



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL
PENAL

RUI ROBSON SILVA PEREIRA

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL DO BRASIL: ABORDAGEM JURÍDICA

FORTALEZA – CEARÁ
2014

RUI ROBSON SILVA PEREIRA

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: ABORDAGEM JURÍDICA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processo Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Profa. Ms. Silvia Lucia Correia Lima

FORTALEZA – CEARÁ

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Estadual do Ceará

Sistema de Bibliotecas

Pereira, Rui Robson Silva.

Redução da Maioridade Penal no Brasil: abordagem jurídica [recurso eletrônico] / Rui Robson Silva Pereira. - 2014.

1 CD-ROM: 4 ¾ pol.

CD-ROM contendo o arquivo no formato PDF do trabalho acadêmico com 38 folhas, acondicionado em caixa de DVD Slim (19 x 14 cm x 7 mm).

Monografia (especialização) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, Fortaleza, 2014.

Orientação: Prof.^a M.^a Silvia Lúcia Correia Lima.

1. Maioridade penal. 2. Legislação. 3. Direitos Fundamentais. 4. Crianças e adolescentes. I. Título.

RUI ROBSON SILVA PEREIRA

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: abordagem jurídica.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Aprovada em: 14/11/2014

BANCA EXAMINADORA



Prof^ª. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima (Orientadora)
Universidade Estadual do Ceará - UECE



Prof^ª. Ms. Lise Alcântara Castelo
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



Prof. Ms. Antonio Cerqueira
Escola Superior do Ministério Público - ESMP

RESUMO

O presente trabalho tem como foco apresentar ao leitor a problemática em torno da redução da maioria penal no Brasil, trazendo a divergência jurídica e as consequências sociais que giram em torno. Os indicadores de violência por todo o Brasil tem apresentado um número crescente na participação de menores infratores em delitos, pois a legislação atual imputa a idade penal aos 18 anos como reflexo da doutrina de proteção integral trazida pela Carta de 1988. Em um primeiro momento se percorrerá a evolução histórica da legislação brasileira que se refere à idade penal. Logo na sequência, o estudo abordará os argumentos doutrinários e filosóficos dos defensores da redução da maioria penal, bem como, os que são contrários a redução. E ainda como último ponto a ser trabalhado, a discussão a cerca do reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tratado pela Constituição fora do título dos direitos e garantias fundamentais. É de se considerar que os direitos enumerados nos arts. 227 e 228 da Constituição Federal são análogos aos incluídos no capítulo dos direitos e garantias individuais e coletivos e por consequência lógica, estão sobre o manto das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Redução da maioria penal. Legislação. Direitos fundamentais. Crianças e adolescentes.

ABSTRACT

The present work focus on introducing the reader to the problematic around the reduction of legal age in Brazil, bringing the legal divergence and social consequences that revolves around. Indicators of violence throughout Brazil has shown an increase in the number of participation of offenders in crimes, because current law imputes criminal age to 18 years reflecting the doctrine of integral protection brought by the 1988 letter. At first it traversed the historical evolution of the Brazilian legislation as regards criminal age. Soon following, the study will address the doctrinal and philosophical advocates of reducing the age of criminal arguments, as well as those who oppose the reduction. And even as a last point to be worked, the discussion about the recognition of the fundamental rights of the child and adolescent treated by the Constitution out the title of fundamental rights and guarantees. It should be considered that the rights enumerated in Articles 227 and 228 of Federal Constitution are similar to those included in the chapter on rights and individual and collective guarantees and by logical consequence, are on the mantle of constitutional rule.

Keywords: Reduction of legal age. Legislation. Fundamental rights. Children and adolescents.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPB	Código Penal Brasileiro
ICPS	Centro Internacional de Estudos Prisionais
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EC	Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
CPP	Código de Processo Penal
LA	
PSC	Prestação de Serviços a Comunidade
ONG	Organização não governamental

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM RELAÇÃO À MAIORIDADE PENAL	8
3 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL	15
3.1 AS TEORIAS RELACIONADAS À PROBLEMÁTICA	15
3.2 OS ARGUMENTOS DOS DEFENSORES DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	15
3.3 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E A DESCONSTITUIÇÃO DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS.....	17
3.4 A ESTATÍSTICA DA DELINQUÊNCIA JUVENIL NO BRASIL	22
3.5 MAIORIDADE PENAL E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	23
4 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PARA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	26
4.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	26
4.2 DA CLÁUSULA PÉTREA E A IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	29
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

O tema redução da Maioridade Penal no Brasil não é novo, o crescimento dos indicadores de violência nas cidades brasileiras tem reascendido o cenário em torno do debate. A exposição nos noticiários brasileiros, sobre tudo fomentado pela mídia, a crescente notícia da participação de menores em infrações penais, tráz sentimento de medo e insegurança a população.

Para a atual Constituição Federal e para o Código Penal brasileiro os menores de dezoito anos são considerado inimputáveis, eles não respondem por crimes, não sendo alcançados pela Justiça comum, estão sujeitos a medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação atual adotou o principio da proteção integral.

O sentimento de insegurança e o medo da população, alimentado pelas constantes cenas de violência transmitidas pela mídia, tendo como autor ou participe o menor tem trazido a tona a discussão ao endurecimento das leis e a redução da maioria penal, como fator amenizador dos índices de violência.

Com esse cenário social e a repercussão que se dá ao tema, os operadores do Direito são chamados a contribuir para o debate.

Da análise jurídica do tema sob o olhar Constitucional com vista na divergência doutrinaria nos fornece espaço para trazer reflexões acerca do assunto.

O presente trabalho irá se ater as questões jurídicas sobre o tema, apontando as divergências doutrinárias, a possibilidade de redução da maioria penal e sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Para a consecução do mesmo foi realizada uma pesquisa bibliográfica baseada em estudos sistematizados e publicações em livros, artigos, monografias, dissertações, teses e revistas especializadas.

No primeiro capítulo será abordado à evolução histórica da legislação brasileira com relação à maioria penal, buscamos entender os caminhos percorridos pelo legislador até chegarmos à fixação da idade penal aos 18 anos. Com a vinda da família real Portuguesa para o Brasil aqui se implantou um conjunto de normas, as Ordenações Filipinas como nosso primeiro sistema jurídico que previa a responsabilização penal a partir dos dezessete anos.

No segundo capítulo traremos os vários argumentos a favor da redução da maioridade e os que se apresentam de forma contrária, apontaremos alguns dados estatísticos sobre a delinquência no Brasil e o atual tratamento dado pela legislação nacional.

E finalmente no último tópico abordaremos a redução da maioridade penal sob o ângulo Constitucional trazendo ao debate a discussão se o capítulo referente às crianças e aos adolescentes reconheceu direitos fundamentais e se é possível à luz da Constituição diminuir a idade penal no Brasil.

A intenção do estudo é trazer ao leitor reflexões a respeito do tema do ponto vista doutrinário sob o prisma Constitucional, o reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente tratados em título específico pela Carta de 1988.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM RELAÇÃO À MAIORIDADE PENAL

A legislação menorística no início do Brasil colônia caminhou em conformidade a legislação Portuguesa. A vinda da família real portuguesa para o Brasil trouxe suas práticas jurídicas e com elas as normas que tratava a relação infanto-juvenil em confronto com a lei, regras que perduraram por todo o período do Brasil império.

O sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, por último, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano. Ficaram prontas ainda durante o reinado de Filipe I, em 1595, mas entraram efetivamente em vigor em 1603, no período de governo de Filipe II.

[...]

O livro que ficou mais tempo em voga foi o IV, vigorando durante toda a época do Brasil Império e parte do período republicano, com profundas influências no nosso atual sistema jurídico. As Ordenações, portanto, tiveram aplicabilidade no Brasil por longo período e impuseram aos brasileiros enorme tradição jurídica, sendo que as normas relativas ao direito civil só foram definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916. O estudo do texto das Ordenações Filipinas é salutar para a compreensão de boa parte dos nossos atuais institutos jurídicos. (MACIEL, 2006)

As Ordenações Filipinas foram adotadas como nosso sistema jurídico e trazia em seu texto no quinto livro Título CXXXV, as primeiras regras adotadas aqui no Brasil, com relação ao tratamento dado aos atos praticados por crianças e adolescentes em desconformidade com a lei.

Quando os menores eram punidos, por delitos que fizerem.

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte anos cometer qualquer delito, dar-se-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse.

E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará ao arbítrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha.

E neste caso olhará o julgador o modo, com que o delito foi cometido, e as circunstâncias dele, e a pessoa do menor; e se achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece pena total, dar-lhe-á, porto que seja de morte natural.

E parecendo-lhe que não a merece, poder-lhe-á diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar que o delito foi cometido.

E quando o delinqüente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do julgador dar-lhe outra menor pena.

E não sendo o delito tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito comum. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1870)

Como se percebe havia divisão na aplicação da pena, basicamente em três faixas etárias, nesse período o jovem que passasse de vinte anos homem ou mulher, já poderia receber a pena máxima, conforme o delito. A partir dessa idade entendia-se que haveria entendimento quanto ao grau de reprovação do ato, podendo ser considerado plenamente capaz mesmo antes de atingir a maioridade absoluta que seria aos 25 anos.

Na segunda faixa etária entre 17 e 20 anos, ficava a cargo do julgador analisar o modo e as circunstâncias do cometimento do delito, podendo aplicar a pena total ou até diminuí-la. Tais regras impõe uma análise subjetiva por parte do julgador que teria que avaliar se o envolvido no delito tinha entendimento, compreensão do ato contrário à lei e aos costumes. Surge pela primeira vez no Brasil o critério subjetivo para imputabilidade penal.

O critério subjetivo de compreensão da ilicitude dos atos cometidos pelos menores, a análise de seu discernimento no ato da infração, nos foi estabelecido Pela Colônia Portuguesa e seguido nas normas que a sucederam.

Ainda existia uma ultima faixa que compreendia os menores de dezessete anos, mesmo que a pena para o delito cometido fosse à de morte natural, ou seja, previsão da pena máxima, essa de maneira nenhuma poderia ser aplicada a tal idade restando ao julgador aplicar outra pena mais branda.

Avançando cronologicamente, o código criminal do império de 1830, inspirado no código Francês de 1810, trouxe em seu texto, a fixação da imputabilidade penal¹ aos 14 anos adotando o critério psicológico² aos menores de quatorze anos caso ficasse demonstrado discernimento, o juiz assim entendendo, podia mandar recolher em casa de correção não podendo tal medida ultrapassar os dezessete anos do infrator que seria o limite máximo de sua permanência. Nesse período o entendimento do caráter ilícito era levado em consideração podendo alcançar até mesmo os menores de 14 anos, como se vê nos arts. 10, 11 e 13 do Código Criminal de 1830:

¹Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a pratica de um fato punível. (DAMASIO, 2014, p. 159).

²Critério Psicológico – pouco importa se o individuo apresenta ou não alguma deficiência mental. Será inimputável ao se mostrar incapacitado de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (MASSON, 2104, p. 245)

Código Criminal do Império do Brazil de 1830, in verbis:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1º Os menores de quatorze annos.

2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lúcidos intervallos, e nelles commetterem o crime.

3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistiveis.

4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria.

Art. 11. Posto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens com tudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos. (REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL, 1830)

Com a proclamação da República em 1889, o código criminal do império de 1830, dá lugar ao Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, decreto nº. 847 de 11 de Outubro de 1890³. A imputabilidade penal que no império era aos quatorze annos, passa a ser a luz do novo código aos nove annos (art. 27, § 1º.), ou seja, a partir dessa idade já poderia haver responsabilização na esfera penal.

O Código ainda manteve o critério psicológico com base no discernimento, o maior de nove annos e menor de quatorze (art. 27, § 2º.), na análise do caso concreto pelo magistrado, ficando evidenciado que o agente nessa faixa etária tinha no ato do cometimento do delicto, a condição de entender o carácter ilícito da conduta praticada, seria recolhido a estabelecimento industrial pelo tempo que entender o magistrado, desde que ele não ultrapassasse a idade limite de 17 annos.

Com a instituição do Código de Menores através do decreto 5.083 de 1º de Dezembro de 1926, pela primeira vez os menores passaram a serem tratados como objeto de direito e não somente de obrigações, pois a legislação trouxe previsão de assistência e proteção aos menores constituindo um binómio carência/delinquência.

³Decreto n. 847 – de 11 de outubro de 1890 - Código Penal dos Estados Unidos do Brazil:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 annos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos (REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL, 1830)

O Estado passou a assumir a responsabilidade da criação de políticas públicas voltadas aos jovens e aos seus interesses.

O art. 1º do Código de Menores trouxe:

O Governo consolidará as leis de assistência e proteção aos menores, adicionando-lhes os dispositivos constantes desta lei, adaptando as demais medidas necessárias á guarda, tutela, vigilância, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinquentes, dando relação harmônica e adequada a essa consolidação, que será decretada como o Código dos Menores. (BRASIL, 1926)

Pela primeira vez no Brasil, o menor deixa de ser objeto de interesse somente do direito penal, passando a ter real proteção por parte do Estado que o reconhece como sujeito de direitos.

A imputabilidade penal passou dos nove anos na vigência anterior para quatorze anos com o código de menores de 1926. Este menor de quatorze anos de acordo com sua condição poderia ser abrigado em asilo, casa de educação, escola de preservação ou ser entregue a pessoa idônea até que completasse 18 anos de idade. Poderia ficar sob custódia dos pais, tutor ou outro responsável se sua periculosidade não fosse intensa, conforme se verifica no artigo 45 do Código de Menores, que assim determinava:

Art. 45. No caso de menor de idade inferior a 14 anos indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, si das circunstâncias da infração e condições pessoais do agente ou de seus pais, tutor ou guarda tornar-se perigoso deixa-lo a cargo destes, o juiz ou tribunal ordenará sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idônea, até que complete 18 anos de idade. A restituição aos pais, tutor ou guarda poderá antecipar-se, mediante resolução judiciária, e prévia justificação do bom procedimento do menor e daqueles. (BRASIL, 1926)

O diploma ainda trás previsão que o juiz ou tribunal com fundamento na personalidade do interno com idade entre 14 a 18 anos, analisando a natureza da infração, as circunstancias, o comportamento do menor, este poderia ter uma redução do cumprimento da internação.

