suprema Corte que em 1989 afirmara que a execução de menores entre 16 e 18 anos não era ofensiva à

<sup>41</sup> Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018, p.24. Vale a transcrição exata do que ali consta: "The Eighth Amendment does not foreclose the possibility that persons convicted of nonhomicide crimes committed before adulthood will remain behind bars for life. It does forbid States from making the judgment at the outset that those offenders never will be fit to reenter Society" (p.24).

<sup>42</sup> Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018, p. 32.

<sup>43</sup> *Roper v. Simmons*, disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-633P.ZS>. Consulta em 05.04.2018.

<sup>44</sup> *Roper v. Simmons*, p.1.

Constituição<sup>45</sup>. Importante notar que o voto do Juiz Kennedy, que manifestou a opinião da Corte, destacou que os Estados Unidos eram, à época, o *único país no mundo em que se aplicava a pena de morte a menores de 18 anos*.

Em síntese, se é fato que a Suprema Corte evoluiu para uma interpretação um pouco mais restritiva quanto às penas aplicáveis aos menores de 18 anos, não é menos verdade que os Estados norte-americanos admitem muitas formas de responsabilização de menores mesmo abaixo dos 16 anos e que, em geral, há um poder com significativa margem de discricionariedade para decidir quanto à submissão a uma justiça infanto-juvenil ou à justiça criminal, mormente quando se trata de crimes de maior gravidade.

### 3.2.2. Portugal

Ao contrário dos Estados Unidos, Portugal optou pela adoção de um único critério válido para definir a imputabilidade, que é o etário.

Apontando uma tendência de os Estados fazerem coincidir as idades de responsabilidades penal e civil, Duarte-Fonseca<sup>46</sup> destaca duas exceções a ela: a Suíça, onde a imputabilidade penal se inicia aos 15 anos, e a legislação portuguesa, que passou a prever que a responsabilidade penal se dá aos 16 anos, nos termos do art. 19 do Código Penal, mantendo o Código Civil em 18 anos o início da capacidade civil, nos termos do art. 122.

A legislação portuguesa, em que pese adotar o critério etário exclusivo na definição da responsabilidade penal, entendendo a existência de diferentes graus de maturidade de acordo com a idade, prevê normas especiais para a aplicação de sanções a jovens entre 16 e 21 anos, conforme disposto no art. 9º do Código Penal<sup>47</sup>. Tratam-se de normas penais, de responsabilização criminal de adulto, mas mitigadas em razão apenas da juventude do imputado.

Para menores<sup>48</sup> entre os 12 e os 16 anos, aplicam-se as regras da lei tutelar educativa, que reconhece os jovens como sujeitos de direitos, garantindo-lhes o devido processo legal, mas conformando também um modelo de responsabilização, com uma série de medidas passíveis de serem aplicadas, entre as quais a admoestação, realização de tarefas em favor da comunidade, acompanhamento educativo e internamento.

Desta forma, poder-se-ia dizer que Portugal procurou adotar uma solução de consenso, fixando em 16 anos a plena responsabilidade, reconhecendo, no entanto,

<sup>45</sup> Referimo-nos aqui a *Stanford v. Kentucky*, que avaliou exatamente a mesma questão, chegando então àquela época a resultado diametralmente oposto, admitindo a pena capital para tal faixa etária.

<sup>46</sup> DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

<sup>47</sup> “Art. 9º – Disposições especiais para jovens – aos maiores de 16 e menores de 21 são aplicáveis normas fixadas em legislação especial”. Essa legislação especial aplicável é o Decreto-Lei 401/82.

<sup>48</sup> Em que pese o termo “menor” ser considerado atualmente pejorativo no Brasil, a Lei Tutelar Educativa (Lei nº 166, de 14 de setembro de 1999) expressamente a ele se refere, de forma que será adotado aqui como decorrência lógica do direito positivado em Portugal, onde o termo não guarda tal conotação.



que até os 21 anos ainda há um processo de amadurecimento e desenvolvimento da pessoa que faz com que o grau de reprovação da conduta seja mitigado no momento da aplicação da sanção.

A lei portuguesa estabelece dois regimes especiais em razão da idade, dos 16 aos 18 anos e dos 18 aos 21 anos. Ao juiz é facultada a redução da pena quando reconhecer reais vantagens para a reinserção social do condenado. A atenuação deve ser a regra, sendo que “a recusa da atenuação especial deverá ser devidamente fundamentada”<sup>49</sup>. Se o crime tiver pena inferior a dois anos, o juiz poderá optar por aplicar as medidas da lei tutelar educativa aos jovens entre 16 e 18 anos, tudo nos termos do Decreto Lei nº 401/82. Desta forma, para esta faixa etária, ainda que reconhecida a imputabilidade, “busca-se instituir um direito mais reeducador do que sancionador”<sup>50</sup>.

Para Figueiredo Dias, aos 16 anos, adquire-se imputabilidade plena no sistema penal português, apesar do regime penal diferenciado para os jovens adultos entre 16 e 21 anos. Ressalta que ao contrário do Código Penal anterior, em que vigia uma atenuação automática da pena para jovens adultos com base numa noção de imputabilidade diminuída, a disposição do Código atual é de uma censurabilidade reduzida a ser considerada no caso concreto<sup>51-52</sup>.

Neste sentido, deixar de aplicar a redução legalmente prevista exige do julgador uma fundamentação negativa que busque avaliar quais os fatores que, naquele caso em julgamento, impedem que a redução seja considerada em favor do acusado.

