

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JANAINA SOLANGE DE SOUZA**

**REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: A PROPOSTA DE EMENDA  
CONSTITUCIONAL 171/1993 E SUA (DES) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.**

**Florianópolis - SC**

**2016**

**JANAINA SOLANGE DE SOUZA**

**REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: A PROPOSTA DE EMENDA  
CONSTITUCIONAL 171/1993 E SUA (DES) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa**

**Florianópolis - SC**

**2016**

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus e aos meus pais.

Agradeço a minha filha que é a razão do meu viver e a principal motivação da minha vida.

A minha irmã que apesar de mais nova me inspirou e me fez perceber que eu era capaz de desbravar o caminho universitário.

A minha amada e saudosa vó Raquel que acreditou em mim antes mesmo de eu saber que era capaz, foi com ela que me amou mais pelos meus defeitos do que talvez pelas minhas qualidades e que me ensinou que somos únicos e isso ninguém pode tirar de nós que eu enfrentei os muitos dos obstáculos que apareceram pelo caminho.

Ao meu querido professor e orientador Alexandre Morais da Rosa que apesar de todo prestígio mais que merecido adquirido em seus anos de profissão consegue, de maneira ímpar, tratar a todos de maneira tão gentil e respeitosa.

Que nossa profissão conte com mais Alexandre Morais da Rosa pelo caminho.

Agradeço a coorientadora Daniela Bornin que muito me ajudou na confecção desse trabalho.

Finalmente, agradeço a todos que com um gesto ou uma palavra de incentivo de alguma maneira contribuíram para minha jornada.

A todas essas pessoas que trilharam o caminho ao meu lado, dedico meu muito obrigado e minha eterna gratidão.

## RESUMO

SOUZA, Janaína Solange. **Redução da maioria penal: a proposta de emenda constitucional 171/1993 e sua (des) conformidade constitucional.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Penal) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar os posicionamentos referente a redução da maioria penal no Brasil, que hoje é partir de 18 anos de idade por meio da Proposta de Emenda Constitucional 171/1993. Esta análise foi elaborada através de revisão bibliográfica, em livros, códigos, periódicos, internet e outras literaturas afetas ao tema. Inicialmente apresentamos a evolução histórica da imputação penal na legislação brasileira, até os dias de hoje com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. No decorrer do trabalho, constata-se que na esfera constitucional a polêmica reside na possibilidade ou não da redução da maioria penal, por tratar-se de matéria imutável, as chamadas “cláusulas pétreas” ou somente questão de política criminal, portanto sujeito a alteração pelo poder constituinte reformador. Demonstraremos no decorrer desse trabalho que a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 171/2015 não observou os limites fixados pelo constituinte originário e por essa razão possui vícios formais e materiais tornando a proposta em desconformidade com os preceitos constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** imputabilidade penal - redução da maioria penal – direito constitucional.

## **ABSTRACT**

This study aims to demonstrate the positions regarding the reduction of legal age in Brazil, which today is from 18 years of age through the proposed constitutional amendment 171/1993. This analysis was prepared by literature review, in books, codes, newspapers, internet and other literature afetas the subject. Initially we present the historical evolution of criminal imputation under Brazilian law, even today with the Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents. During the work, it appears that in the constitutional sphere the controversy lies in whether or not the reduction of the legal age, because it is immutable matter, the so-called "foundation stones" or just a matter of criminal policy, therefore subject to change the reformer constituent power. We demonstrate in the course of this work that the conduct of the Proposed Constitutional Amendment 171/2015 did not observe the limits set by the original constituent and therefore have formal and material defects making the proposal in violation of the constitutional provisions.

**KEYWORDS:** criminal responsibility - reduction of criminal responsibility - constitutional law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A CRIMINALIZAÇÃO DA INFANCIA E JUVENTUDE NO BRASIL: DA INVISIBILIDADE À PROTEÇÃO INTEGRAL... ..	10
1.1 Brasil- Colônia e Império.....	10
1.2 Brasil – República.....	12
1.3 O Direito da Infância.....	13
1.4 Código de Menores.....	15
1.5 O Código Penal de 1940.....	16
1.6 A Doutrina da Proteção Integral .....	16
1.7 Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	19
2 DA IMPUTABILIDADE PENAL .....	23
3 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	28
3.1 Corrente a favor.....	28
3.2 A Corrente Contrária à redução.....	30
4 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: POLITICA CRIMINAL OU CLÁUSULA PÉTREA?.....	33
4.1 Política Criminal .....	33
4.2 Cláusula Pétrea .....	36
5 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.º171/1993 E SUA (DES) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.....	37
5.1 Poder Constituinte Reformador.....	37
5.2 A Tramitação da PEC 171/93 na Câmara dos Deputados.....	39
5.3 A Inconstitucionalidade formal da PEC 171/93.....	41

5.4 A Inconstitucionalidade material da PEC 171/93.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	48
REFERÊNCIAS.....	50

## INTRODUÇÃO

A primeira indagação que vem à tona no cenário brasileiro é quando algum fato provoca uma comoção social, a exemplo, o sequestro, abuso sexual e morte do casal Liana Friedenbach e Felipe Caffé<sup>1</sup> e também da morte do menino João Hélio<sup>2</sup>, crimes bárbaros praticados com a participação efetiva de um adolescente, ou seja, de uma pessoa que ainda não atingiu a maioridade penal é a possível modificação na legislação. Essa ideia é corriqueira, basta uma notícia que a solução logo vem: Direito penal.

Equivocadamente acredita-se que a direito penal é a solução para todos os males, entre eles, a criminalidade. Isso porque, no nosso sistema jurídico, a maioridade penal se dá aos 18 anos de idade. Seguindo uma tendência mundial, a previsão legislativa brasileira encontra-se respaldado em três diplomas legais, o primeiro deles, de 1940, Código penal, que previa no revogado art. 23, “ os menores de dezoito anos penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos as normas previstas na legislação especial”. Posteriormente, com a reforma de 1984, prevê no artigo 27 “ Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”.

Com o advento da Constituição de 1988, a inimputabilidade penal veio inserta no artigo 228 e, finalmente, em 1990 prevista no artigo 104, caput, do Estatuto da Criança e do adolescente.

Desde 1940, o Legislador manteve-se fiel ao princípio de que a pessoa menor de 18 (dezoito) anos não possui desenvolvimento mental completo para compreender o caráter ilícito de seus atos, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Em vista disso, foi adotado o critério biológico, seguindo a tendência mundial.

Sucedem que, em decorrência de supostas “onda de terror”, “violência exacerbada” e da prevalência da “cultura do medo” surgem, constantemente, no cenário jurídico e político, propostas de emendas constitucionais que buscam reduzir a idade estipulada pelo constituinte

---

<sup>1</sup> O **Caso Liana Friedenbach e Felipe Caffé** foi um crime ocorrido na zona rural de Embu Guaçu, região metropolitana de São Paulo, entre 1 e 5 de novembro de 2003 e que causou profunda indignação na sociedade brasileira, e reacendeu o debate a respeito da maioridade penal no Brasil. O crime consistiu na tortura e assassinato do jovem Felipe Silva Caffé (19 anos) e da menor Liana Bei Friedenbach (16) por Paulo César da Silva Marques, o "*Pernambuco*", Roberto Aparecido Alves Cardoso, menor infrator conhecido como "*Champinha*", Antônio Caetano, Antônio Matias e Agnaldo Pires, além do estupro e tortura desta última por ambos os criminosos.

<sup>2</sup> O **Caso João Hélio** foi o crime ocorrido na noite de 7 de fevereiro de 2007, quando **João Hélio Fernandes Vieites** ficou conhecido em todo o Brasil no dia 8 de fevereiro, após sua morte traumática na noite do dia anterior, quando o carro em que ele estava com a mãe foi assaltado. Os assaltantes arrastaram o menino preso ao cinto de segurança pelo lado de fora do veículo, entre os assaltantes havia um menor de 18 anos.



originário, notadamente após a ocorrência de crimes em que estejam envolvidos adolescentes, para viabilizar a vontade popular, influenciada pela mídia populista.

Influenciados pela “ exploração do medo e da insegurança, adota-se o discurso de uma reforma radical da legislação penal e da política criminal pelo viés do terror, ao mesmo tempo em que se desprezam conquistas históricas concernentes aos direitos e garantias individuais e coletivas” (MORAIS DA ROSA, SILVEIRA FILHO, 2011, p.18)

O debate da redução da maioria penal é discussão recorrente na conjuntura atual, após a aprovação da PEC 171/93 na Câmara dos Deputados, numa votação conturbada.

Busca-se no presente trabalho analisar os argumentos contrários à redução da maioria penal e os argumentos favoráveis, questionando o processo legislativo de tramitação da PEC 171 e a afronta aos pilares democráticos.

A metodologia a ser utilizada na presente monografia, instiga-se no método dedutivo, já que as premissas relativas à delimitação do tema, serão abordadas por pesquisas bibliográficas. A análise foi elaborada através de revisão bibliográfica, em livros, códigos, periódicos, internet e outras literaturas afetas ao tema.

No primeiro capítulo contextualizamos os aspectos históricos da criminalização da infância no nosso país e do surgimento dos direitos da criança e do adolescente, iniciamos o estudo no Brasil Colônia até Constituição de 1988.

No segundo capítulo estudamos a imputabilidade penal, seu conteúdo e significado no direito pátrio.

No terceiro capítulo abordamos os argumentos das correntes favoráveis e contrários à redução. Logo em seguida, no capítulo seguinte o estudo se voltou para as duas principais vertentes acerca do assunto, qual seja, a redução da maioria penal seria política criminal ou cláusula pétrea?

Finalmente o último capítulo tratou do estudo da Proposta de Emenda Constitucional 171/1993 abordando a tramitação e a inconstitucionalidade formal e material da proposta.

# 1 A CRIMINALIZAÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE NO BRASIL: DA INVISIBILIDADE À PROTEÇÃO INTEGRAL

O Brasil, alinhado aos demais países da América latina, na trajetória dos direitos da crianças e adolescentes reproduz um cenário social marcado por uma imensa desigualdade, resultado de um processo caracterizado pela negação de direitos desde os tempos mais remotos.

## 1.1 Brasil - Colônia e Império

Após o descobrimento, em meados de 1551, com o objetivo de isolar crianças indígenas dos costumes de sua tribo, foi fundada pelos jesuítas, a primeira casa de recolhimento para menores. Nessa época, o recolhimento das crianças era feito sem que houvesse ofensa ao ordenamento jurídico, apenas satisfazendo os interesses do Estado, através da Igreja Católica, que retirava essas crianças da convivência dos seus pais e dos seus costumes tribais. (AMIN, 2007)

Custódio acrescenta:

(...) a aproximação amorosa dos jesuítas às crianças atraíram uma parcela significativa da população infantil no século XVI, tornando possível a instituição de uma prática educacional baseada do binômio amor-repressão, para qual a imposição de castigos corporais era apenas uma das faces de um complexo pedagógico profundo, que ainda nos dias atuais influencia educadores e familiares na decisão sobre a melhor forma de educar as crianças. (2009, p. 13).

Na época do Brasil- Colônia, as Ordenações do Reino foram aplicadas em nosso país, e, traziam a posição patriarcal, com a prevalência do respeito ao pai, autoridade máxima dentro de sua família, que poderia, inclusive, agredir seus filhos como forma de educação e jamais seriam punidos, pois prevalecia o entendimento de que era direito do pai educar os filhos. (AMIN, 2007)

Os portugueses queriam conquistar os índios e dominar o país, contaram com a ajuda dos jesuítas que catequizavam as crianças indígenas e dessa forma, levavam a educação portuguesa aos pais dessas crianças, como forma de compreenderem a nova ordem social instituída na nova terra.

Nos anos de 1822 e 1899, no Brasil Império, o Estado começa a se preocupar com as crianças e adolescentes surgindo uma preocupação com especial com os infratores – seja eles menores ou não. Inicia-se a utilização de uma política repressiva baseada no temor diante das penas que eram extremamente cruéis. (AMIN, 2007)

A imputabilidade penal, nas Ordenações Filipinas, dos 7 aos 17 o tratamento concedido era bem parecido com ao dos adultos apenas com uma atenuação com relação à aplicação da pena. Dos 17 aos 21 anos de idade, eram denominados de jovens adultos e dessa forma já poderiam sofrer, inclusive, a pena de morte natural – que era aquela realizado pelo enforcamento. No crime de moeda falsa era possível a aplicação de pena de morte natural para os maiores de 14 anos, inclusive.