Art. 46. Tratando-se de menor de 14 a 18 anos sentenciado á internação em escola de reforma, o juiz ou tribunal pode antecipar o seu desligamento, ou retarda-lo até ao Maximo estabelecido na lei, fundando-se na personalidade moral do menor, na natureza da infração e circunstancias que o rodearam no que possam servir para apreciar essa personalidade, e no

comportamento no reformatório segundo informação fundamentada do diretor.

Art. 47. Si o menor de 14 a 18 anos for sentenciado até a um ano de internação, o juiz ou tribunal, tomando em consideração a gravidade e a modalidade da infração penal, os motivos determinantes e a personalidade moral do menor, pode suspender a execução da sentença e pô-lo em liberdade vigiada. (BRASIL, 1926)

O código de menores seguindo na mesma linha que as legislações anteriores, ordenações filipinas e código criminal do império, manteve o critério subjetivo conferido ao julgador em análise do caso concreto para verificar, se no momento do delito o menor detinha compreensão quanto ao caráter ilícito do ato.

Com o advento do Código Penal de 1940, passou-se a adotar o critério biológico para caracterizar a imputabilidade penal aos menores de dezoito anos, critério mantido até os dias atuais e encontra resguardo constitucional com a carta de 1988 em seu art. 228.

Essa nova concepção da criança como sujeito de direitos com amparo na doutrina da proteção integral, substituiu os modelos de leis anteriores, o que se aperfeiçoou com o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90).

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentando os dispositivos Constitucionais que tratam dos direitos fundamentais concedidos as crianças e aos adolescentes com amparo no princípio da proteção integral reconhece sua condição especial como forma de continuidade da sociedade e nesse sentido acrescenta Ferreira (1996, p.15):

Essa doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano, a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento, o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadoras da continuidade de seu povo, da família e da espécie humana e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para o atendimento, à promoção e à defesa de seus direitos.

O Código Penal trouxe em seu art. 27 “ os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Pela leitura do dispositivo legal percebe-se o rompimento com os dispositivos anteriores que previam um critério subjetivo, análise do entendimento do ilícito pelo menor para graduar a sua responsabilização penal.

A luz do novo código de 1940, é tudo ou nada, ou seja, para que haja imputabilidade penal o agente tem que ter atingido a maioridade, o que acontece aos 18 anos, abaixo disso, será responsabilizado pela legislação especial, lei 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente.

A idade penal aos 18 é fruto de um longo processo de evolução, já tivemos em nossa história momentos em que a partir dos nove anos era possível a responsabilização penal. A história permitiu que o Estado brasileiro reconhecesse a necessidade de assumir o estado de vulnerabilidade infanto-juvenil que passou a considerar como pessoa em formação com fundamento no princípio da proteção integral do menor e adotou medidas para assegurar seus direitos.

O critério biológico absoluto adotado para se imputar responsabilidade penal a alguém, tem dividido os doutrinadores, basicamente em duas correntes: os que defendem a redução da maioridade penal justificando que a partir dos 16 anos já se pode votar, e ainda dado à acessibilidade das informações nos dias de hoje favorece o amadurecimento precoce permitindo que os jovens tivessem entendimento do certo e do errado, a manutenção da idade penal nos moldes atuais estaria servindo de estímulo à participação na vida criminosa dos jovens que muitas vezes seriam até recrutados por organizações criminosas para praticar crimes específicos.

De outro lado, está os que defendem a manutenção do atual modelo, ou seja, a permanência da idade penal aos 18 anos e contra argumentam, rebatendo ponto a ponto os que defendem a redução. Mas o maior argumento seria que a Constituição Federal de 1988 reconheceu direitos fundamentais individuais aos menores em capítulo específico e como tal, tais direitos estariam protegidos pelo manto das cláusulas pétreas. Passaremos abordar os argumentos das duas correntes em capítulo próprio.

3 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

3.1 AS TEORIAS RELACIONADAS À PROBLEMÁTICA

A discussão sobre a redução da maioridade penal no Brasil é tema que se arrasta já alguns anos e que, continua extremamente atual, basta ouvir os noticiários ou acompanhar os planos de governo dos presidenciáveis no pleito eleitoral do corrente ano para concluir da importância do tema.

Esse debate divide-se basicamente em duas correntes: os que são favoráveis a redução, pois entendem que a medida irá reduzir os índices de criminalidade, pois culpam os menores por parte do problema, e os que são contra a redução, pois entendem que tal análise funda-se numa visão equivocada e questionam a possibilidade da medida, já que o texto Constitucional fixa a maioridade penal aos 18 anos, sendo uma garantia dos menores e como tal, estaria alcançado pela imutabilidade assegurada as cláusulas pétreas.

3.2 OS ARGUMENTOS DOS DEFENSORES DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Encontra-se defensores da redução em todas as camadas da sociedade desde os mais humildes até os mais afortunados, essa opinião, muitas vezes, tem por base apenas os noticiários, as manchetes em programas policiais, os altos índices de criminalidade, fatores que tem contribuído e colaborado para o pânico em que vive a sociedade brasileira. Hoje é muito fácil constar em todas as cidades brasileiras com leve predominância nas Capitais, o terror da violência, a sociedade não sabe mais a quem recorrer, esse cenário propicia o apego a qualquer ideia de socorro.

Vários são os argumentos utilizados para justificar a redução da Maioridade Penal, dentre eles só para iniciar, fala-se no direito ao voto que o maior de dezesseis anos adquire com o alistamento eleitoral (art. 14, § 1º. II da CF/88), capacidade eleitoral ativa que no magistério de Bulos (2014, p. 865) “dizem respeito ao direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos. Revela, pois, a capacidade eleitoral ativa, que é o grau de participação do cidadão na democracia representativa (CF, art. 1º, parágrafo único)”, falta ainda, a chamada capacidade eleitoral passiva

que é a possibilidade de ser votado, ou seja, de lançar seu nome a candidatura seja ao legislativo ou executivo.

Em apoio a essa corrente filia-se Reale (1990, p. 161):

No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembléia Nacional Constituinte para gáudio de ilustre senador que sempre cultivava o seu “progressismo” [...] Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral.

Aos que defendem sobre esse argumento, soa como uma contradição do legislador que confere ao menor a prerrogativa de participar do processo democrático de escolha, por exemplo, de um Presidente da República, a partir dos 16 anos e nega que esse tenha maturidade para entender e responder criminalmente nas mesmas condições que os maiores.

Avançando, argumenta-se que a consciência e a maturidade dos jovens nos dias de hoje, dado o acelerado processo de comunicação e as ferramentas do mundo moderno, permitem que a informação chegue com muito mais velocidade e qualidade, possibilitando um grau maior de amadurecimento. Hoje, dada a precocidade, é possível ao jovem discernir o certo do errado, o justo do injusto, o lícito do ilícito, não mais se justifica a manutenção da maioria penal aos 18 anos e sim seria perfeitamente coerente a redução para os 16 anos já que com essa idade já é possível entender o grau de reprovação dos ilícitos penais.

Nesse sentido se posiciona Nucci (2014, p. 109):

[...]pois não é crível que menores com 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida, o Brasil ainda mantém a fronteira fixada aos 18 anos.

E ainda acrescenta Reale (1990, p. 161):

Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo.