Apesar de este não ser mais um tema em franca discussão em terras portuguesas<sup>53</sup>, a idade de 16 anos não goza de unanimidade entre os doutrinadores.

<sup>49</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal, Parte Geral*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004, p.314. Volume II.

<sup>50</sup> GARCIA, M. Miguez; e RIO, J. M. Castela. *Código Penal – Parte Geral e Especial*. Coimbra: Almedina, 2014.

<sup>51</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.601.

<sup>52</sup> Neste sentido, por exemplo, Ac. do TRG de 03.04.2017 I) Está hoje perfeitamente adquirida na jurisprudência a ideia de que o poder de atenuar especialmente a pena aos jovens delinquentes é um verdadeiro poder-dever, isto é, perante a idade entre 16 e 21 anos do arguido, o tribunal não pode deixar de investigar se se verificam as sérias razões a que se refere o DL nº 401/82 de 23/09 e se tal acontecer não pode deixar de atenuar especialmente a pena. II) No caso dos autos, o arguido cometeu os crimes de violação agravado e coação, na forma tentada em contexto institucional e num período transitório da vida e sem aparentes manifestações de recidiva, inculcam no sentido de que a atenuação especial das penas irá facilitar o propósito da ressocialização. III) E mesmo algumas dificuldades que se pressentem pela fragilidade dos amparos sociais e familiares com que o arguido poderá contar – em face do quadro factual social, económico e familiar resultante dos autos – não deverão constituir-se em juízo desfavorável, pois só perante a criação de algumas condições possíveis no encaminhamento na direção dos valores se poderá testar o modo de reação e o desempenho futuro da personalidade do arguido. IV) Em suma, questionando-se a aplicação do regime penal para jovens adultos, o juízo deve ser positivo desde que não existam razões fortes para duvidar da possibilidade de reinserção. V) Os fatos, considerados no seu conjunto, fazem, ainda assim e apesar da sua gravidade, sobressair a prevalência das finalidades político-criminais que estão no fundamento do regime penal para jovens. VI) Deste modo, impõe-se concluir, *in casu*, pela aplicação do regime estabelecido do Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro, com a atenuação prevista no art. 4º, porquanto as condições e a idade do arguido fazem crer que da atenuação resultarão vantagens para a sua reinserção. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/5e1717856ec38bc380258106003529de?OpenDocument>. Consulta em 08.08.2018.

<sup>53</sup> As atas das sessões da Comissão revisora do Código Penal de 1968 revelam um pequeno debate quanto à pretensão de aumento da idade de imputabilidade para os 18 anos de idade, tendo, no entanto, seus

Analisando-o, Taipa de Carvalho afirma que “entendo, também, por razões de política criminal, que a idade de imputabilidade deveria ser a dos 14 anos”, afirmando que bastaria definir-se um regime especial de pena e de cumprimento. No entanto, reconhece o referido autor válida a opção legislativa de política criminal, ainda que não lhe pareça a mais adequada<sup>54</sup>.

Para Anabela Rodrigues, que fez parte da Comissão de Reforma do sistema educativo, foi a mobilização social em 1997, com debates dos diferentes atores que integram o sistema de Justiça de crianças e adolescentes e com a extrapolação do debate inclusive nos meios de comunicação, que acarretou a nomeação, em 31 de dezembro de 1997, da Comissão de Reforma sobre o processo tutelar educativo. Partia-se do pressuposto da imprescindibilidade de manutenção da idade de imputabilidade aos 16 anos, já que havia movimentos para a sua redução. Para a autora, o ideal é a elevação da idade para os 18 anos, afirmando que “se o futuro do modelo se mostrar eficaz, a consequência natural deverá se elevar o limite etário da imputabilidade para os 18 anos”<sup>55</sup>. O mesmo entendimento é partilhado por Duarte-Fonseca, para quem o aumento da idade penal aumentaria as potencialidades da lei tutelar educativa.<sup>56-57</sup>

Como não se trata de tema candente, verifica-se que os autores apresentam concepções próprias acerca da melhor idade de responsabilização, mas reconhecem como *legítima opção política* a idade atualmente fixada em lei aos 16 anos.

Maria Fernanda Palma, analisando a inimputabilidade sob o aspecto idade, afirma que há certa discricionariedade para que o sistema penal escolha o modelo de desenvolvimento da pessoa para definir responsabilidade<sup>58</sup>. Para a autora, é necessário conjugar neste aspecto uma verdade científica (análise quanto ao comportamento humano) e uma “verdade ética” que “só poderá ser atingida por um direito penal que ache a justa medida de articulação entre responsabilidade individual e colectiva”<sup>59</sup>.

A *terceira via* adotada em terra portuguesa demonstra que a fixação de um marco etário definido pelo legislador faz parte da margem de opção político-legislativa.

---

integrantes concordado unanimemente que a previsão de uma norma de atenuação para jovens entre 16 e 21 anos era suficiente para encerrar a questão. Na Comissão de trabalho para a revisão do Anteprojeto do Código Penal em 1989, já na abertura, Figueiredo Dias afirma que “os arts. 1º a 39 sã, em princípio, intocáveis, do ponto de vista substancial”, revelando assim que a redução ou o aumento da idade não foram sequer debatidos nos trabalhos.

<sup>54</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal*, Parte Geral. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004, p.311. Volume II.

<sup>55</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; e DUARTE-FONSECA, Antonio Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>56</sup> DUARTE-FONSECA, Antonio Carlos. Responsabilização de menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais. In: *Psicologia Forense*. Separata. Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>57</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; e DUARTE-FONSECA, Antonio Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>58</sup> Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra, 2009, p.103.