Ao tempo da vinda da família real para o Brasil, em 1808, vigoravam tais Ordenações Filipinas na colônia do Brasil, rapidamente elevada a ‘reino unido’ a Portugal. O único benefício que um menor de 17 anos tinha em relação a um maior de idade era não ser condenado à morte.

Em 1830 até 1921, no Código Penal do Império surge o exame de capacidade de discernimento para aplicação da pena. Em 1921, a Lei 4.242 substituiu o sistema biopsicológico pelo critério objetivo da idade.

Previa o artigo 10,º:

Art. 10.º Também não julgarão criminosos:

1.º Os menores de 14 annos.

Art. 13.º Se se provarem que os menores de 14 annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhido á casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á de dezessete annos.”

Com a independência do Brasil, em 1822, “tivemos em 1830, o primeiro Código Penal Brasileiro. Este Código ficou a idade de imputabilidade penal plena em 14 anos e facultou ao juiz a possibilidade de — isso se ele entender que a criança sabe distinguir o bem do mal — mandá-la para a cadeia a partir dos 7 anos. Essa modificação na legislação penal ocorreu para permitir que D. Pedro II, fosse considerado ‘adulto’ aos 14 anos. ”. (SARAIVA, 2016, p. 32)

Assim, de acordo com o referido código, os menores de 14 anos eram considerados inimputáveis, porém, se houvesse discernimento para os compreendidos na faixa dos 7 aos 14 anos, poderiam ser encaminhados para as casas de correção até completar 17 anos.

Na Europa, começava uma preocupação com órfãos e expostos, já que era comum a prática do abandono de crianças, em igrejas, conventos e nas ruas, principalmente, filhos de escravos ou ilegítimos. Surgindo a Roda de expostos que era constituída por um cilindro oco de madeira que girava em torno do próprio eixo com uma abertura em uma de suas faces, que era colocada em uma espécie de janela por onde eram depositadas os bebês. Dessa forma,

protegia-se o anonimato das mães em detrimento desses filhos de conhecerem a sua origem biológica

O mesmo problema de abandono ocorreu em nosso país, que importou a Roda de expostos e as mantinham nas Santas Casas sendo abolida tão somente no ano de 1927, com o Código de Menores, que proibiu a utilização dessas rodas, determinando a obrigatoriedade da entrega direta a uma pessoa dessas entidades, preservando o anonimato dos pais, com a obrigatoriedade apenas do registro da criança.

VERONESE e LIMA (2012, p.19) lecionam:

O sistema de rodas proporcionava o anonimato da pessoa que abandonava o bebê na Roda. Eram rompidos os vínculos familiares e dificilmente a criança exposta teria conhecimento da identidade dos seus verdadeiros pais. A prática do abandono foi comum em famílias que não queriam desrespeitar os padrões morais e cristãos da sociedade da época, principalmente quando se tratava de uniões ilegítimas e dos filhos concebidos fora do casamento, ou ainda em casos em que a mãe fosse solteira. Para evitar infanticídios ou abortos, o abandono representava a melhor solução.

A educação, apesar de obrigatória desde 1854, não era universal, escravos, crianças que tinham doenças contagiosas e que não tivessem sido vacinadas também eram excluídas, logo, educação era vinculada ao acesso a saúde penalizando as crianças duplamente.

## 1.2 Brasil – República

Com a Proclamação da República, em 1890, o Código penal do Império deu lugar ao Código Penal dos Estados Unidos do Brasil” - Decreto 847, de 11 de outubro daquele ano, com poucas modificações. Aumentou-se de 07 para 09 anos, a imputabilidade penal, evoluindo ao considerar que irresponsável seria o menos com idade até nove anos. As crianças/adolescentes entre nove e quatorze anos de idade iriam passar pelo critério do discernimento conforme a legislação anterior, com a imputabilidade plena aos 14 anos. (SARAIVA, 2016, p. 35-36).

Previa o Código penal que:

*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, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.*

Ainda, insta mencionar que conforme previsão do art. 30 até os 17 anos de idade poderiam ser apenados com apenas 2/3 da pena prevista para o infrator adulto.

Nessa época, surgem as casas de recolhimento, com o objetivo de higienização em virtude da explosão populacional ocorrida após a migração dos escravos libertos em São Paulo e Rio de Janeiro. Essas Casas de Recolhimento, surgiram a partir de 1906, eram divididas, em Escolas de Prevenção, cujo objetivo era educar menores em situação de abandono e Escolas de Reforma e Colônias Correccionais, criadas em 1908 pela Lei 6.994 que tinha a finalidade de “regeneração” daqueles que estavam em conflito com o ordenamento jurídico vigente à época.

Assim:

A partir do ano de 1902, com a entrada em vigor da Lei n. 844, o governo brasileiro foi autorizado a fundar os Institutos Disciplinares. O Instituto Disciplinar serviu como instituição de internamento para crianças e adolescentes em situação de abandono e aqueles considerados delinquentes. O ingresso das crianças e adolescentes no Instituto Disciplinar dava-se sempre via sentença judicial e cabia ao juiz decidir pelo tempo de permanência das crianças e adolescentes na instituição. (VERONESE, LIMA, 2012, p. 25)

A educação nesses institutos se voltava para a profissionalização para integração à vida social. A institucionalização de crianças, de acordo com os ideais republicanos, seria para garantir a segurança social, retirando as crianças das ruas para deixarem de conviver com o crime e se regenerar através do trabalho, assim, o combate à ociosidade infantil se dava através da pedagogia do trabalho, pois “tentava-se a todo custo inculcar naquelas mentes, hábitos de produção e convívio aceitáveis pela sociedade que os rejeitava.” (VERONESE, LIMA, 2012)

A educação nesses institutos se voltava para a profissionalização para integração à vida social. A institucionalização de crianças, de acordo com os ideais republicanos, seria para garantir a segurança social, retirando as crianças das ruas para deixarem de conviver com o crime e se regenerar através do trabalho, assim, o combate à ociosidade infantil se dava através da pedagogia do trabalho, pois “tentava-se a todo custo inculcar naquelas mentes, hábitos de produção e convívio aceitáveis pela sociedade que os rejeitava.” (VERONESE, LIMA, 2012)

### **1.3 O Direito da Infância**

No final do século XIX, através do Caso Marie Anne, do Tribunal de Nova York, o direito da criança se destacou. Marie Anne, uma menina de nove anos, maltratada pelos pais, ante a ausência de entidade protetora dos direitos das crianças, ingressou para sua defesa a associação protetora dos direitos dos animais, pois uma criança não se distinguia de outros animais, ao menos do ponto de vista da responsabilidade civil. Os pais se julgavam donos dos filhos e a educação poderia ser da maneira que lhe conviesse. O castigo físico era um método educativo. Em juízo, argumentou a entidade que “se aquela criança fosse um cachorro, um gato

ou um cavalo, que estivesse submetido àquele tratamento, teria ela legitimidade para agir, com maior razão, tratando-se de um ser humano”. (SARAIVA, 2016, p. 37).

É o nascedouro dos Direitos dos menores, ocasionando o surgimento da primeira liga de proteção à infância, Save the Children of World, transformando-se mais tarde em um organismo internacional.

Mais tarde, em 1899 surge o primeiro Tribunal de menores do mundo nos Estados Unidos que influenciou o surgimento em outros países, a exemplo da Inglaterra em 1905, Alemanha em 1908, Portugal e Hungria em 1911, França em 1912, Argentina em 1921, Japão em 1922, Brasil em 1923, Espanha em 1924, México em 1927 e Chile em 1928. (SARAIVA, 2016).

O movimento no Brasil surgiu em 1911 após o Congresso Internacional de menores, realizado em Paris, com a tendência dos movimentos internacionais, começam a aparecer novas propostas com objetivos de mudar a concepção repressora e punitiva para a política de proteção. Contudo, destaca SARAIVA:

Emilio Garcia Mendez, analisando as conclusões desse congresso, destaca: “ que servem para legitimar reformas da justiça de menores as espantosas condições de vida nos cárceres onde os menores eram alojados de forma indiscriminada com adultos e na formalidade e a inflexibilidade da lei penal que, obrigando a respeitar entre outros, os princípios da legalidade e de determinação da condenação, impediam a tarefa de repressão-proteção, própria do direito de menores.” A política era de supressão de garantias (como o princípio da legalidade) para assegurar a “proteção” dos menores. Para combater um mal, a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou um monstro: caráter tutelar da justiça de menores, igualando desiguais. Em nome do amor estavam sendo lançados os fundamentos da Doutrina da Situação Irregular, consagrando o binômio carência/delinquência. (2016, p. 40)

Destaca-se a figura do juiz de menores que deveria ser investido de todas as prerrogativas do *pater familiae*, sendo um pai e um juiz de vigilância.

Após, como segundo episódio relevante temos a Declaração de Genebra do Direito da Criança, adotada em 1924 pela Liga das Nações. Esse instrumento internacional reconheceu pela primeira vez a existência de um direito da criança.

Outro marco importante citado pela doutrina foram as reivindicações de 1917 durante a greve geral pela criação do Comitê de defesa proletárias que também buscavam a proibição do trabalho aos menores de 14 e vedação do trabalho aos menores de 18 anos.

João Batista da Costa Saraiva (2016, p. 39) menciona que “paralelamente, veio construindo a doutrina do direito do menor, fundada no binômio carência/delinquência. Se não

mais se confundiam adultos com crianças, desta nova concepção resulta um outro mal: a consequente criminalização da pobreza.”

#### 1.4 Código de Menores

Já em 1926 surge o Decreto 5.083, considerado o primeiro Código de Menores do Brasil, que tinha como foco os infantes expostos e os menores abandonados. Um ano depois, em 12 de outubro de 1926, foi promulgado o conhecido Código Mello Matos, Decreto 17.923-A – documento voltado para os menores de 18 anos que previu em seu artigo Art. 1º: *O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.*

Assim, o Código de Menores tinha como objetivo trazer as diretrizes para o trato dos menores considerados excluídos, regulamentando questões como o trabalho do menor, tutela e pátrio poder, delinquência e liberdade vigiada. Ao juiz de menores foi atribuída uma competência ampla para decidir basicamente sobre o destino dos menores que se enquadravam na previsão do art. 1º.

Em contrapartida a família, qualquer que fosse a sua situação econômica, tinha a obrigação de suprir as necessidades básicas dos menores em conformidade com o modelo estatal que foi determinado. Algumas medidas assistenciais e preventivas foram previstas.

No campo infracional menores de 14 anos seriam punidos com o objetivo de serem educados. Porém, para os jovens compreendidos na faixa etária de 14 a 18 anos, tinham a previsão da punição, porém, a sua responsabilidade seria atenuada.

O Código de Mello Mattos buscou a união da justiça com a assistência de tal sorte que o Juiz de Menores passou a ter um poder extremo atuando de forma centralizadora, controlando essa infância pobre que era considerada como potencialmente perigosa.

Em 1932, através do Decreto 22.213, de 14 de dezembro, conhecido como Consolidação das Leis penais, novamente se afirmou a inimputabilidade penal dos menores de 14 anos, surgindo um conflito com o Código Mello Mattos, pois submetia os menores de 18 anos e maiores de 14 anos ao Sistema penal adulto.

Nesse sentido:

Estabelecia-se um conflito entre o Código Mello Mattos, que reconhecia a situação de menor àqueles com menos de dezoito anos e a Consolidação das Leis Penais, entre 14 anos e 18 anos e a Consolidação das leis penais, que mantinha a idade penal em 14 anos. Ou seja, na faixa entre 14 anos e 18 anos, o Código Mello Mattos era aplicável apenas em casos de violação de direitos, abandono, etc. Se a questão criminal, o

“menor” era tratado como adulto. A questão somente veio a ser equacionada com o advento do Código penal de 1940. (SARAIVA, 2016, p. 46).

## 1.5 O Código Penal de 1940

Em 1937, inaugurou-se o Estado Novo, ditadura Vargas temos uma nova Constituição, dentre outros pontos inovadores, nos deparamos com a possibilidade de uma proteção social à infância e juventude, bem como dos setores mais carentes da população. Nesse período destacam-se três projetos para o novo Código penal, o de Galdino Siqueira que fixava a imputabilidade penal aos 14 anos, o de Sá Pereira, que era fixada em 16 anos e o de Alcântara Machado, que previa a imputabilidade penal aos 18 anos de idade. (SARAIVA, 2016, p. 47).

Aprovado o projeto de Alcântara Machado, entra em vigor o Código penal através do decreto-lei 2848, de 1940, logo na exposição de motivos que: “ não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos) senão para declara-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas a pedagogia corretiva da legislação especial.”