Reale (1990) afirma que a certeza da impunidade, serve de estímulo ao menor que se favorece da sua condição de inimputabilidade para praticar de maneira consciente e deliberada infrações penais, a esse argumento soma-se a grande maioria dos defensores da redução maioridade penal. Em apoio a essa corrente de pensamento filia-se Araújo (2013):

Além de possuírem plena convicção que o ato que praticam é criminoso, ditos "menores" utilizam-se, conscientemente, da menoridade que ainda os alberga em seu favor, praticando diariamente toda a sorte de injustos penais, valendo-se, inclusive, da certeza dessa impunidade que a sua particular condição lhe proporciona.

A insignificância da punição, certamente, pode trazer consigo o sentimento de que o "o crime compensa", pois leva o indivíduo a raciocinar da seguinte forma:

"É mais vantajoso para mim praticar esta conduta criminosa lucrativa, pois, se eu for descoberto, se eu for preso, se eu for processado, se eu for condenado, ainda assim, o máximo que poderei sofrer é uma medida sócio-educativa. Logo, vale a pena correr o risco". Trata-se, claro, de criação hipotética, mas não se pode negar que é perfeitamente plausível.

Ainda na defesa da redução soma-se o argumento que alcança senso comum na opinião pública, o criminoso adulto recruta o menor para atuar em verdadeiras organizações criminosas, é muito comum ouvir nos noticiário a participação desses em crimes de assalto e tráfico de drogas, as quadrilhas se aproveitam da grande mística que o adolescente é imune ao poder punir do Estado. A mídia propaga a ideia que o menor infrator não sofre nenhuma reprimenda por parte do Estado e com isso a uma verdadeira crença que não existe instituto jurídico aplicado ao delinquente.

3.3 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E A DESCONSTITUIÇÃO DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

A essa corrente se junta à opinião de estudiosos e juristas tão respeitáveis quanto à primeira, somam-se todas as entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente, que engrossam a voz pela não redução da maioridade penal.

O primeiro argumento a ser trabalhado é o direito facultativo concedido ao maior de dezesseis anos que o texto constitucional anuncia nos seguintes moldes: art. 14.º § 1º, II – facultativo para; os maiores de dezesseis e menores de dezoito

anos. O texto trás o direito subjetivo ao alistamento eleitoral o que não deve se confundir com o direito político, digo, cidadania ativa, que é o efetivo exercício do voto. A carta magna trás a possibilidade a partir dos 16 anos do que se aproxima apenas se aproxima, de uma espécie de condição suspensiva de exercício de cidadania em comparação a instrumentos do negocio jurídico no direito civil, ou seja, condições futuras e incertas que aperfeiçoam com o exercício da cidadania ativa (voto nas urnas), nesse sentido colecionamos entendimento a seguir:

Assim, o alistamento eleitoral é uma restrição na forma de requisito formal, ou, ainda, é um pressuposto procedimental (não obstante, positivo) que deverá ser preenchido pelo individuo que pretenda exercer seus direitos políticos, seja na forma ativa seja na forma passiva. Aqui se demonstra, entretanto, que o alistamento, não obstante condição formal necessária para o exercício dos direitos políticos, não é causa única, ou causa suficiente, para o seu regular exercício e, menos ainda, como querem alguns, para sua aquisição. Assim é inexato afirmar que o alistamento faz nascer a cidadania ativa. De fato, é possível indicar exemplo subtraído da própria jurisprudência em que realizado o alistamento, não pode ainda exercer os direitos inerentes à cidadania. O Tribunal Superior Eleitoral, ao nosso sentir, corretamente, já situou as exigências procedimentais do alistamento eleitoral a condição de mera exigência cartorária, consagrando a ideia aqui pressuposta de que não é o alistamento que faz nascer a cidadania ativa. (CANOTILHO, 2013, p.1619).

A Constituição consagra como já anunciado, o direito subjetivo ao alistamento eleitoral, o que possibilita aos maiores de 16 anos exercer a cidadania ativa, que por si só, é insuficiente para se concluir pela capacidade e maturidade (desenvolvimento mental completo), abstraindo termo do capítulo da imputabilidade penal, art. 26 do Código Penal Brasileiro. É necessário observar que nem todos os jovens nessa faixa etária realizam o alistamento eleitoral, tão pouco destes efetivamente irão as urnas votar, não se deve utilizar de um instrumento que serve para inserção dos primeiros passos de cidadania, fruto de um processo de amadurecimento e argumentar da exceção, que é a efetiva participação no processo de escolha política, feito pela minoria nessa faixa etária, e daí, concluir que se pode votar, pode cumprir pena nos mesmos moldes dos adultos.

Ao concluir que se deve aplica pena aos moldes dos adultos, estaríamos jogando essa juventude de infratores dentro de um sistema já caótico, que é o sistema penal brasileiro, pois assim aponta os dados do Conselho Nacional de Justiça divulgado em 05.06.2014, que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos. Desse número 147.937 cumprem prisão domiciliar, passamos a ser a

terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados apresentados pelo ICPS (Centro Internacional de Estudos Prisionais) do King's College. Lugar antes ocupado pela Rússia com 676.400 presos.

O levantamento ainda mostra déficit atual de vagas no sistema, que é de 354 mil, isso sem considerar segundo dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão que mostram existir 373.991 mil mandados a cumprir.

Os números apresentados mostram um sistema caótico que precisa ser ampliado só para cumprir as ordens de prisão já existentes, investimento da ordem de alguns milhões para ampliar e manter o atual sistema. Imagine se pegássemos os maiores de 16 anos e os incluíssemos dentro desse quadro desordenado.

Reflexões interessantes sobre assunto são acrescentadas por Nucci (2014, p. 57):

O ponto relevante para ser destacado é a real condição do cárcere na maioria das comarcas brasileiras. É de conhecimento público e notório que vários presídios apresentam celas imundas e superlotadas, sem qualquer salubridade. Nesses locais, em completo desacordo ao estipulado em lei, inúmeros sentenciados contraem enfermidades graves, além de sofrerem violências de toda ordem. Parte considerável dos estabelecimentos penais não oferece, como também determina a lei, a oportunidade de trabalho e estudo aos presos, deixando-os entregues à ociosidade, o que lhes permite dedicar-se às organizações criminosas.

Sob outro prisma, observa-se carência de vagas igualmente no regime semiaberto, obrigando a que presos aguardem, no fechado, o ingresso na colônia penal, direito já consagrado por decisão judicial.

Outras várias mazelas poderiam ser apontadas, indicando a forma desumana com que a população carcerária é tratada em muitos presídios. Entretanto, não se registra, com a frequência merecida, a insurgência expressa da doutrina penal e, principalmente, da jurisprudência, no tocante a tal situação, que por certo configura pena cruel, logo, inconstitucional.

Parece-nos que a questão autenticamente relevante não é a alegada falência da pena de prisão, como muitos apregoam, em tese, mas, sim, a derrocada da administração penitenciária, conduzida pelo Poder Executivo, que não cumpre a lei penal, nem a lei de execução penal. Não se pode argumentar com a falência de algo que nem mesmo foi implementado.

Avançando nos argumentos, o mundo moderno dado à velocidade das informações devido às ferramentas postas à disposição, permitem o amadurecimento precoce dos jovens.