<sup>59</sup> PALMA, Maria Fernanda. Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra, 2009, p.104.

Em que pese haver divergência doutrinária acerca de qual é o melhor modelo de responsabilização, os doutrinadores entendem que há uma margem possível de decisão que se insere no âmbito do debate público. Assim, a idade de 16 anos estaria dentro desta margem, bem como as opções políticas de permitir a aplicação de sanções criminais reduzidas em razão da idade através de um regime especial de sanção para jovens entre 16 e 21 anos.

Importa ressaltar, no entanto, que o debate em Portugal jamais se produziu em termos de proteção constitucional, na medida em que a previsão da imputabilidade sempre foi reconhecida como competência do legislador ordinário. A dimensão comparada aqui, portanto, é ilustrativa do debate jurídico quanto à responsabilidade e quanto à possibilidade de marcos etários distintos daquele de 18 anos em Estados de Direito.

### 3.2.3. Espanha

Em brevíssima retrospectiva histórica, verifica-se que o Código Penal espanhol de 1918 introduziu importantes alterações na configuração da delimitação da responsabilidade criminal, que desde sempre conjugava critérios etários com análise de discernimento. A partir do referido Código, a idade penal foi fixada em 16 anos, sendo os jovens com idade inferior submetidos a uma jurisdição especial, apesar de ainda prever a possibilidade de responsabilização excepcional de jovens entre 9 e 16 anos caso comprovado o pleno discernimento.

O Código de 1932 consolidou de forma definitiva a imputabilidade aos 16 anos sem nenhuma análise acerca do discernimento, admitindo apenas uma redução de pena para os jovens entre 16 e 18 anos. Não houve significativas mudanças nos códigos subsequentes até que em 1995 a lei penal estabeleceu a imputabilidade em 18 anos<sup>60</sup>.

A Lei Espanhola sobre responsabilidade criminal de menores, portanto, aplica-se a jovens entre os 14 e os 18 anos, idade que marca o início da imputabilidade penal. Assim como Portugal, a Espanha pode ser considerada uma *terceira via* na questão da responsabilização de jovens, tendo, no entanto, optado por uma normatização inversa: fixou a idade de imputabilidade aos 18 anos, mas estabeleceu regras duras na disciplina da responsabilidade juvenil.

Já na exposição de motivos da Lei Orgânica nº 5/2000, é previsto que ela *“tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores”*<sup>61</sup>. Desta forma, conjuga princípios em parte penais, com natureza sancionatória, e em parte educativos, voltada ao melhor interesse do jovem<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> MONTERREAL, Ana Alemán. Reseña histórica sobre la minoría de edad penal. In: AFDUDC, 11, 2007, p. 27/44.

<sup>61</sup> Ley Orgánica 5/2000, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-641-consolidado.pdf>. Consulta em 24.04.2018.

<sup>62</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002. No mesmo sentido, FERNÁNDEZ-PACHECO, Gloria Alises. A importância da mediação no sistema de justiça juvenil espanhol: contributos para uma mudança. In: PITON, André Paulino; e CARNEIRO, Ana Teresa (Coords.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p.529.

Para jovens entre 16 e 18 anos, a lei prevê um *tratamento agravado* na aplicação das medidas para atos considerados graves pelo Código Penal ou pelas leis penais especiais. A medida de internação pode ser de 1 a seis anos, seguidas de mais três anos de liberdade vigiada (art. 10, *b* da Lei Orgânica nº 5/2000). Para delitos de homicídio, determinadas espécies de violência sexual e o envolvimento em terrorismo e outros em que a pena prevista seja superior a quinze anos, a medida será de internação em regime fechado de um a oito anos, seguida de um período de liberdade vigiada de até 5 anos.

Mais uma vez, como em Portugal, a questão comparativa refere-se tão somente à forma de organização da responsabilidade, já que, também na Espanha, a idade penal encontra-se definida apenas em normas infraconstitucionais.

#### 4. A idade penal com *status* constitucional – a experiência brasileira

“A constituição é hoje a institucionalização de um *processo de aprendizagem falível*, através do qual uma sociedade ultrapassa pouco a pouco a sua capacidade para se tematizar a ela mesma sob o ângulo normativo”<sup>63</sup>.

A Constituição Federal de 1988 previu, no art. 228, a idade de imputabilidade penal aos 18 anos. Sucessivas propostas de emendas à Constituição buscaram alterar a redação do dispositivo já logo após a promulgação do texto constitucional, reduzindo a idade de responsabilização.

Entre os anos de 1993 e 2013, *mais de 37 projetos* de redução da idade penal tramitaram apenas na Câmara dos Deputados<sup>64</sup>. Atualmente, os projetos de Emenda à Constituição que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal apresentam distintas propostas relativas à alteração etária, que vão desde a mudança para todos os crimes como algumas que conjugam a redução da idade para certos e determinados delitos de maior gravidade. Há também projetos de lei para tornar mais duras as medidas socioeducativas já previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>65</sup>.

Trata-se, portanto, de tema que se encontra em pauta há muitos anos e em que o argumento do limite material de reforma aparece de forma reiterada como impeditivo de qualquer alteração<sup>66</sup>.

#### 4.1. A Constituinte e a idade de imputabilidade penal

A controvérsia em torno da questão da definição constitucional da idade já estava presente na Assembleia Constituinte. Curiosamente, consta a proposta de Emenda

<sup>63</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1453 (itálico no original).