João Batista da Costa Saraiva destaca que:

A legislação especial a que alude mantinha como objeto de sua atuação, sem distinção, os delinquentes e os abandonados. No governo Getúlio Vargas, para atendimento desta clientela, m 1942, é criado o SAM, Serviço de Assistência aos Menores Trata-se o SAM, nas palavras de Antonio Carlos Gomes da Costa, de um órgão de Ministério da Justiça que funcionava como um equivalente do sistema penitenciário para a população menor de idade. ( SARAIVA, 2016, p. 48)

Esse sistema é correccional e repressivo baseado em internatos – reformatórios e casas de correção para adolescentes autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos para menores carentes e abandonados. É o embrião do que seria mais tarde a FUNABEM, que se tornou berço de todas as FEBEMs.

No ano de 1964 foi extinto pela Lei 4.513 que veio a criar a FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, foi um ano bem conturbado no cenário político nacional. Assim, temos o Golpe Militar de 64 e em termos internacionais estávamos no meio da Guerra Fria.

Com o Golpe Militar a estrutura democrática na qual o país até então mirava teve o seu processo interrompido. Conforme vimos anteriormente, alguns doutrinadores e historiadores denominam o período de 1945 a 1964 de experiência democrática, mas na realidade apesar de todo cunho democrático inserido em nossa Constituição, já que existia de um lado um grupo de operários desejosos de participar nas escolhas e melhorias nas suas condições de vida, junto com eles verificamos a existência de uma massa crescente que ocupavam os morros e a periferia



das cidades. E do outro lado um grupo de elite que estava acostumada no poder; e no meio a classe média urbana que nascia e estava ansiosa para igualar-se à elite.

### 1.6 A Doutrina da Situação irregular

Entre 31 de março e primeiro de abril de 1964 o Brasil atravessou, mais uma vez, a linha divisória e encontrava-se agora em meio a uma ditadura militar. O governo começou a legislar por meio dos Atos Institucionais, implantando assim o novo regime através do Golpe de 64, com a implantação do governo provisório. Com a denominação de AI-1, estávamos diante de uma nova estrutura normativa que refletiu em todos os ramos do direito, inclusive no Direito da Infância e da Juventude.

Nessa época, criou-se a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – Lei 4.513 de 1º de dezembro de 1964, com o objetivo de formular e implementar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, e para tanto herdou do SAM o prédio e o pessoal, e dessa forma, a FUNABEM foi criada com os mesmos vícios do SAM, já que acabou herdando também a sua cultura educacional. Mudou-se o nome, mudou-se a base normativa, mas as pessoas eram as mesmas. A FUNABEM tinha como objetivo se tornar uma instituição de assistência à infância tendo como principal linha de atuação a internação, tanto para os menores abandonados e carentes quanto para os menores que viessem a cometer alguma infração.

Também foi promulgado o Código de Menores de 1979 – Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, que mantinha a estrutura principal em conformidade com o Código de Menores de 1927, ou seja, assistencialismo e repressão. Mas surgiu a do “menor em situação irregular”, que foi apenas oficializada pelo Código de Menores de 1979.

O Código de Menores, o art. 2º conceituou o que era considerado como situação irregular, vejamos:

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

O Juiz de menores tinha como campo de atuação o binômio carência e delinquência. e somente atuava diante das possibilidades apresentadas no art. 2º do Código de Menores de 1979, as demais questões que não se enquadrassem nesse referido artigo seriam analisadas pelos magistrados da Vara de Família sob a incidência do Código Civil. Logo, o “Direito do Menor” era apenas para aqueles que não se enquadravam dentro do protótipo familiar concebido.

Analisando o passado verificou-se que a grande maioria da população infanto-juvenil que foram recolhidas e internadas no sistema então vigente, cerca de 80% (oitenta por cento) eram formada de crianças e adolescentes – menores – que não tinham praticado nenhum fato definido como crime na legislação penal brasileira. Ou seja, colocamos diversos menores “presos” sem terem cometido nenhum ato infracional. O que aconteceu era uma forma de controle da pobreza, sendo que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, “na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se assim, garantias processuais. Prendiam a vítima.

Dessa forma, a doutrina da Situação Irregular fez com que os menores passassem a ser objeto da norma jurídica por apresentarem uma “patologia” social, por não se adequarem ao padrão social pré-estabelecido. Não há distinção entre crianças e adolescentes, os mesmos não são definidos como sujeitos de direitos e não há nenhuma menção a deveres do Estado e da Sociedade ou de penalidades previstas para pessoas que cometem atos de violência contra crianças e adolescentes.

Há apenas alguns atos considerados como infrações contra a “assistência, proteção e vigilância a menores” referentes à divulgação de dados e da imagem, à frequência em determinados ambientes e ao descumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder por parte dos pais ou responsável.

Por essa razão:

O sistema de atendimento, norteador pelo Código de Menores e pela PNBEM, foi caracterizado por Antônio Carlos Gomes da Costa, como sendo responsável pela degradação pessoal e social de crianças e adolescentes, objetos do: “círculo perverso da institucionalização compulsória: apreensão - o menino é apreendido nas ruas pelo policiamento ostensivo ou ronda do comissariado de menores; triagem e investigação : realizada em diversas fases que podem envolver a Delegacia de Menores, o Juizado de Menores e o Centro de Triagem da FEBEM (Fundação Estadual do Bem Estar do Menor) ; rotulação - como resultado do estudo social do caso, o menino é enquadrado em categorias sociais ( abandonado , carente, desassistido ) ou nas categoria legais previstas no Código de Menores; deportação- por decisão judicial , o menino é arrancado do seu continente afetivo ( família ou bando de rua ) e das vinculações sociais e culturais com sua comunidade de origem ; confinamento- ao fim deste ciclo , ocorre o seu confinamento em internato que, paradoxalmente , passa a ter a missão de ressocializa-lo. (COSTA, 1994, p.130)

Conclui-se, portanto, que a doutrina da situação irregular procurava legitimar uma intervenção estatal absoluta sob crianças e 7 adolescentes pobres, rotulados menores, sujeitos ao abandono e considerados potencialmente delinquentes desde 1927 até o advento da Constituição Federal, em 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em outubro do 1990.

Finalmente, importa considerar que o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal foi o primeiro diploma legal brasileiro a definir a maioridade penal aos dezoito anos, ao dispor, em seu art. 23, que os menores de dezoito anos eram penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Mantido com maior rigor técnico na reforma 1984, pela lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, passou a estabelecer, no art. 27 do CP, que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Essa é a redação ainda em vigor.

### **1.7 Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do adolescente: a Doutrina da Proteção Integral**

Após os clamores sociais na luta pela democracia, surge as discussões da Carta cidadã, materializando a vontade da assembleia constituinte no art. 227 nos traz que:

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.

Assim rompemos com a doutrina da situação irregular existente até então para abarcarmos a doutrina da proteção integral consubstanciada em nossa Carta Magna.

Para Veronese e Lima (2012, p.104):

A Doutrina da Proteção Integral representa um marco importante na consolidação e efetivação dos direitos da criança e do adolescente, como se viu, pois insere-os na condição de sujeitos de direitos. Esses novos direitos conquistados à população infantojuvenil são reflexos da afirmação histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, contemplados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portanto, a criança e o adolescente devem ser tratados com respeito e dignidade e, além disso, gozar de absoluta prioridade no atendimento às suas necessidades sociais básicas e no efetivo cumprimento dos seus direitos fundamentais.

Em termos de estrutura jurídica trata-se de uma reviravolta no sistema menorista, uma inovação que até os dias de hoje não foi completamente implementada. Porém, em âmbito internacional não era uma novidade, ao contrário já estávamos atrasados várias décadas. A Declaração dos Direitos das Crianças foi publicada em 20 de novembro de 1959 pela ONU. E no cenário internacional, essa Declaração acabou originando a doutrina da Proteção Integral, que somente entrou em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988. (VERONESE, LIMA, 2012).

Em 1990, surge no cenário jurídico brasileiro o Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei n.º 8.069, de 13 de julho 1990, regulamentando as disposições constitucionais e tratando com exclusividade dos menores de 18 anos.

Para poder consolidar as diretrizes da Carta Magna temos um documento de direitos humanos com o que há de mais avançado em termos de direitos das crianças e dos adolescentes.

O Estatuto dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente e considera, de acordo com o artigo 2.º, “criança, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”.

Às crianças e aos adolescentes são garantidos como para qualquer outra pessoa sujeita às leis deste país todos os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, sem qualquer prejuízo da proteção integral enfatizada pelo diploma menorista, que enfatiza, em seu artigo 4.º que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

No entanto, esse conjunto de direitos previstos para as crianças e para os adolescentes são desconhecidos para a maioria da população brasileira, desrespeitando assim, esses direitos e esses valores

A saída da situação irregular para a doutrina da proteção integral ainda não foi assimilada pela nossa sociedade. A ideia de segregação ainda continua existindo e os lugares para onde são direcionados os adolescentes que cometeram atos infracionais não estão tão distantes assim dos antigos estabelecimentos.

Existe a necessidade de efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direito e detentoras de direitos fundamentais.

As normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, regido pela Doutrina da Proteção Integral tem como base os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. A prioridade absoluta confere a observância de todo o sistema jurídico devendo cada

ato administrativo ser pensado e analisado em consonância com o art. 227 da Constituição Federal, já que a criança, o adolescente e o jovem tem prioridade absoluta em seus cuidados e o melhor interesse consiste na observância do que for melhor para o menor.

A respeito desses princípios:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. ÓBITO DO TITULAR. REVERSÃO DO BENEFÍCIO A NETOS MENORES QUE SE ACHAVAM SOB SUA GUARDA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 8.059/90 QUE DEVE SER SUPRIDA PELA APLICAÇÃO DO ECA (ART. 33, § 3º). CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ART. 227 DA CF/88) E DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 1º DO ECA). CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (ONU/1989). RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA (Lei nº 8.069/90), "A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário"; 2. O art. 5º da Lei nº 8.059/90, por sua vez, não relaciona os menores sob guarda como beneficiários de pensão especial de ex-combatente, detentor da guarda, que vai a óbito; 3. Tal omissão legislativa, contudo, não tem o condão de impedir que os infantes percebam referida pensão, vez que, pelo critério da especialidade, terá primazia a incidência do comando previsto no referido art. 33, § 3º do ECA, cuja exegese assegura que o vínculo da guarda conferirá à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito (e não apenas previdenciário), sendo, portanto, desinfluyente que a pensão do ex-combatente não se revista de natureza previdenciária; **4. O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos interesses e direitos de crianças e adolescentes, positivado no art. 227 da Constituição Federal, conclama a soluções interpretativas que, no plano concreto, assegurem, em favor daqueles sujeitos vulneráveis, a efetiva proteção integral prometida pelo art. 1º do ECA, compromisso, aliás, solenemente adotado pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança.** 5. Recurso especial da União desprovido.(STJ - REsp: 1339645 MT 2012/0133611-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 03/03/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2015). Grifo nosso

ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS CÍVEL. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. PACIENTE GENITOR DE FILHA BRASILEIRA DE TENRA IDADE. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADAS. INVIABILIDADE DA EXPULSÃO. EXEGESE DO ART. 75, II, b, DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO (LEI Nº 6.815/80). PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA NO ATENDIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 1º DO ECA). CONCESSÃO DO REMÉDIO HERÓICO. 1. Não se viabiliza a expulsão de estrangeiro quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira, que se encontre sob sua guarda e dependência financeira. 2. Revela-se desinfluyente a circunstância de o nascimento do filho ter ocorrido após o fato gerador do decreto de expulsão. Precedentes. 3. **O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos fundamentais concernentes à criança e ao adolescente, em cujo rol se inscreve o direito à convivência familiar (art. 227 da CF), direciona, in casu, para solução que privilegie a permanência do genitor em território brasileiro, em harmonia, ademais, com a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA).** 4. Habeas Corpus concedido, com a consequente revogação da portaria de expulsão. (STJ - HC: 293634 DF 2014/0099841-3, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 22/10/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 29/10/2014). Grifo nosso

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA

PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. **PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO.** POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 7. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1448969 SC 2014/0086446-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2014)

Inaugura-se a proteção constitucional dos direitos da criança e dos adolescentes brasileiros, que são, pessoas em condição peculiar em desenvolvimento, merecendo um tratamento diferenciado por parte do Estado e normas de proteção condizentes a essa condição de vulnerabilidade.