Analisando este problema, Costa Júnior (2000, p. 118) enfatiza que:

É notório que as condições sociais de 1940, quando se fixou o limite mínimo da imputabilidade penal aos dezoito anos, já não são as de hoje. Tudo mudou, de forma radical e sensível: as condições sociais, que possibilitam condutas permissivas, ensejam ao jovem conhecer amplamente o mundo; e assim por diante. Por via de conseqüência, o pressuposto biológico não

será mais mesmo. O jovem de hoje, aos dezesseis anos, costuma ter a capacidade para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Como então insistir em estabelecer aos dezoito anos o limite mínimo da imputabilidade penal?

É forçoso reconhecer que no mundo moderno, a informação chega com muito mais velocidade, diferente de décadas passadas, contudo, não se pode entender e daí generalizar, passando acreditar que só a quantidade de informação e seu acesso, seriam suficientes para fazer toda uma geração ser considerada plenamente de entendimento.

Vivemos em um país com proporções continentais, os veículos difusores da informação não as transmitem com a mesma qualidade e velocidade que nos grandes centros urbanos, soma-se a isso, a desigualdade social do povo, muitos não têm acesso a jornais, revistas, internet, vivem abaixo da linha de pobreza, alguns até moram nas ruas nas capitais. É necessário entender que não basta ter a informação a disposição é preciso querer ter contato, é preciso entender e processar, é preciso querer torna-la conhecimento para a vida, como podemos exigir ou querer que pessoas que não possuem o mínimo para sobreviver estejam preocupadas com o mundo em sua volta, com temas relevantes para a sociedade, na verdade a única preocupação é sobreviver. Exemplo disso são os sinais nas capitais cheios de crianças limpando para-brisa de carros ou pedindo esmola para ao final do dia ter o que comer no dia seguinte.

Avançando na linha de defesa e desconstituindo os argumentos dos favoráveis a redução da maioria penal argumenta-se, que as medidas aplicadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), trazem uma sensação de impunidade. Para avançarmos precisamos desconstituir alguns paradigmas em relação ao conceito que o menor não é responsabilizado por seus atos de infração.

O referido Estatuto divide o tratamento dado aos menores infratores em duas vertentes: para os menores de 12 anos (considerado criança conforme art. 2º), aplicam-se as medidas protetivas previstas no art. 101 e aos entre 12 e 18 anos aplica-se o art. 112 (medidas socioeducativas).

O ECA traz em seu texto, dois grupos distintos de medidas socioeducativas. O primeiro são as medidas socioeducativas em meio aberto (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço a comunidade e

liberdade assistida) e a segunda as privativas de liberdade (inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional).

Como é possível perceber, as medidas restritivas de liberdade previstas no Estatuto assim como no Direito Penal, são as ultimas alternativas do Estado no exercício do *jus puniendi*. Vejamos algumas comparações.

A internação é medida das mais trágicas adotadas pelo Estatuto que se equivale a prisão em regime fechado. A diferença que não se fixa prazo mínimo para a internação e sim prazo máximo de 03 anos por ato infracional, devendo ser reavaliada a cada 06 meses no mínimo (art. 121, § 2º). Comenta-se que a internação por 03 anos seria medida muito benevolente ao adolescente, porque o Código Penal traria ao maior a possibilidade de cumprimento de pena com prazo máximo de até 30 anos (art. 30 do CP). Porém para a grande maioria dos crimes, o ECA foi mais rigoroso do que o Código Penal. A lei de Execução Penal trás em seu texto a possibilidade de progressão de regime do mais gravoso ao menos gravoso sempre que o apenado tiver cumprido ao menos um sexto da pena, com a ressalva dos crimes hediondos.

Para fixar um paralelo entre a medida de internação de 03 anos do menor a mesma medida ao maior, este teria que pegar uma pena de 18 anos e cumprindo três anos, ou seja, um sexto da pena poderia progredir de regime. O condenado para começar no regime inicialmente fechado, precisa ter sido apenado com pena superior a 08 anos, segundo art. 33, § 2º, alínea a, do CP, enquanto que pelo ato infracional o menor já pode pegar os 03 anos de internação, pois não a correlação entre prazo e internação.

O infrator juvenil não escapa da responsabilização pelos seus atos como muitos pensam, o que a na verdade, é uma adequação das medidas punitivas a sua condição de pessoa em desenvolvimento buscando reinserir esse delinquente infrator a sociedade.

3.4 A ESTATÍSTICA DA DELINQUÊNCIA JUVENIL NO BRASIL

O Projeto de Monitoramento da Criança e do Adolescente⁴ apresentam os dados sobre a realidade infanto-juvenil no Brasil.

⁴ O projeto de monitoramento da criança e do adolescente é uma ONG composta por um Comitê composto pelo Secretariado do Fórum Nacional DCA e por representantes de cinco Entidades Parceiras - Rede Marista de Solidariedade, Visão Mundial, KNH, PLAN e Instituto C&A.

Há registros de 40.356 adolescentes brasileiros em cumprimento de medidas socioeducativas, sendo 17.651 (43,7%) em cidades do interior e 22.705 (56,3%) nas capitais. São Paulo é a Unidade da Federação com maior número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, ou seja, 20.062 adolescentes, dos quais 52,2% no interior e 47,8% na capital.

As medidas socioeducativas em cumprimento pelos adolescentes estão mais concentradas no meio aberto (41,8% LA - Liberdade Assistida, 24,5% PSC - Prestação de Serviços a Comunidade e 7,4% PSC + LA). A internação soma 15,8% e a Semiliberdade 10%.

Os atos infracionais mais freqüentes cometidos pelos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas são o roubo (25,4%), o furto (16,9%) e o tráfico de drogas (8,3%). O roubo é mais significativo nas capitais (32,9%) e o furto no interior (25,7%).

A faixa etária de 16 a 17 anos apresenta maior porcentagem de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas (44%), seguida da faixa etária de 18 a 21 anos (34,5%) e de 12 a 15 anos (17,6%). Dos 44% de adolescentes de 16 a 17 anos em cumprimento de medidas socioeducativas 42,5% são no interior e 45,2% nas capitais.

Dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas 51,8% possui nível de escolaridade de ensino fundamental, 37,8% sem informação, 6,5% ensino médio, 3,4% menos que o ensino fundamental e 0,4% EJA/Supletivo sem especificar nível.

Dos 17.856 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa privativa de liberdade, 11.901 cumprem internação, sendo 11.454 do sexo masculino e 447 do sexo feminino, 3.471 estão em internação provisória, dos quais 3.278 do sexo masculino e 193 do sexo feminino e 1.568 cumprem medida socioeducativa de semiliberdade, 1.476 do sexo masculino e 92 do sexo feminino. O Estado de São Paulo lidera o ranking ao registrar 6.506 adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade.