<sup>64</sup> Esses dados são apresentados por SILVA, Aline Kelly da; e HÜNING, Simone Maria. Redução da idade penal, tecnologias de informação e maturidade: questões à psicologia. *In: Revista Psicologia: Teoria e Prática*, 18(3). São Paulo, SP, set./dez., 2016.

<sup>65</sup> Algumas destas propostas se aproximariam mais da solução espanhola, com potencialidade de reduzir as constantes críticas de que reina a impunidade para os adolescentes, mas, como se tratam de normas infraconstitucionais, estão fora do âmbito deste trabalho.

<sup>66</sup> Consta na Constituição Federal, no art. 60, §4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir(...) IV - os direitos e garantias individuais.

00346, apresentada em 09/06/1987, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, para que a idade penal fosse reduzida para os 16 anos em razão da crescente cooptação de crianças para a prática de crimes, que foi considerada prejudicada com o singelo parecer de “a matéria compete à legislação ordinária”.<sup>67</sup>

Já na Comissão de sistematização, proposta com o mesmo teor foi rejeitada com o parecer de que “trata-se de declaração desnecessária, pois, atualmente, a imputabilidade penal só pode ocorrer com os maiores de 18 anos. A emenda, assim, a nosso ver, deve ser rejeitada”.<sup>68</sup> Essa previsão de idade encontrava-se, então, no Código Penal, fazendo crer que o parecer mantinha a concepção de que se trata de matéria infraconstitucional já que, caso contrário, se houvesse a alteração da norma na Constituição, a lei que deveria se adequar ao novo limite.

Também merece ser brevemente destacado que, entre março de 1986 e julho de 1987, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal criou o “Projeto Diga Gente e Projeto Constituição”, que permitia que fossem enviadas sugestões através de formulário próprio disponibilizado nos correios. Esses dados foram sistematizados no SAIC - Sistema de Apoio Informático à Constituinte e estão hoje disponibilizados no sítio eletrônico do Senado Federal.

Utilizando tal ferramenta com o critério de busca “imputabilidade penal”, foram obtidos 8 resultados, todos com propostas de redução da idade de responsabilização. Neste grupo, 5 propunham a redução da idade para os 16 anos, dois para os 14 anos e um deles exigia o fim da imputabilidade, sob o argumento de que “o menor que cometer crime deverá ser preso”.<sup>69</sup>

Comentando o dispositivo em questão, Moraes e Teixeira<sup>70</sup> afirmam que chegou a discutir-se a sua inclusão no art. 5º da Constituição Federal, mas ao final a disciplina em artigo próprio teria decorrido de técnica legislativa em razão das emendas populares que fizeram inserir no novo texto a doutrina da proteção integral. Assim, a idade penal não foi incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, mas em capítulo próprio relativo aos direitos infante-juvenis.

Nota-se, no entanto, que já desde a elaboração do texto, não se tratava de matéria pacífica nem quanto à sua natureza constitucional, nem quanto à idade a ser fixada, nem por fim quanto à inclusão no rol de direitos fundamentais.

<sup>67</sup> Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=16368&sgBase=APEM&q=imputabilidade>. Consulta em 04.05.2018.

<sup>68</sup> Tratava-se da Emenda 01677, de 02.07.1987, disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=32042&sgBase=APEM&q=imputabilidade>. Consulta em 07.05.2018.

<sup>69</sup> Esses dados estão disponíveis em: <http://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/asp/consultaNovo.asp>. Consulta em 08.05.2018.

<sup>70</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao art. 228. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Orgs.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

## 4.2. A controvérsia na doutrina nacional

Diversos autores expressamente já se manifestaram acerca da inconstitucionalidade da revisão da idade penal por entender estar incluída no limite material de revisão. Vale transcrever, por ser atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, que eventualmente será instado a se manifestar acerca do tema, o entendimento de Alexandre de Moraes:

Entendemos impossível esta hipótese, por tratar-se a imputabilidade penal, prevista no art. 288 da Constituição Federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente de não serem submetidos à persecução penal em juízo nem tampouco serem responsabilizados criminalmente, com a consequente aplicação da sanção penal. Lembremo-nos, pois, que essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos, enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente se transforma em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo. Assim, o artigo 228 da Constituição Federal encerraria a hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao artigo 150, III, b (ADI 939-7/DF) e, consequentemente, autêntica cláusula pétreia prevista no artigo 60, §4º, IV<sup>71</sup>.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma categoricamente que se trata de um direito individual com a mesma natureza daqueles protegidos no art. 5º da Constituição e, consequentemente, de limite material<sup>72</sup>.

Para aqueles que defendem a idade de 18 anos como a garantia individual em si, parte-se da premissa de que *reduzir é abolir*. Assim, todo o preceito seria absolutamente

<sup>71</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição.* São Paulo: Atlas, 2009, p.44. A mesma posição do autor consta em MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2006, p.2231/2232. Também defendendo a imutabilidade da cláusula de imputabilidade aos 18 anos: GRAU, Eros Roberto; e DUARTE, Helena Rodrigues. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: LEAL, Cesar Barros; e PIEDEDE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003; GOMES NETO, Gercino Gerson. A imputabilidade penal como cláusula pétreia. In: LEAL, Cesar Barros; e PIEDEDE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Punir para proteger direitos. Proteger os direitos dos que se pune. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC.* Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96119>>. Acesso em: 3 nov. 2017. SPOSATO, Karyna Batista; e MATOS, Émille Laís de Oliveira. Impedimentos constitucionais à redução da maioridade penal no Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.* Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96115>>. Acesso em: 3 nov. 2017 (acesso privado). Ainda, ver: ROSA, Alexandre Moraes da. Artigos 227 ao 230. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição.* São Paulo: Malheiros, p.883.

inalterável, não havendo a identificação, em seu âmbito, de um conteúdo essencial, este sim intangível a qualquer alteração, nem tampouco uma leitura das normas constitucionais como *prima facie*, o que se pretenderá demonstrar a seguir.