## 2 DA INIMPUTABILIDADE PENAL

Imputar significa atribuir a alguém a responsabilidade de algum ato ou de alguma coisa. No campo do direito penal, “imputabilidade é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento” (DELMANTO *et al*, 2000, p.50). Assim, a imputabilidade é o conjunto de condições de maturidade e de sanidade mental que permite ao sujeito a capacidade de entendimento e autodeterminação.

Antonio Carlos da Ponte (2007, p.62), aduz que:

O código penal não traz um conceito positivo de imputabilidade, mas fornece as hipóteses em que esta é verificada. Partindo do princípio de que só é imputável o indivíduo que tem a capacidade de entender e querer, nosso diploma legal funda a responsabilidade no elemento subjetivo da vontade consciente, exigindo, para tanto, que o agente revele certo grau de desenvolvimento mental, maturidade, normalidade psíquica, entendimento ético jurídico e faculdade de autodeterminação.

Segundo a Teoria do delito o crime é fato típico, ilícito e culpável, na visão da corrente tricotômica do delito e majoritária, contudo, para a corrente bipartida, o crime é fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena.

Ao tratarmos sobre a redução da maioridade penal, temos que, primeiramente, excursionar sobre a culpabilidade, como elemento constitutivo do crime ou como pressuposto de aplicação da pena, uma vez que a imputabilidade penal, no caso, a menoridade, é causa determinante da culpabilidade, no conceito analítico de crime.

Assim, a imputabilidade faz parte do terceiro elemento do crime, ou seja, da culpabilidade. A culpabilidade a imputabilidade como seu primeiro elemento. Isso significa que, para que alguém seja responsabilizado penalmente por conduta típica e antijurídica, primeiramente, deve ser imputável perante a lei penal.

Sobre a imputabilidade penal trazemos os ensinamentos de Carrara (*apud* Bitencourt, 2011, p.412):

A imputabilidade é o juízo que fazemos de um fato futuro, previsto como meramente possível; a imputação é um juízo de um fato ocorrido. A primeira é a contemplação de uma ideia; a segunda é o exame de um fato concreto. Lá estamos diante de um conceito puro; aqui estamos na presença de uma realidade.

Assim, “a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, é a aptidão para ser culpável” (WELZEL *apud* BITENCOURT, 2011, p. 412).

Para Damásio de Jesus (2011, p.469) a imputabilidade penal “é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.

Para Luiz Regis Prado (2002, p.349), a imputabilidade:

É a plena capacidade (estado ou condição de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos). Costuma ser definida como o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer do caráter ilícito do seu ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento

Diante desses conceitos doutrinários, verifica-se que essa capacidade possui dois aspectos, quais sejam: capacidade de compreender (cognoscitivo intelectual) e de determinação da vontade (volitivo).

A capacidade de compreender significa que o agente deve ter a plena capacidade mental de entender sobre o caráter ilícito de seu ato e de atuar conforme esse entendimento.

O Código penal brasileiro muito embora saibamos que a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade, não definiu um conceito sobre a imputabilidade, seguindo a tendência da maioria das legislações modernas, limitando-se em apontar hipóteses em que a imputabilidade estará ausente, ou seja, os casos em que haverá inimputabilidade penal.

Pela leitura do Código Penal, verifica-se que são inimputáveis: os doentes mentais e aqueles que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato (art.26).

Também são inimputáveis os menores de dezoito anos (art.28) e, finalmente, é inimputável o agente, que por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Partindo da dessa definição, podemos concluir que, para o legislador penal brasileiro a inimputabilidade seria a capacidade mental, inerente a todo ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, a imputabilidade penal, para a nossa lei depende de dois elementos, o primeiro, intelectual, que é a integridade biosíquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato e o volitivo que é o domínio da vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos a compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento. (MASSON, 2011, p.450).



Esses dois elementos, a partir de uma idade cronológica, ou seja, segundo determinação do artigo 27, que a imputabilidade penal inicia-se aos dezoito anos completos, devem estar presentes simultaneamente, pois somente assim, o agente será considerado imputável perante a lei penal.

O momento de aferição da imputabilidade penal é o momento da ação ou da omissão, ou seja, no momento da realização da conduta.

Desse modo, para o presente trabalho, analisaremos a questão da menoridade penal, da inimputabilidade penal aos menores de 18 anos.

Mirabete (2012, p.201) ao tratar sobre o tema, leciona que “são inimputáveis os menores de 18 anos por expressa disposição do artigo 27: os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos as normas estabelecidas pena legislação especial”

Nesse sentido, verifica-se que, segundo o Código penal, a maioridade penal inicia-se aos dezoitos anos completos.

Daí pergunta-se, qual motivo levou o legislador a fixar a idade penal aos dezoitos anos de idade?

Para a indagação, buscamos na doutrina, primeiramente, os critérios ou sistemas de aferição da inimputabilidade, que, são três.

O primeiro, denominado biológico, sustenta que basta a presença de um problema mental, representado por uma doença mental, ou então por um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. É irrelevante que o agente, no caso concreto, tenha se mostrado lúcido ao tempo da pratica da infração penal. O decisivo é o fator biológico, a formação e o desenvolvimento mental do ser humano. Esse sistema atribui demasiado valor a prova pericial, pois se o auxiliar da Justiça apontasse um problema mental, o magistrado nada poderia fazer, pois a presunção de inimputabilidade é absoluta.

O segundo critério, denominado de psicológico, sustenta que pouco importa se o indivíduo apresenta ou não alguma deficiência mental. Será inimputável a se mostrar incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Abre-se espaço ao arbítrio do julgador, pois competiria exclusivamente ao magistrado decidir sobre a imputabilidade do réu.

O terceiro critério é o biopsicológico que representa a fusão dos dois critérios anteriores, ou seja, é inimputável, quem, ao tempo da ação, apresenta um problema mental e, em razão disso, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A presunção é relativa. Significa que, aos dezoito anos, todos são imputáveis, salvo prova pericial em sentido contrário, revelando a presença de causa mental deficiente bem como o reconhecimento de que, por tal motivo, o agente não tinha ao tempo da ação ou omissão capacidade para entender o caráter ilícito do fato.

O Código penal, em seu artigo 26, acolheu como regra o sistema biopsicológico.

No que se refere a menoridade penal, ou seja, a idade para auferir a imputabilidade penal, *a priori*, verifica-se que o legislador penal, na reforma da parte geral em 1984, em sua interpretação doutrinária, explicou, na exposição de motivos item 23, que:

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 antissocial na medida que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido a educação, não a pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de dezoito anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o a contaminação carcerária” ( Item 23, exposição de Motivos do Código Penal- Lei n.º7.209, de 11.07.1984).

Analisando tal dispositivo verifica-se que o critério adotado é o critério biológico.

Isso significa que aos menores de dezoito anos, independentemente da inteligência ou perspicácia e de seu desenvolvimento mental, são tratadas como imputáveis, quando cometem um fato típico e ilícito.

Podem, inclusive ter concluído uma faculdade ou já trabalharem com anotação na carteira de trabalho, ter título de eleitor e exercer a capacidade eleitoral ativa e até mesmo ser emancipado civilmente.

Pela regra constitucional, consoante determina o artigo 228 da Constituição Federal e do artigo 27 do Código Penal, a presunção da inimputabilidade é absoluta, ou seja, não admite nenhuma prova em contrário.

Uma vez cometida a infração penal, devem os menores de dezoito anos serem excluídos das penalidades do Código Penal, respondendo apenas pela prática de ato infracional, nos termos do Estatuto da Criança e do adolescente.

Nosso país, seguindo a tendência da maioria dos países como, por exemplo, Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Colômbia, México, Peru, Uruguai, Equador, Tailândia, Noruega, Holanda, Cuba, Venezuela, adota a idade mínima de dezoito anos para a imputar a alguém fato

definido como crime, ou seja, para que alguém esteja sujeito a pena criminal. (MIRABETE, 2012, p.2002)

Contudo, em alguns países, a idade penal é reduzida, ou seja, a imputabilidade penal inicia-se em idade inferior aos dezoito anos, como por exemplo, aos dezessete anos na Grécia, Nova Zelândia, Federação Malásia; aos dezesseis anos na Argentina, Birmânia, Filipinas, Espanha, Bélgica, Israel, aos quinze anos na Índia, Honduras, Egito, Síria, Paraguai, Iraque, Guatemala, Líbano; aos quatorze anos na Alemanha e Haiti e aos dez anos na Inglaterra. (MIRABETE, 2012, p.202).

Importante mencionar que essa idade também é ampliada para o limite de vinte e um anos no Chile, Suécia, Ilhas Salomão (MIRABETE, 2012, p.202).

O limite de dezoito anos, contudo, é o limite fixado de tolerância e razoabilidade pela ONU.

Pela opção legislativa, notadamente pela interpretação do próprio legislador, a definição da imputabilidade penal ocorre, no nosso país por questão de política criminal.

Bitencourt (2011, p.415) assim preleciona:

No Brasil, contudo, discute-se atualmente a necessidade ou conveniência de estabelecer a responsabilidade penal aos dezesseis anos, acrescentando-se aos argumentos conhecidos o fato de, a partir da Constituição de 1988, ser possível a esse menor alistar-se eleitoralmente (deve se ressaltar, contudo, que o exercício do direito de votar, nessa faixa etária, é facultativo e não obrigatório, como determina a regra geral). E, ainda, argumenta-se, tornando os menores imputáveis ser-lhes-à possível adquirir igualmente a habilitação para dirigir veículos

Finalmente, existe em tramitação no Senado o Projeto de Lei- PLS nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, mantém a maioria penal aos dezoito anos, nos termos do art. 31, ao considerar penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, que ficam sujeitos às normas da legislação especial. Além disso, o parágrafo único do art. 31 reforça a proteção da criança e do adolescente, ao estabelecer que “responde pelo fato o agente que coage, instiga, induz, auxilia, determina ou, por qualquer meio, faz com que o menor de dezoito anos o pratique, com a pena aumentada de metade a dois terços”.

Por essa razão, a problemática do presente estudo se finca na possibilidade ou não da redução da maioria penal fixada em dezoito anos, tonando o adolescente que não atingiu essa idade inimputável perante a lei penal, sujeito, contudo, as normas da legislação especial.

### **3 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Nesse capítulo o estudo se volta aos principais argumentos das correntes favoráveis e contrárias a redução da maioria com suas justificativas, vejamos:

#### **3.1 A corrente a favor**

Diante da constatação cotidiana de violência urbana, notadamente, do crescente índice de violência e criminalidade, na observação que, diuturnamente, menores de dezoito anos estão envolvidos na prática de condutas delituosas consideravelmente na última década, criando um ambiente propício para a ampliação dos movimentos que pugnam por uma reação legal, judicial e policial mais contundente contra a delinquência das massas. Dentre as diversas propostas está a redução da maioria penal.

Os argumentos favoráveis da redução da maioria penal encontram-se fundamento, primeiramente, na época de edição do Código Penal, ou seja, quando foi editada lei penal estipulando a maioria aos dezoito anos e quando foi promulgada a Constituição Federal eram outra época, assim, o legislador ordinário e o Constituinte, ao eleger a idade de dezoito anos para início da imputabilidade penal a realidade da sociedade era outra: os jovens não possuíam acesso à informação e os costumes eram bastante distintos. Ao contrário de hoje, onde nossos jovens têm fácil acesso a informação, vivem na internet, televisão, e outros meios de comunicação que permitem o amadurecimento em idade tenra, o que possibilitaria a redução da imputabilidade penal.

Até mesmo, em 2002, foi reconhecida pela Legislação civil a capacidade civil plena aos dezoito anos, o que antes era vinte e um, reduzindo a capacidade civil plena em três anos, ante o avanço da nossa juventude nos dias atuais, fazendo com que os jovens possam tomar decisões que antes lhes eram vedadas.

Ademais, a própria lei e a Constituição reconhece a capacidade dos menores de dezoito anos para votar e se reduziu também a idade necessária para o exercício da capacidade civil, fazendo com que o jovem possa tomar inúmeras decisões que antes eram a ele vedadas. Dentre os doutrinadores que defendem a redução da maioria, destacamos o posicionamento de Cavallieri:

[...] A manutenção da idade de 18 anos para o afastamento do menor, criança e adolescente, do Código Penal é uma bandeira de todos, minoristas e estatutistas. [...].