O número de homicídios na população de 15 a 24 anos, em 2007, foi maior entre negros com 11.905 casos, com maiores registros no Rio de Janeiro (1.677), Pernambuco (1.652) e Bahia (1.251). Por outro lado, há registros de 4.512 casos de homicídios de brancos, sendo que São Paulo e Paraná apresentam os números 991 e 947 casos respectivamente. (SECRETARIA EXECUTIVA FÓRUM NACIONAL DCA, 2014)

Analisando a participação dos menores nos indicadores de violência, tema que têm tirado o sossego da sociedade que não sabe mais a quem recorrer, assim enfatiza Leal (2014):

Quando vejo o Congresso Nacional se movimentando para reduzir a responsabilidade penal no país para 16 anos, não posso deixar de pensar que se está apostando no pior.(...)”. Dados coletados pelo Flanud/SP, Unicef e Departamento da Criança e do Adolescente do Ministério da Justiça falam por si. Em primeiro lugar, os adolescentes infratores são responsáveis por apenas 10% dos crimes cometidos no Brasil. E mais: de cada cem mil adolescentes, só 2,7 são infratores, enquanto em cada cem mil adultos, 87 são infratores. De todos os atos infracionais praticados por adolescentes, somente 8% equiparam-se a crimes contra a vida. A grande maioria (75%) são crimes contra o patrimônio e destes, 50% são furtos. Isto é, delitos sem violência. Mas o que precisamos é ter coragem de admitir que este país está longe de cumprir com suas responsabilidades para com nossas crianças e jovens, sobretudo pobres. Uma sociedade excludente e

injusta como a brasileira não pode apostar na redução da responsabilidade penal como a saída para a superação da violência.

3.5 MAIORIDADE PENAL E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O legislador brasileiro adotou o critério biológico, disciplinando que aqueles menores de 18 anos são inimputáveis, ou seja, não cometem crimes e sim ato infracional.

O Código Penal de 1940, ao estatuir a imputabilidade tratou no art. 27 que os menores de 18 anos seriam inimputáveis, reconhecendo tratamento diferenciado dado o grau de imaturidade.

Essa é a conclusão que se extrai do item 23 da exposição de motivos do Código Penal de 1940:

Manteve o projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à penal criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispões o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo à contaminação carcerária.(BRASIL, 1940)

A imputabilidade penal estabelecida no atual Código Penal e depois na Constituição Federal de 1988 é fruto de um processo histórico aqui demonstrado no primeiro capítulo, onde o adolescente era tratado como objeto do direito, um problema a ser resolvido. Partia da premissa da violação de um direito na qual o adolescente violava ou era violado, era a doutrina da situação irregular. Hoje, a legislação nacional e internacional, consagra o princípio da proteção integral e trás na carta de 1988 o seguinte texto:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

O constituinte reconhece a necessidade de proteger o ser humano ainda em desenvolvimento, trata-se de um mecanismo de aperfeiçoamento da sociedade, pois são os jovens no futuro próximo seus representantes, trata-se do futuro que queremos e buscamos. O Estado, a família e a sociedade são atribuídos à responsabilidade do bem zelar e cooperar para o desenvolvimento desses futuros adultos.

A maioria penal pela primeira vez foi inserida no texto constitucional que usando de técnica legislativa própria a inseriu no capítulo que trata das crianças e dos adolescentes e o fez em título apartado para chamar a atenção dos direitos fundamentais ali enumerados. O art. 228 da CF/88 estabelece que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

A garantia penal estatuída no art. 228 da CF/88 foi regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, que prevê para os menores de 12 anos medidas protetivas do art. 101 e dos 12 aos 18 anos medidas socioeducativas do art. 112 (advertência, obrigação de reparar os danos, prestação de serviço a comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional).

No Capítulo a seguir trataremos da redução da maioria penal para a Constituição, buscando demonstrar a luz da doutrina que o constituinte etiquetou em título específico verdadeiros direitos fundamentais análogos aos estatuídos no art. 5º da CF/88, usando de técnica legislativa específica e por consequência lógica se enquadra na proteção de imutabilidade do art. 60, § 4 da Carta, as chamadas cláusulas pétreas.

4 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PARA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A grande questão que se levanta é saber se apesar da idade penal está inserida no texto constitucional se é possível reduzi-la, ou seja, se através de Emenda a Constituição é possível reduzir a maioria penal, como querem alguns para os 16 anos.

Antes de abordarmos o que seria o esqueleto desse trabalho, entendemos ser necessário uma síntese da campanha pelo movimento de proteção integral do menor, que antes eram tratados de maneira assistencialista pela sociedade civil e pelo Estado que se abstinha do cumprimento de proteção. Houve um movimento de adesão entre sociedade civil e partidos políticos que encamparam uma Emenda popular visando tutelar o menor com objetivos bem delineados, permitindo que estes pudessem de alguma forma contribuir no futuro para o crescimento do país e tivesse como se manter distante da delinquência. Em julho de 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 65 que incluiu o jovem entre os sujeitos portadores de vulnerabilidade. (CANOTILHO; MENDES; [et. al], 2014).

4.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição de 1988 adotou um capítulo específico para tratar dos direitos da criança, do adolescente, do jovem nos termos seguintes: “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, redação dada pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010. A técnica legislativa empregada tratando dos direitos fundamentais em um capítulo a parte, fora do tradicional art. 5º, visa prestigiar os inúmeros direitos ali elencados, o Estado assumi o compromisso em fomentar políticas públicas e chama a responsabilidade, juntamente com a família e a sociedade para a proteção integral do menor.

Nesse sentido colecionamos os Comentários à Constituição do Brasil:

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 é fruto de uma “ virada hermenêutica “ sobre a concepção da relevância dos direitos da criança e do adolescente. Tanto que é inovador quanto ao tratamento da população infantojuvenil por uma Constituição, pois dedica à criança e ao adolescente um dos mais expressivos textos consagrados de direitos fundamentais da pessoa humana, cujo conteúdo foi, posteriormente, explicitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/1990. Ele é fruto das conquistas

infantojuvenis do século XX, pois foi neste período que ocorreu “ a descoberta, valorização, defesa e proteção da criança “, além terem sido formulados ” os seus direitos básicos “, reconhecendo-se, com eles, que a criança é um ser humano especial, com características específicas, e que tem direitos próprios. (CANOTILHO; MENDES; [et. al], 2014, p. 5029-5030)

Buscando entender o Direito Fundamental o que estaria em sua essência colecionamos o magistério de Bulos (2014, p. 525):

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente do credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

A Constituição deu tratamento especial, a categoria mais vulnerável da sociedade e em especial, as crianças, adolescentes e aos jovens, garantindo a esses direitos fundamentais individuais e coletivos, bem como, direitos sociais em artigos específicos (art's. 227 a 230) dada a importância e o compromisso assumido pelo Constituinte, que com a redação dada pela EC nº 65 de 2010, etiquetou no art. 227:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2010)

O referido artigo enumera em seus vários incisos e parágrafos a garantia da proteção especial em razão de déficit psicológico causado por algum tipo de fragilidade e mais, trás em seu § 3º, V, “obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade ”. O princípio da dignidade humana constitui substrato e está na base de todos os direitos fundamentais, a o reconhecimento pela ordem jurídica da sua dimensão em todos seus aspectos, essa garantia esta prevista de forma geral no art. 1º da CF, mas de forma específica como garantia menorística no art. 227 da carta 1988. Pela leitura do diploma verificasse de forma inegável o reconhecimento do Constituinte que tratou

de garantir as crianças e aos adolescentes direitos fundamentais individuais e o fez em dispositivo autônomo dando ampliação a técnica legislativa conferida no capítulo dos direitos e garantias individuais e coletivos.