Em sentido oposto, Pedro Lenza<sup>73</sup> sustenta que a redução é perfeitamente possível, eis que as *cláusulas pétreas* apenas vedam modificações que visem a abolir ou sejam tendentes a abolir direitos fundamentais, o que não é o caso da redução para 16 anos que, sob a ótica do autor, guarda inclusive coerência com a possibilidade de votar conferida aos jovens com tal idade, que também passou a vigorar após emenda constitucional. Essa relação direta entre a capacidade de votar e um necessário reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa com 16 anos também é pontuada por Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos<sup>74</sup> e por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>75</sup>.

Admitindo a redução, na doutrina penal, Nucci entende que a única exigência é que a redução se faça por emenda<sup>76</sup>. No mesmo sentido, Rogério Greco afirma que a inclusão da idade penal no âmbito da Constituição apenas exige o procedimento agravado de Emenda Constitucional para a sua alteração, mas que ela não se insere no rol das cláusulas protegidas pela imutabilidade<sup>77</sup>.

Ainda entre os comentaristas do Código Penal, em exposição confusa, Cezar Roberto Bitencourt defende a possibilidade de uma “responsabilidade penal diminuída” a partir dos 16 e até os 20 anos, a ser cumprida em um “patronato para menores infratores”. Não fica claro se se trata de admissão de redução da idade penal – e, portanto, de afastamento da tese da imutabilidade da norma constitucional – ou se na verdade haveria uma ampliação da idade de inimputabilidade até os 20 anos, todos submetidos à Justiça infanto-juvenil<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. Saraiva, 2012.

<sup>74</sup> BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000. 8º volume. Os autores não se manifestam especificamente acerca da existência ou não de cláusula pétrea, apenas apontando a incoerência de reconhecer capacidade eleitoral aos 16 anos, mas não a capacidade de responsabilidade penal, indicando aparentemente a compreensão de ser possível tal alteração.

<sup>75</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 1999. Volume 2. Nos exatos termos da nota anterior, não há menção expressa quanto à existência, ou não, de cláusula pétrea, ressaltando o autor apenas a incongruência da atual formatação.

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.267. O autor, no entanto, entende que a possibilidade de mudança decorre do fato de não existirem direitos fundamentais fora do rol do art. 5º da Constituição Federal, entendimento totalmente diverso do adotado no presente trabalho.

<sup>77</sup> GRECO, Rogério Greco. *Código Penal Comentado*. 11ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

<sup>78</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.382. A indicar que se trata de admissão da redução da idade de responsabilização, afirma: “para se admitir a idade para a ‘responsabilidade penal’, exige-se competência e honestidade de propósitos, aspectos nada comuns ao sistema repressivo penal brasileiro como um todo” (p.382), mas a seguir, no parágrafo seguinte, defende como consequência a ampliação dos prazos de internação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Uma interpretação possível da posição defendida pelo autor seria a criação de um sistema de responsabilidade nos mesmos moldes do português, que reconhece a imputabilidade plena aos 16 anos, mas prevê um regime especial atenuado para os jovens entre 16 e 21 anos, como foi discutido acima.

### 4.3. A “Constituição *prima facie*”<sup>79</sup> e a imputabilidade penal

Colocado o debate na doutrina nacional, passa-se a análise acerca da natureza da norma constitucional que define a idade penal.

Neste sentido, como destaca Vitalino Canas, “quase toda a norma constitucional é justificada e animada pelo fim que o legislador constituinte quis prosseguir com ela”<sup>80</sup>, ressaltando o autor que os formatos hipotético-condicional ou categórico incondicional não definem por si só a natureza da norma.

Ainda segundo o mesmo autor, com a evolução constitucional e a ampliação de situações reguladas e uma pretensão de universalização das disciplinas da vida, a Constituição tornou-se *prima facie* acarretando um “amolecimento”<sup>81</sup> das normas.

Mais especificamente, as Constituições *prima facie* são:

Quadros normativos que estabelecem uma disciplina de princípio que é superada se houver razões cuja ponderação concreta – pautada pelo que temos designado de comandos de ponderação e otimização – justifique aquela superação<sup>82</sup>.

Se este é o critério para o legislador ordinário, por maioria de razão deve se aplicar também ao constituinte reformador, a quem não pode ser subtraída a ponderação de bens, interesses e valores constitucionalmente protegidos e que passem a conflitar entre si.

Na hipótese que ora se analisa, a norma constitucional que prevê atualmente a idade de 18 anos, interpretada no bojo da Constituição *prima facie*, refere-se à proteção da imputabilidade, enquanto limite à imposição de regras penais àqueles que tenham possibilidade de conhecer as normas e determinar-se de acordo com este conhecimento, respeitando-se uma idade razoável e compatível com o Estado de Direito.

Retomando a citação de Alexandre de Moraes, *supra*, verifica-se que se trata de “*garantia positiva de liberdade*”<sup>83</sup>, sendo esta a finalidade que o legislador constituinte quis perseguir com o dispositivo.