Quando lutamos pela conservação dessa idade, é comum ouvir-se, até de pessoas cultas, a afirmação de que ela é absurda, 'porque, mesmo com muito menos de 18 anos eles [sic] sabem o que fazem. ' Não lhes ocorre que o conhecimento está ligado à imputabilidade e que, quando os doutos afirmam que os menores de 18 são inimputáveis, querem dizer que se trata de presunção [sic] de inimputabilidade. Mas, porque falar-se em presunção, se temos a realidade? É obvio que a partir de tenra idade, eles sabem o que fazem. [...]. Toda esta dúvida tem sua origem na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, quando o Ministro Francisco Campos escreveu que os menores ficavam fora daquela lei, porque eram imaturos [sic]. [...]. Segundo ele, todos os menores de 18 anos no Brasil eram imaturos. Absurdo completo. E nós contaminamos toda a nação com esta insólita concepção. Espero que a importância prática de uma conceituação adequada tenha sido demonstrada. Os estatutistas merecem todos os encômios pela elevação à Lei Magna de uma aspiração comum, mas poderiam ter aproveitado para destruir um mito prejudicial. Eles [sic] sabem o que fazem, mas não vão para a cadeia, pois temos solução melhor para seus crimes. (CAVALLIERI, 1997, p. 54-56)

Importante mencionar que o autor destaca ainda o posicionamento de Darcy de Arruda Miranda, que sustenta a imputabilidade a partir dos quatorze anos, de Paulo José da Costa Júnior, de Manoel Pedro Pimentel, Marcello Fortes Barbosa e Diógenes Malacarne que sustentam a imputabilidade a partir dos dezesseis anos.

Os defensores da redução sustentam também que a imputabilidade penal aos dezoito anos é muito mais uma convenção do que o resultado de um consenso entre especialistas seria a mesma arbitrária, uma vez que a divergência de países como EUA e Inglaterra daria a entender que a fixação da idade é muito mais baseada em parâmetros de política criminal do que em critérios científicos, assim, seria perfeitamente possível adotar como critério de política criminal a redução da maioria penal.

Ainda, dizem os defensores que a imputabilidade penal se encontra topologicamente no capítulo que versa sobre a família, a criança e o adolescente, o idoso cujo temas envolvem consideração sobre conceitos dinâmicos, suscetíveis a grandes alterações em razão da mudança dos valores da comunidade.

Por fim, destacam que uma das funções do encarceramento é satisfazer a ânsia de justiça das vítimas, pois embora não desejam vinganças, pleiteiam uma punição justa, na medida do delito, não se admitindo que a punição (ou falta dela) vire um deboche. Assim, fundamentam que o se o sistema é excessivamente brando, ele perde legitimidade e o que ocorre é o crescimento da vontade de cada família enlutada vingarem-se, para que tal fato não ocorra novamente. (SANKIEVICZ, 2007)

Em pesquisa realizada pelo Datafolha<sup>3</sup> entre os dias 9 e 10 de abril de 2015, na qual foram ouvidas 2.874 pessoas, distribuídas em 171 cidades, apontou que 87% dos brasileiros são a favor da redução da maioridade penal de dezoito para dezesseis anos. O percentual é o maior já registrado na comparação com estudos anteriores, em pesquisas realizadas nos anos de 2003 e 2006, 84% eram a favor da redução da idade. Ainda segundo a pesquisa, os que são 11% são contra a mudança, mesmo percentual da última pesquisa. Indiferentes ou que não souberam responder totalizam 2%.

Diante dessas pesquisas foi constatado o interesse da população pela redução da maioridade penal, e, sendo assim, as leis devem atender ao interesse de cada sociedade e evoluir com a mesma para que se tenham efetividade.

### **3.2 A corrente contrária à redução**

No discorrer do presente artigo, vimos que a imputabilidade penal é constituída por dois elementos: o primeiro intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), o segundo volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento).

No nosso ordenamento jurídico inimputabilidade em razão da idade (dezoito anos) decorre de uma presunção legal, onde, por razões de política criminal, o legislador considerou que os menores de dezoito anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita compreender a prática de um crime, adotando-se, um critério puramente biológico.

Sobre o tema, Liberati argumenta em prol da atual sistemática menorista:

[...]. 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, por ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social à medida que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária." (LIBERATI, 2000, p. 72)

Entre aqueles que defendem a permanência da imputabilidade penal aos dezoito anos, em contrapartida, sustentam que o voto aos dezesseis anos é facultativo, e, no caso de alteração,

---

<sup>3</sup> Instituto de pesquisas do Grupo Folha, conjunto de empresas coligadas do qual o jornal Folha de S. Paulo faz parte.

a imputabilidade seria compulsória. Contrapondo ainda a corrente reducionista alegam que a fixação de determinadas idades para a prática de certos atos da cidadania decorre de decisões políticas que guardam relações entre si, pois a legislação brasileira não adota um critério fixo e absoluto, pois existem vários diplomas legislativos que utilizam parâmetros etários diferentes, sem que se tenham uma única idade em que a pessoa atingiria a maioridade absoluta. (SANKIEVICZ, 2007)

Assim:

Vejamos alguns exemplos: um adolescente pode trabalhar a partir dos 14 anos e, no plano eleitoral, estabelece-se que o cidadão para concorrer a vereador deve ter idade mínima de 18 anos; 21 anos para Deputado, Prefeito ou Juiz de Paz; 30 anos para Governador, e 35 anos para Presidente, Senador ou Ministro do STF ou STJ. Não há critério subjetivo de capacitação, e sim decisão política. (SANKIEVICZ, 2007, p.9)

Quanto à questão da evolução do jovem, os defensores da não redução aduzem que não se discute que o jovem hoje tem acesso muito maior à informação, mas se deve também questionar sobre a modificabilidade do comportamento do adolescente e sobre sua potencialidade para beneficiar-se dos processos pedagógicos, dada sua condição de pessoa em desenvolvimento, sustentam ademais, que a quantidade maior de informação não significa automaticamente maior maturidade. (SANKIEVICZ, 2007).

Nesse aspecto Rosângela Machado Gonçalves (2000) leciona que:

[...] os próprios estudiosos do comportamento humano e suas manifestações dentro de cada fase etária nos diz que menores de dezoito anos, deve ser tratados de forma diferente, pela legislação Brasileira, pois esses não tem o desenvolvimento capaz de compreender exatamente a natureza da sua conduta, não estando apta a ser condenada a uma pena[...].

Ainda, os defensores da não redução sustentam que a convenção da ONU sobre os direitos da criança transformou em consenso a idade de 18 anos para a imputabilidade penal, sendo esta uma garantia individual e, portanto, cláusula pétrea.

No que se refere à criminalidade, aduzem que certamente a redução não diminuirá a criminalidade, pois o número de jovens é bastante pequeno no índice geral de criminalidade e pouco representativo e que não seria racional baixar a maioridade penal porque o adolescente delinque pouco.

Nesse sentido aduz Sankievicz ( 2007, p.9):

Segundo diversas pesquisas, os crimes praticados por adolescentes não chegariam a 10% dos crimes praticados no Brasil e, de todos os atos infracionais praticados por

adolescentes, somente 8% equiparam-se a crimes contra a vida. A redução da maioria é uma medida paliativa e ineficaz. Seria assim uma fraude contra o povo brasileiro porque não acarretaria qualquer efeito sobre a diminuição da violência.

Salientam, por fim, a ineficiência do sistema penitenciário no que se refere aos adultos e menos ainda solucionará para os menores, “devendo o reajustamento do processo de formação do caráter ser entregue à educação, e não a pena criminal” (SANKIEVICZ, 2007, p.9).

Sob o ponto de vista do controle social temos os ensinamentos de Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes (2015):

Além dos equívocos históricos da redução da idade penal, dois outros fatores precisam ser convocados para o debate. O primeiro é o de que o sistema de controle penal, na lógica neoliberal (Hayek, Friedman), precisa garantir a ordem do “mercado”, excluindo todas as “externalidades”, isto é, os não consumidores, justificando, assim, o agigantamento do Sistema de Controle, o qual, todavia, não se reduz ao direito penal stricto sensu, pois arrega os diversos programas de assistência social (bolsa escola, bolsa família, bolsa controle social), bem disse Vera Malaguti. Importando-se teorias de última moda e totalitárias (Teoria das Janelas Quebradas, Direito Penal do Inimigo, Tolerância Zero – que pode ser lido como Intolerância, porque se a tolerância é igual a zero é nula) acaba-se fomentando um Estado Policialesco, de um lado, e mínimo, de outro. O resultado é a reiteração de violações à Direitos Fundamentais (Ferrajoli). Em nome da segurança pública, sob o “discurso do medo”, as barreiras privadas restam rompidas, tornando-se tudo da esfera pública e objeto de controle social. Estamos em 1984, de Orwell. A redução da idade representa, assim, uma saída equivocada dos “refugos do mercado” que ao invés de serem “resgatados” são “violentados” sob o pálio da lei.

As acaloradas discussões no âmbito social não se sustentam sem desvendar a questão jurídica a respeito do tema, qual seja: a redução da maioria penal é política pública ou cláusula pétrea?

Abordaremos no capítulo seguinte o estudo sobre esses dois aspectos relevantes para contextualizarmos o problema,



## 4 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: POLÍTICA CRIMINAL OU CLÁUSULA PÉTREA?

Nesse capítulo o estudo se volta para a compreensão das duas grandes linhas de defesas de posição dos argumentos das correntes contrárias e favoráveis sobre o tema.

### 4.1 Política Criminal

Historicamente o surgimento da política criminal deu-se na Itália, na segunda metade do século XVIII, com o surgimento do pequeno grande livro *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria (1738-1794), que influenciou todo o sistema penal até os dias atuais, projetando a teoria do direito penal da estrutura descritiva e submissa às funções declarativas da lei penal (perspectiva de *lege lata*) à busca de soluções para o problema da criminalidade (perspectiva *lege ferenda*). (BRITO, 2008).

Política criminal é uma ciência independente que objetiva a apresentação de críticas e propostas para a reforma do Direito Penal em vigor. (MASSON, 2011, p.13).

Conceituando política criminal Luis Regis Prado (2002), ensina que:

Política criminal objetiva, primordialmente, a análise crítica (metajurídica) do direito posto, no sentido de bem ajusta-lo aos ideais jurídicos penais e de justiça. Esta intimamente ligada a dogmática, visto que a interpretação e a aplicação da lei penal interferem critérios de política criminal.

Para Nilo Batista (2001) a política criminal é a atividade que pesquisa os meios para o controle da criminalidade. São propostas do Direito Penal, sobre o desempenho das instituições que integram o sistema penal. Tratam-se de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados da aplicação penal. Encontra-se intimamente relacionada com a dogmática, uma vez que na interpretação e aplicação da lei interferem critérios de política criminal. Baseia-se em considerações filosóficas, sociológicas e políticas e também de oportunidade, em sintonia com a realidade social, para propor modificações no sistema penal vigente.

As leis penais são frutos de uma determinada fonte política manifestada pelos cidadãos por intermédio dos seus representantes junto aos poderes do Estado, a política criminal constitui uma ponte entre a teoria e a realidade, sendo o filtro para revelar os fenômenos sociais na seara criminal. (MASSON, 2011).

Empregada desde o século XVIII, podemos dizer que a expressão política criminal sé a função de estabelecer como devem ser configuradas a legislação e a jurisprudência, na

promoção da proteção à sociedade. É a atividade que procura os meios adequados para o controle da criminalidade, por meio de discussões de medidas e propostas.

Teve seu início por Von Liszt, e constitui-se em um saber empírico baseado na criminologia e na penologia. Atualmente, podemos dizer que é utilizada como critério orientador da legislação e das políticas públicas tendentes a prevenir o crime e controlar a criminalidade.

Para Batista e Zaffaroni a política criminal consiste em um discurso legitimante do poder punitivo, e não pode escapar a sua tensão interna, na medida em que é construída enquanto valoração geral do modo de encarar a conflitividade criminalizada a partir do poder, e, portanto, de exercer o poder punitivo.

A política criminal atua no campo legislativo, judicial e penitenciário, abarcando a valoração da estrutura do sistema penal e das propostas formuladas a seu respeito, ou seja, pelo reconhecimento dos componentes de política institucional, logo, a política criminal configura-se como um campo especializado da ciência política, em sua intercessão com o sistema penal.