Corroborando com nosso entendimento trazemos os esclarecimentos a seguir:

Pela dicção do art. 227 da Constituição, não há dúvidas de que os direitos ali previstos tem caráter de essencialidade e são destinados especificamente ao menor. Para tanto, basta proceder verificação da fundamentalidade material dos direitos em análise, ou seja, a circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. A fundamentalidade de tais direitos vai ao encontro do “lugar” ocupado pelos menores na estrutura do Estado, da sociedade e da família, sendo que todos esses têm o dever de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais daqueles. Não obstante o art. 6º. da Constituição prever a proteção à infância, ao estipular que são direitos sociais “ a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição “, é o caput do at. 227 da Constituição de 1988 o dispositivo reconhecido como a Declaração de Direitos Fundamentais da população infantojuvenil.

Os arts. 3º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente também traduzem normas de direitos fundamentais, pois esses não se esgotam no catálogo constitucional (Título II), bem como em dispositivos esparsos do texto da Carta Magna, por força da norma aberta, insculpida no art. 5º, § 2º, CF. Além disso, não se pode ignorar a possibilidade de princípios implícitos, isto é, estarem presentes em nosso ordenamento direitos não escritos, extraídos das diretrizes e dos princípios fundamentais, bem como das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais apostas na Constituição Federal, mediante a atividade exegética do (CANOTILHO; MENDES; [et. al], 2014, p. 5035).

Lenza (2014) nos informa que corroborando com a doutrina mais atualizada os direitos individuais e coletivos, assim já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não se restringe ao art. 5º da CF/88, mais podem ser encontrados ao longo de todo o texto de forma expressa ou decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou ainda, decorrentes de tratados e convenções internacionais que o Brasil seja signatário com base no art. 5º, § 2º.

O Estado brasileiro evoluiu no tratamento dado as crianças e adolescente antes da Carta Magna de 1988, os menores eram vistos como objeto do direito, sujeitos a controle e disciplinamento social. A atual carta reconheceu direitos e garantias individuais e dada a importância assumida pela família, sociedade e Estado, etiquetou tais garantias em capítulo apartado para assegurar a convivência

pacífica, digna, livre e igualitária, daqueles que são reconhecidos pelo texto constitucional como sendo detentores de direitos fundamentais.

4.2 DA CLÁUSULA PÉTREA E A IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A Constituição trouxe em seu texto um núcleo normativo imodificável o qual engloba matérias imprescindíveis à configuração do Estado e a esse núcleo chamou de cláusula pétrea, diante delas o legislador não poderá remover ou restringir certas matérias. A Carta Magna de 1988 foi precedida por um período de autoritarismo fruto dos 21 anos de ditadura militar que levou o constituinte originário a demonstrar certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, deixando a salvo uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.

Dispõe o art. 60, parágrafo IV da Constituição:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Pela a proposta desse trabalho nos atemos ao inciso IV (os direitos e garantias individuais), boa parte da doutrina, entende que a cláusula de intangibilidade estaria estatuída no art.5º da Carta Magna, mas como já demonstrado corroborando o entendimento do STF por força do parágrafo 2º do mesmo artigo, trata-se de cláusula aberta podendo ser encontrada ao longo de todo o texto de forma expressa ou decorrente do regime e princípios por ela adotado, ou ainda, decorrentes de tratados e convenções internacionais que o Brasil seja signatário.

Nesse sentido Sarlet (2012, p. 57) preleciona que “o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, § 2º da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais”.

Tais quais os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, o legislador etiquetou no art. 227 da lei maior, uma série de direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento e dentre eles a previsão de tratamento especial das crianças e adolescentes na seara criminal, instituído em legislação especial, e previu no art. 228 da Constituição Federal a garantia fundamental de proteção a sua condição de pessoa em desenvolvimento e dispôs pela primeira vez no Brasil a nível constitucional “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Apesar das normas dos arts. 227 e 228 se encontrarem no Capítulo VII do Título VIII da Constituição, não há como negar-lhe a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Segundo Canotilho (2013, p. 5063) “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdade e garantias, beneficiam-se de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes”.

Apesar da impossibilidade da redução da maioria penal no Brasil não ser tema que alcança consenso, a não redução da maioria estaria protegida dentro do manto das cláusulas pétreas com base no art. 60º, § IV da CF/88, vários são os juristas que corroboram com o esse entendimento pelos mesmos fundamentos até aqui exposto.

Machado (apud ANDRADE, 2013) nos tráz a seguinte reflexão.

Com perdão a obviedade: se o caput do art. 5º da CF menciona a vida, a liberdade, a igualdade, para depois especificar os inúmeros desdobramentos (ou facetas) desses direitos nos seus incisos, e se o art. 227, caput, refere-se expressamente à mesma vida, liberdade, dignidade, para em seguida desdobrá-la, seja no próprio caput, seja no § 3º, seja no art. 228, evidente, que se trata de direitos da mesma natureza, ou seja, dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

[...] Postulo que a inimputabilidade penal é direito-garantia individual das pessoas que contam menos de 18 anos, pelos contornos que ela recebeu do Constituinte de 1988. É direito-garantia exclusivo de crianças e adolescentes, que compõe um dos pilares da conformação do sistema de proteção especial a crianças e adolescentes instituído pela Constituição brasileira de 1988, ditando, pois, os contornos desse sistema constitucional.

Na mesma linha de raciocínio preleciona Dotti (2005, p. 412):

A inimputabilidade assim declarada constitui umas das garantias fundamentais da pessoa humana embora topograficamente não esteja

incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5.º, caracterizando, assim uma cláusula pétrea. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional, visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado.

E ainda expõe Delmanto [et al] (2007, p. 107):

[...] a nosso ver, seria um grave equívoco de nosso legislador. Não obstante a maioria penal não esteja incluída em uma das chamadas cláusulas pétreas do art. 5.º da Magna Carta, mas sim em seu art. 228, o marco dos 18 anos deve ser prestigiado, sobretudo em um País como o nosso em que o abismo social é um dos maiores do mundo, sendo os nossos infantes explorados mediante toda sorte de agruras, como pedir esmolas em faróis até altas horas da noite, vivendo em favelas sem um mínimo de dignidade e, sobretudo, sem qualquer perspectiva de ascensão social.

E ainda a concluir pelo entendimento que os art. 227 e 228 da Constituição Federal passaram a conferir as crianças e aos adolescentes a titularidade de direitos fundamentais em harmonia a Convenção sobre os Direitos da Criança é o que se extrai do magistério de Novelino (2014, p. 1235-1236):

Com o tratamento conferido originalmente conferido pela Constituição de 1988, crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (de 12 aos 18 anos) passaram a ser considerados titulares dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...] A Constituição protegeu como penalmente inimputável os menores de 18 anos, os quais estão sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228). Em harmonia com a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), que define como tal todo ser humano menor de 18 anos de idade [...] Como garantia individual decorrente do processo de universalização dos direitos humanos, a imputabilidade penal para menores de 18 anos deve ser considerada cláusula pétrea.