A garantia positiva de liberdade, que protege um núcleo essencial de inimputabilidade, enquanto exigência de um grau suficiente de compreensão da

<sup>79</sup> Tomamos emprestado o termo de CANAS, Vitalino. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). In: *e-Pública*, no 1, janeiro de 2014. Vol. I.

<sup>80</sup> CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p.533.

<sup>81</sup> A expressão é do próprio CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p.376.

<sup>82</sup> CANAS, Vitalino. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões), In: *e-Pública*, no 1, janeiro de 2014. Vol. I.

<sup>83</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p.44.



norma incriminadora e de possibilidade de agir de acordo com este entendimento, esta sim é protegida pelos limites materiais constitucionalmente impostos.

Lida como Constituição *prima facie*, a norma constitucional brasileira abriga inúmeros outros bens, interesses e valores com a mesma dignidade e que, eventualmente, na análise das situações concretas, utilizando-se os instrumentos constitucionais de harmonização, podem exigir que esta norma seja restringida<sup>84</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da Constituição Federal anterior, já analisou a possibilidade de mudança de norma concretizadora de um princípio fundamental então protegido por cláusula pétreia. No voto do Ministro Moreira Alves<sup>85</sup>, é admitida a prorrogação do prazo do mandado de prefeitos por 2 anos, entendendo o julgador que naquela hipótese, *observado aquele caso concreto*, a mudança na regra – que era uma das materializações do princípio republicano – *não o afetava de forma a aboli-lo*, havendo na situação uma ponderação concreta que fazia admitir, na hipótese, a mudança sem atentar contra a forma republicana.

Em decisão mais recente, discutida a violação ao limite material relativo à separação de poderes por parte da Emenda Constitucional 45/2004, que previa a instauração do Conselho Nacional de Justiça, o STF decidiu:

Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do *núcleo político do princípio*, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Em que pese os instrumentos de harmonização serem, em geral, utilizados como limitadores do legislador ordinário, defende-se aqui que também o constituinte da reforma deve a eles se socorrer na análise acerca da necessidade, adequação e proporcionalidade de medidas que pretenda implementar, inclusive para verificar a compatibilidade da proposta com a Constituição, lida de forma integral.

<sup>85</sup> Trata-se do voto no Mandado de Segurança 20257, do Distrito Federal, publicado em 10.04.1981, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1450184>. Consulta realizada em 18.01.2018. Vale a transcrição do seguinte trecho, porque evidencia a *perfeita possibilidade de alteração na regra concretizadora de um princípio fundamental* sem que dela resulte tendência à abolição da garantia de limite material: “De fato, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, *a admitir-se qualquer prorrogação, infima que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos*. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional” (itálicos nossos).

<sup>86</sup> ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094652&base=baseAcordaos>. Consulta em 29.03.2018, (grifos nossos).

Na decisão, o Supremo Tribunal reconheceu que a composição do Conselho com membros designados por outros poderes não viola a separação entre eles, na medida em que o núcleo da função jurisdicional permanecia inalterado<sup>87</sup>.

Estendendo-se o raciocínio para a idade de imputabilidade, poder-se-ia asseverar que a norma que definiu a imputabilidade aos 18 anos concretiza em âmbito constitucional o direito fundamental à liberdade, limitando o poder de punir do Estado. Alterar este limite para os 16 anos *não significa tendência a aboli-lo*; afirmar que ao admitir esta redução estar-se-ia admitindo a redução para 12, 10, 8 anos de idade não condiz com as circunstâncias concretas do modelo de emenda atualmente em discussão e, retomando as palavras do Ministro Moreira Alves, “julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, *juulgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional*”<sup>88</sup>.

Assim, apesar de a garantia da liberdade ser, inequivocamente, limite material de reforma, é certo que ela se materializa na Constituição de inúmeras maneiras, entre as quais no preceito definidor da idade de imputabilidade penal, que não parece possa ser tomada como uma regra absoluta, insuscetível de confrontação com outros bens, interesses e valores com igual dignidade constitucional.

Se há um espaço delimitado em que há algum grau de consenso, acerca da imaturidade – abaixo dos 14 anos – e acerca da maturidade – acima dos 20 anos –, existe um espaço da imputabilidade penal passível de conformação e de ponderação<sup>89</sup>, que busque uma “justa medida” de responsabilização. A capacidade de compreensão, quando se parte de presunções, como é o caso inevitável de critérios etários, acaba sempre por abarcar eventual pessoa determinada que ainda é imatura para a responsabilização. É assim aos 18 anos. Será assim se a idade for reduzida ou mesmo se for aumentada<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Comentando a decisão, Luis Roberto Barroso afirma que “é evidente que a cláusula pétreua que trata o art. 60, §4º, III, não imobiliza os quase cem artigos da Constituição que direta ou indiretamente, delineiam uma determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário”, sustentando que a violação deve ser apurada de acordo com o núcleo essencial do princípio. Conselho Nacional de Justiça: Constitucionalização da sua criação e balanço do seu primeiro biênio. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da constituição cidadã de 1988*. Efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.101.

<sup>88</sup> ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094652&base=baseAcordaos>. Consulta em 29.03.2018, (grifos nossos).