Nesse sentido:

Portanto, a política criminal configura-se como um campo especializado da ciência política, em sua intercessão com o sistema penal, na engenharia institucional. Nesse sentido, a política criminal existe como um ramo especial da ciência política, em que a engenharia institucional funciona como um de seus mais relevantes capítulos. De forma que a política criminal, e especialmente, a engenharia institucional são saberes para a defesa e o fortalecimento do Estado de Direito, o qual se vê ameaçado diante do Estado de Polícia e da expansão do aparato punitivo com suas agências criminalizadoras. A política criminal é resultante da interdisciplinariedade do direito penal com a ciência política e especialmente com a engenharia institucional (ZAFFARONI et al, 2003, p. 273-274)

A política criminal é uma ferramenta utilizada pelos três Poderes da República com a finalidade de orientar os atos públicos em sentido lato destinados à redução, prevenção ou repressão das condutas penalmente típicas, estabelecer os pressupostos para a aplicação das penas face à relevância da conduta e às condições pessoais do agente, bem como selecionar quais ações e omissões devem ser tipificados e qual o tratamento a ser dispensado ao delinquente.

Dessa forma, se considerarmos que a idade de imputabilidade penal é questão de política criminal, poderíamos concluir que a redução da maioridade penal seria o anseio da população.

## 4.2 Cláusula pétrea

Um dos argumentos mais sólidos no que se refere à impossibilidade de redução é a impossibilidade de alteração do texto constitucional, uma vez que a norma penal contida no artigo 28 do Código Penal foi trazida pela Constituição Federal no patamar de direitos e garantias fundamentais, que são aqueles direitos imprescindíveis à condição humana, inerente aos seres humanos, respeitados e merecedores de proteção constitucional tendo em vista a consagração do princípio da dignidade humana como alicerce da nossa República.

Os Direitos fundamentais são direitos inerentes à condição humana e por pertencerem a uma categoria de direitos elencados na primeira dimensão de direitos humanos, caracterizado pelas lutas constantes em detrimento do poder absoluto do Estado, estão no rol do artigo 60 e pertence a categoria imutável do texto constitucional, definidos pela doutrina como cláusula pétrea.

Assim seria impossível pensar em redução da maioria penal por ferir direitos fundamentais e assim o fazendo não se admite no ordenamento pátrio emenda constitucional tendente a abolir direitos fundamentais.

A regra da inimizabilidade penal aos menores de dezoito anos está contida no artigo 228 da Constituição Federal, por se tratar de texto constitucional somente é admitida a reforma, alteração ou supressão mediante emenda constitucional. Diante do aclames da sociedade poderíamos dizer que somente o poder constituinte reformador, ou a competência reformadora, poderá alterar o texto constitucional, através de emenda constitucional, contudo, o próprio constituinte originário prevê limites de atuação do poder reformador, limites materiais implícitos e explícitos em todo o texto constitucional. Esses limites não podem ferir cláusulas pétreas.

Assim, o posicionamento sobre a redução da maioria penal encontra-se impedimento constitucional, pois a imimizabilidade penal com início aos dezoito anos completos seria, de acordo com a Constituição Federal, cláusula pétrea, portanto, imutável.

Nesse sentido:

Há um impeditivo constitucional. Além de ser uma cláusula pétrea (CR, art. 60, IV), ou seja, impossível de modificação pelo constituinte derivado, a cláusula da idade penal (18 anos), implicou no estabelecimento de um direito subjetivo inscrito na tradição. Logo, sua modificação significaria o que J.J. Gomes Canotilho chama de “Proibição de Retrocesso Social”, a saber: “A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’.” Inscrito no contexto brasileiro um marco divisório da responsabilização, a redução implicaria em retrocesso social, cuja factibilidade encontra barreira na Teoria da Constituição de viés democrático. (MORAIS DA ROSA, LOPES, 2015)

Uma proposta de emenda que verse sobre a redução da maioria penal estipulada pelo Constituinte Originário em dezoito anos, estaria reduzindo a idade imposta pelo poder originário, mitigando o direito de somente ser responsabilizado pela Lei penal, a partir da idade mínima disposta no texto constitucional- dezoito anos. Pois bem, vencido o primeiro ponto, concluímos que uma emenda que altere o texto constitucional no sentido de reduzir a inimputabilidade penal, estaria suprimindo o direito de um determinado grupo, no caso, menores de 18 anos, de somente ser imputável perante a lei penal ao atingir 18 anos, antes, contudo estariam sujeitos a uma legislação especial.

Entendimento diverso é defendido por Arício da Silva Andrade Filho (2007), afirmando que:

(...) a maioria penal é norma formal e materialmente constitucional. Formalmente constitucional pelo simples fato de constar do texto da Constituição. E materialmente constitucional por tratar de direito supra estatal, visto que assim deve ser caracterizada a responsabilização penal em qualquer Estado de Direito. Portanto, é indiscutível que o instituto da maioria penal é sim uma garantia constitucional dada em abstrato a todo e qualquer cidadão contra a fúria do poder estatal. Isso é bastante diferente de se emprestar tal caráter protetivo da garantia individual – cláusula pétrea - ao termo inicial para a maioria penal, porque assim estar-se-ia engessando o nosso ordenamento jurídico frente a nossa própria evolução social. Assim, vale destacar que esse termo inicial é que não pode ser engessado, petrificado, devendo variar de acordo com os reclames dos tempos modernos e a evolução do Direito, enquanto que a maioria penal em si, na sua essência, deve permanecer intacta, sempre presente na ordem jurídica.

Insta mencionar que o citado autor fundamenta seu posicionamento na ADIn-MC 2024/DF, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal, que assevera: "as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos.

Não há pacificidade quanto ao tema muito, e não existe nenhum posicionamento por nosso guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, a Proposta de Emenda a Constituição n.º171, de 1993, que dispõe sobre a redução da maioria penal tramitou e foi aprovada na Câmara dos Deputados, após análise da Comissão de Constituição e Justiça que entendeu que não fere cláusula pétrea.

## **5 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 171/1993 E SUA (DES) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.**

Analisaremos nesse capítulo a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º171/1993, de autoria original de Benedito Domingos. Esse projeto tramitou por 20 anos e permitiu vários debates acerca da questão, que ocupou uma posição de destaque no cenário jurídico e político nos últimos anos. (ANDRADE, CARVALHO, 2016, p. 252).

Essa proposta que havia sido rejeitada cinco vezes, sendo aprovada a emenda aglutinativa no primeiro de turno de votação em 02 de julho de 2015 e em segundo em 19 de agosto de 2015

Primeiramente a abordagem se dará pelo estudo do poder constituinte reformador seus limites e após analisaremos a PEC 171/1993.

### **5.1 Poder Constituinte Reformador**

O poder constituinte reformador é um poder instituído sujeito a limitações de forma e conteúdo, diferentemente do poder constituinte originário, que é ilimitado. Existem várias espécies de limitações previsto pelo ordenamento jurídico que são divididos em limites processuais e materiais (também chamados de limites substanciais).

Os limites processuais referem-se a tramitação do processo legislativo que se deve cumprir quanto ao procedimento de reforma, já os segundos se referem as limitações de conteúdo material frequentemente conhecido como “cláusulas pétreas”, já que contem a parte proibida da reforma. (BORNIN, 2009)

Segundo Bornin (2009): “estes limites impostos pelo Poder Constituinte Originário ao poder de reforma, visa evitar a ruptura da ordem jurídica do Estado e todas as suas limitações devem embutir-se de idêntico espírito”.

Esses limites podem ser temporais, formais, circunstanciais e materiais.

A limitação temporal significa a proibição de modificação em um período, só admitindo alteração após o decurso de um certo período de tempo de sua promulgação ou de tempos em tempos.

#### **Os limites temporais**

Estabelecem um período de fixidez da Constituição que não pode ser abolido ou encurtado pelo Poder Reformador, diferentemente do que ocorre quanto ao inverso, ou seja, quanto a possibilidade de se prever ou estender o prazo de irreformabilidade da Constituição, pois, em tal hipótese estaria o Poder reformador criando ou tornando mais rigorosas as condições de tempo para o seu exercício pactuando com o objetivo de eternidade da norma constitucional. (BORNIN, 2009)

Os limites formais são aqueles que especificam o tramite legislativo do procedimento a ser observado nas propostas de reforma ou de revisão, como, por exemplo, circunstâncias especiais, espécie de maioria, *quórum* de votação, casas legislativas. Já os limites circunstanciais são aqueles que existem para garantir a segurança no que se refere ao momento de reforma do texto constitucional, em virtude de algumas circunstâncias especiais quando da tramitação do processo de revisão. Existem para vetar as reformas em situações de crise institucional, como por exemplo, estado de sitio, tempo de guerra, etc. Finalmente, os limites materiais referem-se ao objeto da reforma, revendo algumas matérias que não podem sofrer alterações, denominadas de cláusula pétrea.

Assim, podemos dizer que as cláusulas pétreas:

Traduzem um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudanças de identidade. O objetivo maior das cláusulas pétreas não é proteger a redação de uma norma constitucional, mas evitar a ruptura com princípios e estruturas essenciais à Constituição, sendo essas estruturas essenciais que se encontram ao abrigo de imutabilidade pelo poder reformador. Assim, a cláusula pétrea protege os princípios constitucionais modelados na norma e não a norma em si. Na Constituição Brasileira de 1988, as cláusulas pétreas encontram-se no rol do artigo 60, §4.º. (BORNIN, 2009).

Os limites formais estabelecem que a proposta deverá ter iniciativa do Presidente da República ou a um terço, no mínimo, de Deputados Federais ou um terço de senadores, ou ainda, por mais de metade das Assembleias Legislativas estaduais. Também deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, discutida e aprovada em um turno volta a ser discutida e votada em outro, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Após votada e aprovada a emenda é promulgada pelo Congresso Nacional e recebe um número, cumpre salientar que não há sanção presidencial nem veto. Ainda importante ressaltar que quando a proposta houver sido rejeitada ou havida por prejudicada, não poderá ser ela renovada na mesma sessão legislativa. (BORNIN, 2009).

A Constituição Federal de 1988, no artigo 60, §1.º dispõe sobre a proibição de tramitação de emendas constitucionais na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de estado de sitio, visando garantir a tranquilidade social e não impõe limites temporais para edição de emendas;

Finalmente, dispõe o artigo 60, §4, da Constituição Federal que:

“ 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.”

O mencionando artigo impede a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir determinados princípios, quais sejam: **forma federativa do Estado, voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.**

## 5.2 A tramitação da PEC 171 na Câmara dos deputados<sup>4</sup>

Em 19 de agosto de 1993 o então deputado federal Benedito Domingos (PR-DF) apresentou o texto da PEC que prevê a redução da maioria penal de 18 para 16 anos de idade. O texto foi apresentado apenas três anos depois da entrada em vigor do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), em 1990.

Após vinte e dois anos, em 1º de fevereiro de 2015, Eduardo Cunha (PMDB-RJ) vence a eleição para a presidência da Câmara dos Deputados. Apoiado por integrantes da chamada "bancada da bala", Cunha apoia a tramitação da PEC da redução da maioria penal e em 31 de março de 2015 a CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da Câmara dos Deputados vota a constitucionalidade da PEC da maioria penal.

Os Parlamentares contrários à medida argumentam que a maioria penal era uma "cláusula pétrea" da Constituição Federal e não poderia ser mudada e esse tese não convence e a CCJ aprova a constitucionalidade da PEC com 42 votos a favor e 17 contrários. Na prática, a aprovação permite que a PEC continue tramitando na Câmara. Em 8 de abril de 2015 a Câmara dos Deputados cria uma comissão especial para analisar a PEC da maioria. Dos seus 27 integrantes, 20 defendem publicamente a redução da maioria penal. Dois dos quatro cargos de comando da comissão são ocupados por parlamentares da "bancada da bala", amplamente favoráveis à redução. A relatoria ficou com o ex-delegado da Polícia Civil do Distrito Federal Laerte Bessa (PR-DF), também a favor da medida.

---

<sup>4</sup> Retirado do sítio uol: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/07/02/relembre-a-cronologia-da-pec-da-maioridade-penal.htm>

Em 10 de junho de 2015, após uma reunião marcada por tumulto e confronto entre parlamentares e estudantes, o relator da comissão especial, Laerte Bessa, apresenta seu relatório. O documento pede a redução da maioria penal de 18 para 16 anos de idade para todos os tipos de crime. Para conter o tumulto, agentes de segurança da Câmara usaram até gás de pimenta. Em 17 de junho de 2015 um novo relatório apresentado por Bessa é aprovado pela comissão especial da PEC.

Esse documento contém alterações fruto de acordo entre o PMDB e o PSDB. A principal diferença em relação ao primeiro, é que o novo texto prevê a redução da maioria penal apenas para crimes considerados "graves" como os crimes hediondos (estupro, tortura, sequestro, tráfico de drogas, entre outros) além de crimes como lesão corporal grave seguida de morte, enquanto o primeiro previa a redução da maioria para todos os crimes.