Como demonstrado muitos são os juristas (Marcelo Novelino, Ariel Dotti, Luiz Flávio Gomes, Celso Delamnto, Mirabete e outros) que entendem ter o Constituinte tratado em capítulo específico verdadeiros direitos fundamentais pois reconhecem de forma clara que os direitos enumerados nos arts. 227 e 228 (vida, liberdade, igualdade) são análogos aos do art. 5º e por consequência lógica estão protegidas pela cláusula pétrea.

No entendimento de Mirabete (2001), a redução da maioridade penal representaria um retrocesso na política penal e penitenciária, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 anos.

O reconhecimento dos direitos fundamentais está na base de uma sociedade, é garantia mínima da dignidade humana, interpreta-los de forma restritiva ou até reduzi-los seria um retrocesso. As garantias são fruto de uma evolução histórica que muitas vezes foram marcadas pela superação de grandes obstáculos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente a legislação brasileira fixa a idade penal aos 18 anos e trata nos seguintes dispositivos, art. 228 da CF/88, art. 27 do CPB e art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo adotado o critério biológico ou etário. Contudo nem sempre foi assim, o estudo histórico da legislação mostrou que no Brasil ao longo de sua história diversas legislações fixaram a imputabilidade penal.

No início de nossa colonização regia um compendio de normas jurídicas trazidas pela Coroa Portuguesa conhecido como ordenações filipinas, que previa a responsabilidade penal a partir dos dezessete anos. Com o Código criminal do império de 1830 a partir dos quatorze anos caso o menor demonstra-se entendimento do ilícito já era possível imputar responsabilidade criminal.

O critério subjetivo de apuração do entendimento do ilícito trazido pelo código criminal do império se sucedeu nas legislações posteriores e em 1890 surge o Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, que prevê a responsabilidade penal a partir dos nove anos, mantendo a análise subjetiva pelo julgador.

Com a instituição do Código de Menores através do decreto 5.083 de 01/12/1926, pela primeira vez a legislação passou a reconhecer aos menores direitos e não só obrigações havia previsão de assistência e proteção aos menores constituindo um binômio carência/delinquência. A imputabilidade penal passou a ser novamente a partir dos quatorze anos. Este menor de quatorze anos de acordo com sua condição poderia ser abrigado em asilo, casa de educação, escola de preservação ou ser entregue a pessoa idônea até que completasse 18 anos de idade.

Ao longo de nossa história por diversas vezes houve alternância na fixação da idade penal que com entrada em vigor do Código de Menores de 1926 em diante a política criminal infanto-juvenil passou adotar regime de proteção, prevendo tratamento diferenciado reconhecendo no menor um ser em desenvolvimento. Com o Código Penal de 1940 fixa a idade penal aos 18 anos o que é referendado pelo constituinte de 1988 que pela primeira vez numa Constituição brasileira trata da imputabilidade penal e reconhece direitos fundamentais em capítulo específico.

A evolução histórica no tratamento concernente as crianças e aos adolescentes permitiu chegar ao modelo de proteção integral atual o que foi

positivado pelo constituinte nos arts. 227 e 228 da Carta de 1988, que garantiu real proteção aos direitos fundamentais individuais em capítulo específico.

Muito tem se ouvido falar da necessidade da redução maioridade penal sob a justificativa da crescente onda de violência espalhada pelo país e a participação dos menores em crimes, tendo em vista, que a imputabilidade penal está fixada aos 18 anos.

Os dados estatísticos apresentado nesse trabalho mostram que essa premissa da responsabilidade pelo aumento dos índices de violência tendo o menor como causador está errada, os números mostram que dos 40.356 adolescentes cumprindo medidas socioeducativas no Brasil, 25,4% por roubo, 16,9% por furto e 8,3% por tráfico de drogas, ou seja, pouco mais de 40% cumprem por crimes contra o patrimônio e 8% por crimes contra a vida.

Os números ainda mostram que os homicídios na população de 15 a 24 anos, em 2007, foi maiores entre negros com 11.905 casos. E ainda dados do UNICEF indicam que apenas 10% dos crimes cometidos no Brasil são cometidos por adolescentes infratores e que a cada cem mil adolescentes só 2,7 são infratores, enquanto em cada cem mil adultos, 87 são infratores.

Podemos concluir que não é verdade que os grandes responsáveis pelo aumento da violência seja os adolescentes, mas acreditamos que tem aumentado sua participação no mundo do crime. Pensamos que o fator que tem contribuído no aliciamento desses jovens seja a falta de políticas públicas, a falta de ocupação, a perspectiva de futuro. O Estado não tem priorizado conforme relata o texto Constitucional.

Nos filiamos pelos argumentos apresentados nesse trabalho aos juristas que entendem que o texto Constitucional previu em capítulo específico direitos fundamentais individuais as crianças e aos adolescentes e por consequência lógica estes estariam resguardados pelo mando das cláusulas pétreas com fundamento no art. 60,§ 4º da CF/88, tornando inconstitucional qualquer emenda que tenha como propósito reduzir a maioridade penal no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luis Fernando de. A impossibilidade da redução da maioria penal do Brasil. **Abc do Direito**, 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.abcdodireito.com.br/2013/01/a-impossibilidade-da-reducao-da-maioridade-penal-no-brasil-.html>>. Acesso em: 18 out. 2014.

ARAÚJO, Kleber Martins de. Pela redução da maioria penal para os 16 anos. **Jus Navigandi**, dez. 2013. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4578/pela-reducao-da-maioridade-penal-para-os-16-anos#ixzz2M6dfWUYR>> Acesso em: 06 set. 2014.

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

_____. Decreto Lei n. 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago.

_____. Decreto n. 5.083 de 1º de dezembro de 1926. Institui o código de menores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 dez. 1926. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/dpl/dpl5083.htm>. Acesso em: 4 set. 2014

_____. Emenda Constitucional n. 65 de 13 de julho de 2010. Altera a denominação do capítulo VII do título VIII da Constituição Federal e modifica seu art. 227 para cuidar dos interesses da juventude. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 jul. 2010. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

_____. Lei n. 8.069 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. **Portal CNJ**, 05 jun. 2014. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em 05 set. 2104.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA, Maria D'alva Macedo. **Um olhar diferente sobre a criança e o adolescente em nossa realidade**. Cadernos Nupec: Salvador, 1996.

JESUS, Damásio de. **Código anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEAL, Luciana de Oliveira. A redução da idade de imputabilidade penal e seus aspectos constitucionais. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://www.smithedantas.com.br/texto/menor_penal.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. História do Direito. Ordenações Filipinas – Considerável influencia no direito brasileiro. **Jornal Carta Forense**, 04 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em: 04 set. 2014.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

MIRABETE, Fabbrine Julio. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código penal comentado**. 14. ed. rev. atual e amp. Rio de Janeiro: 2014.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Rio de Janeiro: Cândido Mendes de Almeida, 1870. Disponível em:<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ni.htm>>. Acesso em: 15 out. 2014.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. **Decreto Lei n. 847 de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Ministério dos Negócios da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1890. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

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

SECRETARIA EXECUTIVA FÓRUM NACIONAL DCA. **Projeto de Monitoramento dos Direitos da Criança e do Adolescente**: Justiça. Brasília, 2014. Disponível em:<<http://www.monitoredireitos.org.br/pesquisa/resultado/dimensao/justica>>. Acesso em: 29 set. 2014.