<sup>89</sup> Mesmo esses limites diferem no direito comparado. Por exemplo, na maioria dos estados norte-americanos admite-se a responsabilização criminal a partir dos 12 anos, conforme tratado em item *supra*. Ver: SNYDER, Howard N. Juvenile Delinquents and Juvenile Justice clientele. Trends and patterns in crime and justice system responde. In: FELD, Barry C Feld; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

<sup>90</sup> Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I – questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Referindo-se à imputabilidade penal de 16 anos que vigora em Portugal: “claro que, sempre que a idade como fundamento de inimputabilidade seja – por razões óbvias de segurança jurídica – expressa pela lei penal (como hoje o é as mais das vezes) através de um critério puramente quantitativo (12, 14, 16, 18 anos...), todas as concepções esbarrarão com grande dificuldade em compreender inteiramente este fundamento a partir do pensamento da culpa. Apesar desta dificuldade, porém, é o fundamento que apontamos que depois se conecta, formalmente, com o índice oferecido por uma certa idade e que há de ser justificado à luz de outras considerações, nomeadamente político-criminais” (p.548).

Esse espaço de conformação – *que o constituinte originário não pretendeu subtrair definitivamente ao reformador, como se procurou demonstrar acima, mas apenas proteger de circunstanciais mudanças pela legislação ordinária* – depende de um processo de avaliação a ser realizado pelo legislador constitucional. Neste processo, muitas outras questões precisarão ser avaliadas a fim de verificar se, no caso concreto, as restrições serão constitucionalmente admitidas, com a devida proteção ao núcleo essencial que o Constituinte originário colocou a salvo de qualquer mudança.

Na análise de emenda constitucional que vise a reduzir a idade penal, é preciso verificar se ela *tende a abolir* a proteção contra o poder de punir do Estado e se a redução é adequada, necessária e proporcional para os fins pretendidos. A decisão final compete ao legislador democraticamente eleito para as escolhas de política criminal<sup>91</sup>, observado o procedimento agravado da emenda que, como visto, já tem a função de conferir maior estabilidade a todas as normas constitucionais.

### 5. Conclusão: idade de responsabilidade penal – é possível debater?

“Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”<sup>92</sup>.

A possibilidade de reforma do texto constitucional quanto à idade de responsabilidade penal perpassa por opções acerca da natureza do direito constitucional que se entende delimitado naquele dispositivo, bem como de seu conteúdo essencial objeto de proteção.

Parece ser relativamente consensual que os limites materiais não tornam absolutamente intocáveis quaisquer direitos fundamentais. Difícilmente será possível falar em direito fundamental de natureza absoluta<sup>93</sup> e ele pode ceder quando confrontado com outros bens, interesses ou valores com a mesma dignidade constitucional<sup>94</sup>.

Há enorme controvérsia acerca do alcance dos limites materiais de reforma bem como da definição do conteúdo essencial ou do núcleo dos direitos fundamentais protegido de mudança pelo constituinte derivado.

Grandes nomes do constitucionalismo vêm por anos refletindo acerca da legitimidade de submissão de gerações futuras a opções políticas de um dado momento histórico, por mais relevante que ele seja. Procurou-se delimitar este

<sup>91</sup> Sobre a “Constituição Penal” perfeitamente delimitável no âmbito da Constituição Federal de 1988, *cfr.* FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

<sup>92</sup> Art. 32, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Consulta realizada em 25.01.2018

<sup>93</sup> Mais uma vez, aqui se remete à discussão acerca da existência, ou não, de direitos absolutos que guarda relação também com o tema da existência de conteúdos essenciais absolutos, para o que remetemos à nota *supra*.

<sup>94</sup> Para restrições possíveis no confronto com bens de natureza infraconstitucional, ver as ponderações feitas por NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, posição partilhada em parte também por CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017 que defende, no entanto, a existência de alguns direitos que são absolutos, como é o caso da vida.

consenso com a admissão de que as cláusulas de eternidade protegem um conteúdo mínimo que caracteriza a essência mesmo da Constituição, sem o qual ela se tornaria outra, mas não mais aquela.

Toda esta discussão pode ser transposta para o âmbito da proteção do disposto no art. 228 da Constituição Federal do Brasil.

Parece adequado concluir que, no âmbito da Constituição *prima facie*, a idade penal de 18 anos não é um direito absoluto, podendo eventualmente ser chamado ao sopesamento em face de outros bens, interesses ou valores constitucionais igualmente relevantes, como é o caso da segurança pública, por exemplo. A idade em que se dá esta limitação é passível de modificação, sem que com isso haja, *a priori*, violação de limites materiais.

Retomando Alexandre de Moraes<sup>95</sup>, *a proteção constitucional é à imputabilidade penal*, norma decorrente do direito de liberdade, limitadora do poder de punir estatal.

A definição do núcleo essencial de tal direito, ou seja, do efetivo âmbito de proteção insuscetível de *abolição* – porque é de tendência a abolição que trata a Constituição –, depende de uma real análise dos interesses juridicamente protegidos e eventualmente colidentes quando se fala em idade de responsabilização criminal.

Olhar outras experiências quanto à definição de tal idade de imputabilidade permite alguma avaliação acerca das diversas opções dos diferentes Estados, que perpassam sempre por escolhas diretamente relacionadas à realidade daquele determinado povo.

A diversidade na definição etária aponta para uma falta de consenso internacional, bem como para as escolhas políticas diferentes que foram feitas pelos distintos Estados de Direito.

Não basta o clamor da maioria<sup>96</sup>, essa é a lição mais importante<sup>97</sup>. As restrições a direitos fundamentais devem sempre ser devidamente justificadas pelo legislador – mesmo e talvez principalmente o legislador constitucional – a fim de que seja possível apurar a sua compatibilidade com a Constituição.