Na sessão de 1º de julho de 2015 inicia-se a votação da PEC 171/1993 que, após votação tensa e protesto de manifestantes, foi rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados. No total, a proposta recebeu 184 votos contra, 303 votos a favor e 3 abstenções - por se tratar de emenda constitucional, eram necessários 308 votos a favor para que fosse aprovada.

Ao todo, tramitavam na Câmara 39 PECs propondo a redução da maioria penal. Todas foram apensadas à PEC 171, pela medida ser a mais antiga em tramitação na Casa. A PEC original, apresentada pelo então deputado Benedito Domingos (DF), propunha a redução da maioria penal de 18 anos para 16 em relação a todos os crimes.

Não contente, em 2 de julho de 2015 após manobra de Eduardo Cunha, o texto sobre maioria penal voltou ao plenário da Câmara, em uma sessão tumultuada, especificamente a Emenda Aglutinativa 16, que altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal, *reduzindo a maioria penal para os 16 anos, de modo a permitir a imputabilidade do menor de 18 anos em relação a crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte*. Essa proposta foi aprovada em primeiro turno.

Em 18 de agosto, inicia-se a discussão do segundo turno de votação, sendo aprovada na sessão de 19 de agosto de 2015. Em segundo turno, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 171 que reduz a maioria penal de 18 anos para 16 nos casos de crimes hediondos – como estupro e latrocínio – e também nos de homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte. Foram 320 votos a favor, 152 contrários e 1 abstenção. O texto da PEC vai agora para apreciação e votação dos senadores.

A proposta aprovada em primeiro turno já havia excluído do primeiro texto, votado pelos deputados e rejeitado, os crimes de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, lesão corporal grave e roubo qualificado entre aqueles que justificariam a redução da maioria.



Na votação final, tanto do primeiro quanto do segundo turno, os deputados aprovaram a diminuição da idade penal para os crimes hediondos – como estupro e latrocínio – e também para homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

O texto da PEC prevê a construção de estabelecimentos específicos para que os adolescentes infratores cumpram a pena. Eles não poderão ficar em estabelecimentos prisionais destinados a maiores de 18 anos nem para os menores de 16 anos

### **5.3 A inconstitucionalidade formal da PEC 171/93**

Conforme estudamos acima o poder constituinte de reforma deve observar uma série de limitações impostas pelo poder constituinte originário para alterar o texto constitucional. Consta no artigo 60§5.º que “ *a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa*”.

Sessão legislativa é o período anual, em que o Congresso se reúne anualmente, com início em 02 de fevereiro e recesso a partir de 17.07, com retorno em 01.08 e encerramento em 22.12.

Como visto, a PEC 171/1993, tratava, em seu texto original, sobre a redução da maioria penal dos 18 para 16 anos. Foi rejeitada pela sessão de 01 de julho de 2015, por não ter atingido o patamar exigido para aprovação. Logo, de acordo com o texto constitucional não poderia ser levado a nova votação na mesma sessão legislativa.

Sobre a matéria, o texto da emenda aglutinativa 16, aprovada no dia 02 de julho traz que o artigo 228 da Constituição será alterado para: “*são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos a normas da legislação especial, ressalvados os maiores de 16 anos, observando-se o cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.*”

No dia primeiro o texto da PEC 171 que foi rejeitado, estabelecia que: “*são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos as normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos nos casos de I- crimes previstos no art. 5, inciso XLIII; II- homicídio doloso; III- lesão corporal grave; IV-lesão corporal seguida de morte; V- roubo com causa de aumento de pena. Parágrafo único. Os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos cumprirão a pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis.*”

Verifica-se, desse modo, que a PEC 171/1993 não obedeceu à proibição constitucional prevista no art. 60 § 5, pois trata-se da mesma matéria que fora rejeitada na sessão anterior.

Mencionam Costa e Leonel (2016, p. 218) que:

Não podemos fazer concessões à letra da Constituição. Devendo o termo “matéria” ser compreendido como a completude dos temas relacionados à determinada questão. Pouco importando a fonte de alteração. Emenda aglutinativa, substitutiva, aditiva, etc). Com isso, o entendimento distinto abre margem ao mais detestável arbítrio no processo legislativo, possibilitando sua plena corrupção a interesses escusos. Não se podendo permitir que uma matéria, que fora previamente rejeitada, seja objeto de nova deliberação em um curto espaço de tempo, sob pena de perverter toda dinâmica do processo constitucional de emenda, revelando-se em flagrante menoscabo à Carta Magna.

Continuam os autores afirmando que “a expressão matéria deve ser compreendida de maneira ampla, não podendo ser mitigado o seu significado”. (COSTA, LEONEL, 2016, p. 218).

Analisando o conteúdo do que foi rejeitado e aprovado no dia 01 e no 02 de julho de 2015, não nos resta dúvida de que se trata da mesma matéria, ou seja, reduzir o texto constitucional no que se refere a maioria penal. Vê-se, portanto que a proposta recusada engloba a que foi posteriormente aprovada, tão-somente 24 horas depois, violando o texto constitucional previsto no artigo 60, parágrafo 5º, que é indubitável ao consignar: “*A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa*”. A proposta aprovada pela Câmara dos Deputados não apresentou qualquer inovação apenas aproveitou a matéria rejeitada.

O ministro Marco Aurélio afirmou, em entrevista a Radio Gaúcha que foi matéria da revista Carta Capital, que <sup>5</sup> “*o País vive "tempos estranhos", de "perda de parâmetros, abandono de princípios, no qual o certo passa pelo errado e vice-versa". "O que nós temos na Constituição Federal? Em primeiro lugar, que o Supremo Tribunal Federal é a guarda do documento maior da República. Em segundo lugar, temos uma regra muito clara que diz que matéria rejeitada ou declarada prejudicada só pode ser apresentada na sessão legislativa seguinte. E nesse espaço de tempo de 48 horas não tivemos duas sessões legislativas*”.

Para ele, a violação no caso da votação da maioria penal foi clara. “*Fico perplexo quando se parte para dar uma esperança vã à sociedade como se se tivesse a observância do figurino constitucional, e aí, de forma escancarada, não se tem. O vício formal salta aos olhos*”.

---

<sup>5</sup> <http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/cunha-nao-respeita-regras-estabelecidas-diz-ministro-do-stf-4997.html>

Continua dizendo que *"Fico assustado quando surge no cenário nacional, alguém assim, que quer consertar o Brasil, com s e com c, sem observar as regras estabelecidas. Fico muito assustado"*. "A nossa Constituição está no ápice da pirâmide das normas jurídicas. Não se avança diante de atropelos. A Câmara tem um regimento interno. Mas acima do regimento está a Constituição Federal".

Por fim, importante mencionar as considerações de Costa e Leonel no que se refere a motivação egoístas decorrente de desentendimentos entre o Presidente da Câmara Eduardo Cunha e a Presidenta da República Dilma Rousseff:

O que se nota é que, especificamente no caso da PEC 171/1993, a insistência para incluir esse polemico projeto na pauta de votação teve mais razões egoístas do que propriamente a busca pelos princípios do Estado republicano. Razões estas que se dividem entre o clima de revanchismo, instaurado nos últimos tempos entre os poderes executivo e legislativo brasileiro, e, também, como estratégia para desviar as atenções de assuntos relacionados com denúncias de corrupção. Esse clima de revanchismo foi causado por vários desentendimentos entre o Presidente da Câmara dos Deputados e a Presidente da República, à época dos fatos. Se iniciando com a chamada "Crise dos Portos" e culminando com a Operação Lava Jato. (COSTA, LEONEL, 2016, p. 219)

Por fim, importante mencionar que na época que o projeto foi votado a Operação Lava Jato, os assuntos esquecidos foram desengavetados. Os temas eram contrários aos interesses do Governo. A principal notícia no país e o Presidente da Câmara estava sendo delatado em diversas ocasiões, motivando a inclusão de "pautas bombas" para aprovação visando coagir a chefe do Poder executivo a sucumbir as vontades de Eduardo Cunha e manipular a opinião pública. (COSTA, LEONEL, 2016).

Diante desses argumentos verifica-se a presença de vício de forma, o que torna a proposta em desconformidade com o preceitos constitucionais.

#### **5.4 A inconstitucionalidade material da PEC 171/93.**

A PEC 171 tem por objeto a alteração do artigo 228 do texto constitucional, conforme analisamos trata-se um patamar mínimo fixado pelo constituinte originário no que diz respeito a imputação da prática de um crime a um menor de dezoito anos.

Na imputabilidade, a pessoa é capaz de "entender e de querer". Portanto, o inimputável é quando o agente não possui, ao tempo da prática do fato, capacidade de entender o seu caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado inimputável.

Vimos que existem três critérios para a fixação da imputabilidade penal, a saber: biológico, psicológico e biopsicológico.

No caso dos menores de dezoito anos, o Constituinte, seguindo as tendências internacionais, fixou a inimputabilidade adotando o critério biológico, considerando que todo indivíduo que apresente uma anomalia psíquica é sempre considerado inimputável, independentemente dessa anomalia haver ou não privado o agente de entendimento e vontade no momento da prática da ação ou omissão.

A adoção do critério biológico adotado pelo direito penal brasileiro considera que o menor não está plenamente desenvolvido, mas vimos no primeiro capítulo desse estudo que essa idade mínima de dezoito anos e o critério puramente biológico para inimputabilidade penal, nem sempre foi adotada desde o início pela nossa legislação, tal qual se dá nos dias de hoje.

Nas Ordenações do Reino, época do Brasil- Colônia, a imputabilidade era fixada aos sete anos de idade com um critério baseado no discernimento dos menores, que podia agravar ou atenuar as penas, de acordo com a idade.

No Código Criminal do Império de 1830, não se julgavam criminosos os menores de 14 anos, no entanto, o juiz determinava pelo tempo que entendesse conveniente, que fossem recolhidos às casas de detenção aqueles que possuíssem discernimento. Os jovens entre 14 e 21 anos recebiam penas inferiores às aplicadas aos maiores e também não podiam ser condenados à morte.

Para o Código Penal Republicano de 1890, os menores de 9 anos eram considerados irresponsáveis penalmente. Os maiores de 9 anos e menores de 14 eram submetidos ao critério de discernimento, tendo o diploma em apreço fixado a imputabilidade penal aos 14 anos. Em 1927, entrou em vigor por meio do Decreto 17.943-A, o Código de Menores “Mello Mattos”. Esse diploma desconsiderava os menores de 14 anos como delinquentes e basicamente manteve as medidas da Lei 4.242, com algumas modificações.

O Código Penal de 1940, rompendo com o sistema anterior, atualmente em vigor, elevou a imputabilidade penal para os 18 anos, adotando o critério puramente biológico. A Doutrina da situação irregular foi definitivamente substituída pela doutrina da proteção integral com o advento da Constituição de 1988. Com a norma ordem constitucional brasileira as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como titulares de interesses juridicamente protegidos, ostentando a condição de sujeitos de direito e não apenas objeto de medidas seguindo as tendências mundiais, normas internacionais e tratados de direitos humanos no âmbito da proteção da infância e da juventude, com vistas a garantir a sobrevivência digna das nossas crianças e adolescentes. .

Com a Constituição Federal de 1988, a questão da inimizabilidade penal passou a ser questão constitucional, pois o legislador originário quis definir com clareza os limites da idade penal, em sede constitucional.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece o rol de direitos e garantias individuais da pessoa humana expressamente definidos na carta. Todavia, o § 2º do mesmo artigo ressalva que são também direitos e garantias individuais as normas dispersas pelo texto constitucional, e não somente aquelas dispostas no Art. 5º - [...] § 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Assim, o próprio texto constitucional admite existir em seu corpo direitos e garantias individuais, e que o rol do art. 5º não é taxativo. Ainda menciona que os direitos e garantias concernentes com os princípios da própria Constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil compõe esse rol de direitos.

Nesse sentido é o entendimento de COSTA e LEONEL (2016, p.214-215):

A fixação da imputabilidade penal aos 18 anos é uma garantia individual para todos aqueles que possuem uma idade inferior a esta. Resultando de sua alteração para menos não pode ser realizada pela Constituição por se tratar de uma cláusula pétreia e, também por ferir o art. 41 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Além da matéria não poder ser objeto de reforma, por se tratar se cláusula pétreia, temos que o sistema da proteção integral possui outros princípios que se fundam o Direito da Criança e do Adolescente.

DAVID e ZAMBIAZI explicam:

Por possuírem previsão constitucional, e devido a posição axiológica e a densidade de conteúdo, a proteção integral e a prioridade absoluta podem ser denominados de metaprincípios do direito da criança e do adolescente. Como consequência da adoção do sistema da proteção integral, surgem na ordem jurídica princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente, como princípio do superior interesse da criança e do adolescente e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, dentre outros princípios derivados. O princípio do superior interesse da criança e do adolescente, considerado como postulado normativo por parte da doutrina, previsto no artigo 100, parágrafo único, inciso V, do ECA e em diversos dispositivos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, determina que toda intervenção deve atender prioritariamente aos interesses da criança e do adolescente, sem prejuízo a outros interesses no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto. ( DAVID, ZAMBIAZI, 2016, p. 190)

Nesse contexto, o Título VIII, que trata da Ordem Social, e no Capítulo VII, que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”, especificaram as garantias às crianças e aos adolescentes. Trata-se de um conjunto de normas de natureza protetora.

A Constituição Federal prescreveu que a criança e o adolescente são objeto de especial defesa da ordem e delimitou que uma das dimensões do direito a proteção especial das crianças e dos adolescentes é, conforme o artigo 227, §3º, inciso V, a “... obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa humana, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade” (BRASIL, 1988), inserindo as crianças e os adolescentes na categoria de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento que lhes garante os direitos e procedimentos aptos a essa condição.

A condição peculiar de desenvolvimento é justamente a vulnerabilidade social, concebendo a especificidade dos direitos como instrumento direcionado para a valorização do dessa categoria de pessoa e responsabilização do Estado, da sociedade e da família, além da abertura de medidas para a participação diferenciada nos ambientes socioestatais de decisão.

Nesse sentido:

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento estabelece um atendimento diferenciado, pautado na condição especial que as crianças e os adolescentes ostentam, tem previsão no artigo 6.º do Eca e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, além de outros instrumentos internacionais. Por ele, a criança e o adolescente devem receber todas as garantias e mais um *plus* de garantias próprios de sua condição de pessoa em desenvolvimento, o que se constitui em uma discriminação positiva, outro princípio informador do sistema. No âmbito do ato infracional a consequência do princípio consiste na afirmação de que os adolescentes que infringem a lei “são detentores de todos os direitos que tem os adultos e que sejam aplicáveis a sua idade e mais alguns outros direitos que são especiais, e que decorrem particularmente de seu estatuto ontológico próprio, qual seja, de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. (DAVID, ZAMBIAZI, 2016, p. 191)

A condição de pessoa em desenvolvimento garante a inimputabilidade perante a lei penal, pois não pode ter o mesmo tratamento que um adulto, não sujeitando às penas previstas na legislação penal, o que, não o isenta de responsabilização e sancionamento, que será através das normas e dos meios previsto no Estatuto da Criança e do adolescente.

Contudo, esse aspecto do Estatuto que responsabiliza os adolescentes é desconhecido por grande parte da população, o que leva a apoiar as propostas de redução do marco etário fixado.

Entendemos que a inimputabilidade foi elevada ao status de direito fundamental quando foi inscrita na Constituição no artigo 228. Dessa forma, o legislador originário definiu

claramente o limite da idade para considerar o jovem responsabilizado pelo Estatuto. Assim, segundo grande parte da doutrina, a imputabilidade penal do adolescente passou a ser tratada como direito fundamental do jovem menor de 18 (dezoito) anos.

O fato da inimputabilidade não estar no rol do art. 5º, demonstra simplesmente uma questão de técnica legislativa, uma vez que o parágrafo segundo deste artigo, admite que há outros direitos e garantias individuais dispersos no corpo do texto constitucional, e que os tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Esses direitos específicos não podem ser objeto de emenda constitucional tendente a abolir ou mitigar a proteção, em razão de pertencer a categoria de direitos fundamentais.

É esse o ensinamento de DOTTI:

A inimputabilidade assim declarada constitui uma 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 artigo 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétreia. Consequentemente, a garantia não poder 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. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF. (DOTTI, 2001, p. 413)

Ainda tem-se o entendimento que a proposta de emenda 171/93 viola o princípio da igualdade, pois trata de maneira desigual os jovens entre 16 e 18 anos, uma vez que a responsabilidade penal somente será considerada aquele jovem que cometer crime hediondo, homicídio e lesão corporal seguida de morte. (COSTA, LEONEL, 2016).

Assim:

Em efeito não há diferenciação entre um crime hediondo e não hediondo, ambos são crimes para o direito penal devendo receber o mesmo tratamento punitivo do Estado. A razão disso. Enquanto uns jovens, que estão inseridos na faixa etária de 18 e 18 anos, terão suas condutas tratadas de acordo com as normas do ECA, outros terão suas condutas tratadas de acordo com as normas do Direito penal. O que revela de maneira cristalina um tratamento desigual presente na PEC 171/1993.

Em razão de a proteção à infância ser um direito fundamental compete ao Estado garantir que às crianças e aos adolescentes sejam assegurados seus direitos (que vêm especificados nos artigos 227, 228 e 229, todos da CF).

Por essas razões, a fixação do limite etário de responsabilização penal é uma garantia constitucional que impede o Estado de submeter crianças e adolescentes ao regime penal comum e, portanto, não pode ser suprimido ou ter o seu patamar alterado, encerrando verdadeira cláusula pétreia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando o crescimento da criminalidade entre menores de dezoito anos, notadamente no que refere a prática de crimes bárbaros, esse estudo procurou, sem contudo esgotar o tema, analisar os principais argumentos daqueles que entendem ser possível e viável a redução e, por outro lado, daqueles que são contra a redução, com ênfase em argumentos criminológicos e de política criminal.

A luta que se trava, pois, é no sentido de alterar o artigo 228 da Constituição Federal, o artigo 27 do Código Penal que estabelecem a idade de dezoito anos para a imputabilidade penal. Conforme enfatizado no decorrer deste trabalho, duas correntes defendem posições sólidas, bem argumentadas e patrocinadas por juristas renomados no cenário penal brasileiro.

Em síntese, de um lado alguns defendem a redução alegando que o jovem com dezesseis anos já se encontra maduro em todos os sentidos, de modo a entender claramente o caráter ilícito de sua conduta e a determinar-se de acordo com esse entendimento. Do lado oposto, outros entendem que o amadurecimento ainda não é pleno e que a redução da idade penal traria um retrocesso, pois o sistema penitenciário aplicado ao maior de dezoito anos é ainda arcaico e rudimentar.

A pergunta que se faz, portanto, é se o menor hoje com dezesseis anos tem o senso de discernimento mínimo para saber com segurança o que é uma ilicitude, e o mais importante, reconhecendo o caráter errado de sua atuação (matar, roubar, estuprar, etc.), saber que tais atos lhe sujeitará a se comportar como adulto.

Não há dúvida, diante dos avanços verificados na sociedade e do progresso intelectual vivido pelo jovem com dezesseis anos, que a resposta é afirmativa, principalmente se se considerar que nessa idade, conquanto facultativamente, é permitido exercer o direito soberano do voto.

A inimputabilidade penal do adolescente significa que o adolescente não está submetido por seus atos às penas previstas na legislação penal, o que, não o isenta de responsabilização e sancionamento. Esse aspecto do Estatuto que responsabiliza os adolescentes é desconhecido por grande parte da população, o que leva a apoiar as propostas de redução do marco etário fixado na Constituição Federal de 1988.

Todavia, essa polemica em torno da idade ideal para se considerar o jovem imputável resta infrutífera, uma vez que a inimputabilidade foi elevada ao status de direito fundamental quando foi inscrita na Constituição no artigo 228. Essa mudança revelou-se benéfica à



população infanto-juvenil, pois até 1988, não havia sido inscrito no texto constitucional brasileiro dispositivo de tamanha magnitude.

Dessa forma, o legislador originário definiu claramente o limite da idade para considerar o jovem responsabilizado pelo Estatuto. Assim, segundo grande parte da doutrina, a imputabilidade penal do adolescente passou a ser tratada como direito fundamental do jovem menor de 18 (dezoito) anos. O fato da inimputabilidade não estar no rol do art. 5º, demonstra simplesmente uma questão de técnica legislativa, uma vez que o parágrafo segundo deste artigo, admite que há outros direitos e garantias individuais dispersos no corpo do texto constitucional, e que os tratados internacionais firmados pelo Brasil

No entanto, existe um grande abismo entre a aptidão à maioria plena, ou seja, estar apto a assumir a responsabilidade por um crime praticado, e a estrutura de que dispõe o sistema penitenciário brasileiro para albergar criminosos, hoje corrompido, cruel, antieducativo e, o que é mais grave, dissociado do princípio basilar do estado de direito.

Apesar de ter sido aprovada a proposta de Emenda Constitucional 171/1993, a proposta segue ao Senado em desconformidade com o que prevê a Constituição Federal.

A câmara dos deputados não observou o processo legislativo aprovando na mesma sessão legislativa uma proposta de emenda que tinha sido rejeitada, ensejando um vício de forma, que a torna formalmente inconstitucional.

Demais disso, além de formalmente inconstitucional, a matéria tratada refere a direitos e garantias dos adolescentes, fixados pelo constituinte originário como cláusula pétrea, além de, como ferir os postulados principiológicos dos Direito da Criança e do Adolescente e também aos princípios constitucionais. Assim, além de ser dotada de inconstitucionalidade, formal e material, a proposta configura um retrocesso.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.) *Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.) *Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.) *Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.) *Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE. Andressa Paula. CARVALHO. Érika Mendes. Imputabilidade seletiva e as quimeras da PEC 171/1993: Política criminal a serviço de quem? In **Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro**. Paulo Cesar Busato, organizador. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ANDRADE FILHO, Arício da Silva. A constitucionalidade da redução do termo inicial da maioria penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1384, 16 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9749>>. Acesso em: 28 out. 2012.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORNIN, Daniela Queila dos Santos. Inimputabilidade penal: Direito individual garantido em cláusula pétrea. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6553)>. Acesso em jun 2016.

\_\_\_\_\_, limitações ao poder constituinte reformador. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6526](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6526) . Acesso em 16 de junho de 2016.

BRITO, Iuri Teixeira. Artigonal, [s.1], Junho de 2008. Disponível em <http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/a-politica-criminal-nos-dias-de-hoje-437028.html>>. Acesso em: 24 de mai. 2012.

BUSATO. Paulo. ( org.). **Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade do sistema penal brasileiro**. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

CAVALLIERI, Alyrio. **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. MENDEZ. Emilio Garcia. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

COSTA. Antonio. LEONEL. Evandro. A inconstitucionalidade do projeto de redução da maioria penal. In **Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro**. Paulo Cesar Busato, organizador. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CURY, Munir, SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DAVID. Décio Franco. ZAMBIAZI. Larissa Horn. Inconstitucionalidade paralela: o aumento do tempo de internação. In **Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro**. Paulo Cesar Busato, organizador. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DOTTI, René Ariel Dotti, **Curso de Direito Penal: parte geral**, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GONÇALVES, Rosângela Machado. Redução da maioria penal. Ideologias versus realidade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3010, 28 set. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20096>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

JESUS, Damasio. **Curso de Direito penal. V.1. parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Editora Método, 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. V.1. parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS DA ROSA. Alexandre. Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_.LOPES. Ana Christina Brito. Pela (não) redução da maioria penal: vale a pena ver de novo?. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/pela-nao-reducao-da-idade-penal-vale-a-pena-ver-de-novo-por-alexandre-moraes-da-rosa-e-ana-christina-brito-lopes/> acesso em 11 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. SILVEIRA FILHO. **Para um processo penal democrático. Crítica do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAULA, Paulo Afonso Ganido de. **Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro.v.1. parte geral**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RANGEL, Mauricio. A Constitucionalidade da Redução da Maioridade penal em face de sua Natureza de Regra de Política Criminal . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8036](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8036)>. Acesso em mai 2016.

SANKIEVICZ, Alexandre. Breve análise sobre a redução da maioria penal como alternativa para a diminuição da violência juvenil. In: **Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados**, 2007 disponível em

[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1201/breve\\_analise\\_sankievicz.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1201/breve_analise_sankievicz.pdf?sequence=1). Acesso em 25 mai 2016.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato Infracional – garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Adolescente e responsabilidade penal. Da indiferença a proteção integral. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VERONESE. Josiane Rose Petry. LIMA. Fernanda da Silva. **Os Direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Boiteux, 2012.

VILAS-BOAS, Renata Malta. Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11583](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583)>. Acesso em jun 2016.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; e ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.