Essa análise só se faz no caso concreto, observados os *princípios de proibição de excesso e de proteção deficiente*, além de outros critérios de harmonização das colisões

<sup>95</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>96</sup> Em 16.04.2016, o jornal “O Globo” divulgou pesquisa do Datafolha dando conta de que 87% dos entrevistados eram a favor da redução da idade penal. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-87-sao-favor-da-reducao-da-maioridade-penal-15877273>. Consulta realizada em 08.01.2018. Por mais paradoxal que possa parecer – tendo em vista a vulnerabilidade direta da população mais carente à intervenção penal – o maior índice de rejeição à redução, segundo a pesquisa, está entre os que têm nível superior e os que têm renda superior a 10 salários mínimos.

<sup>97</sup> Aliás, há muito se vem entendendo que a garantia dos direitos fundamentais é frequentemente contramajoritária (o que fica bastante evidenciado no papel das Cortes Constitucionais), ganhando especial relevo quando a maioria entende de forma diversa do que aquilo que está assegurado. Neste sentido, porque apenas sobre este tema poder-se-ia escrever uma tese, ver: BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, número especial. Brasília, 2015, p.23-50. Vol. 5; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

dos múltiplos interesses constitucionalmente protegidos. O poder decisório de restringir não está completamente subtraído ao constituinte derivado, que deve observar o núcleo essencial de proteção da liberdade e da limitação ao poder de punir do Estado.

Como já estava destacado na introdução, mesmo que seja constitucionalmente admissível a mudança, não significa que ela seja necessariamente a melhor alternativa.

Aos operadores do direito, ao legislador e ao Estado-Administração cabe refletir: se reduzir a idade penal aparece como uma milagrosa solução para os males da violência para um percentual tão elevado de pessoas, é hora de discutir a questão no plano que ela realmente exige, que é o da realidade social e de política criminal do país.

É hora de avaliar, considerados os limites impostos pela Constituição, quais são os bens, interesses e valores contrapostos e quais são as medidas adequadas, necessárias e proporcionais para assegurá-los. Respeitada a moldura constitucional, o debate não pertence aos juristas.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária. In: *RFDUFMG* (número especial comemorativo do centenário). Belo Horizonte, 1994.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, número especial. Brasília, 2015, p. 23-50. Vol. 5.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça: Constitucionalização da sua criação e balanço do seu primeiro biênio. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da constituição cidadã de 1988*. Efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000. 8º volume.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). *Perspectivas de Direito Público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte, 1995, p.175/195.

CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). In: *e-Pública*, nº 1, janeiro de 2014. Vol. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. *O problema da dupla revisão na Constituição portuguesa*. Coimbra: Edição da CODECO/Revista Fronteira (separata), 1978.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal*, Parte Geral. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004. Volume II.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I – questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais. In: *Psicologia Forense*. Separata. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FELD, Barry C.; BISHOP, Donna M. Transfer of Juveniles to criminal Court. In: FELD, Barry C.; BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERNÁNDEZ-PACHECO, Gloria Alises. A importância da mediação no sistema de justiça juvenil espanhol: contributos para uma mudança. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Coords.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999. Volume 2.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela. *Código Penal – Parte Geral e Especial*. Coimbra: Almedina, 2014.

GOMES NETO, Gercino Gerson. A inimputabilidade penal como cláusula pétrea. In: LEAL, Cesar Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Punir para proteger direitos. Proteger os direitos dos que se pune. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr., 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª edição. Lisboa: Almedina, 2013. Vol. I.

GRAU, Eros Roberto; DUARTE, Helena Rodrigues. A desnecessária e inconstitucional redução da maioria penal. In: LEAL, Cesar Barros; PIEDEDE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 21, p.69-91.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MONTERREAL, Ana Alemán. Reseña histórica sobre la minoría de edad penal. In: *AFDUDC*, 11, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A Propósito do Art. 2º, §2º, da EC nº 3/93. In: *Revista Forense*, nº 330, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PALMA, Maria Fernanda. Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). Coimbra, 2009, p.101-108.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição Viva*. Poder Constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a Teoria das cláusulas pétreas*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31955-37391-1-PB.pdf>. Consulta em: 08/01/2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Artigos 227 ao 230. In: BONAVIDES, Paulo Bonavides; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSSATO, Luciano Alves. A necessária responsabilização do adolescente em razão do ilícito praticado. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr., 2013. Disponível em: [http://bid.editoraforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_print.aspx?i=96117&p=14](http://bid.editoraforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_print.aspx?i=96117&p=14). Consulta em: 03/11/2017 (acesso privado).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Ebook.

\_\_\_\_\_. Proteção de Direitos Fundamentais diante das emendas constitucionais (partes 1, 2 e 3). In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-06/direitos-fundamentais-protexao-direitos-fundamentais-diante-emendas-constitucionais-parte>. Consulta em: 05/12/2017.

SILVA, Aline Kelly da; HÜNING, Simone Maria. Redução da idade penal, tecnologias de informação e maturidade: questões à psicologia. In: *Revista Psicologia: Teoria e Prática*, 18(3), 41-53. São Paulo, SP, set./dez., 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5935/1980-6906/psicologia.v18n3p41-53>. Consulta em: 02/12/2017.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, 2006. SNYDER, Howard N. Juvenile Delinquents and Juvenile Justice clientele. Trends and patterns in crime and justice system responde. In: FELD, Barry C.; BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SPOSATO, Karyna Batista; MATOS, Êmille Laís de Oliveira. Impedimentos constitucionais à redução da maioria penal no Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr., 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96115>. Consulta em: 3 de nov. 2017 (acesso privado).