

INIMPUTABILIDADE PENAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: CLÁUSULA PÉTREA NO REGIME CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Criminal nonimputability of child and adolescent: entrenchment clause in the Brazilian Constitutional System

ÉVERTON RAPHAEL MOTTA REDUIT

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado inscrito na OAB/RS.

Resumo: O presente artigo tem por fito analisar o instituto da inimputabilidade penal da criança e do adolescente ao lume da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e à luz de uma interpretação sistemática desta. Aborda-se o papel alcançado ao instituto na constituição atual por meio de uma breve análise histórica. Após, analisa-se os critérios necessários para configurar um instituto como direito fundamental, a partir da conceituação deste. Infere-se que a inimputabilidade penal da criança e do adolescente constitui um direito fundamental de primeira geração e, igualmente, uma cláusula pétrea. Conclui-se, destarte, pela impossibilidade de alteração da inimputabilidade penal do menor de dezoito anos, por constituir garantia individual, a qual está fora do âmbito de deliberação do constituinte derivado.

Palavras-chave: Inimputabilidade Penal, Maioridade Penal, Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas.

Abstract: This paper has the aim to analyze the child's and adolescent's criminal unaccountability institute under the light of a systematic interpretation of the 1988's Constitution of the Federative Republic of Brazil. It discusses the role achieved by this institute in the current constitution through a brief historical analysis. After, through the conceptualization of fundamental right, it analyses the criteria required to set up an institute as a fundamental right. It is inferred that the child's and adolescent's criminal unaccountability is a fundamental right of first generation and also an entrenched clause. It concludes that the constitution prohibits any decrease in the minimum age of criminal liability from its current level of eighteen years, since it is an individual guarantee, which is outside of the deliberation scope of the derived constituent legislator.

Keywords: Criminal Liability, Age of Criminal Responsibility, Fundamental Rights, Entrenched Clauses.

1. Considerações introdutórias

Em um Estado Democrático e de Direito, os cidadãos podem, por meio de seus representantes, observados os procedimentos estabelecidos, alterar as normas jurídicas vigentes. Todavia, determinadas normas centrais foram estabelecidas juntamente com a nova ordem política e jurídica. Estão previstas na Constituição brasileira de 1988 como base do nosso regime juspolítico.

Dentre as novas regras jurídicas, o constituinte originário erigiu as regras com base na autonomia e na incondicionalidade, não precisando observar normas anteriores, porquanto estava fundando e estabelecendo uma nova ordem jurídica. Inexistiam limites formais, havendo apenas limitações de ordem material, tais como ideológicas, institucionais ou substanciais, mas que não reduzem a ampla liberdade do constituinte originário¹.

As normas jurídicas são aplicáveis à realidade social, a qual se modifica, necessitando-se de uma atuação por parte do legislador, por um lado, para manter a força normativa e manter a inserção e a força cogente do Direito no contexto sociocultural. Entretanto, por outro lado, o núcleo de normas constitucionais centrais e as decisões fundamentais do constituinte devem ser sedimentadas e tuteladas a fim de que não sejam descaracterizadas, havendo a necessidade de mecanismos constitucionais de proteção a elas dentro do novo regime².

Assim, dada a relevância de determinadas normas constitucionais, foram estabelecidas aquelas que não podem ser abolidas – chamadas de cláusulas pétreas – e que estão previstas no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, quais sejam: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Deste modo, evitou-se a banalização das normas jurídicas e mudanças de conveniência, protegendo-se o regime jurídico e político fundado e os direitos fundamentais.

O constituinte originário elencou normas jurídicas, portanto, que não podem ser alvo de emendas e aquelas que podem ser modificadas somente por procedimento próprio previsto no artigo 60 da Constituição de 1988 (por critério negativo: a norma constitucional que não é cláusula pétrea pode ser alvo de modificação ampla pelo legislador via emenda constitucional).

A inimizabilidade penal do menor de dezoito anos é prevista como norma constitucional no artigo 228 da Constituição brasileira. Por força constitucional, são inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos a regime próprio de responsabilização. Nesse sentido, emerge a questão se a inimimizabilidade do menor de dezoito anos pode ser modificada via emenda constitucional, ou não pode ser abolida ou modificada em desfavor

¹ MALOSSO, Tiago Felipe Coletti. Redução Da Maioridade Penal e Suas Implicações Domgático- Constitucionais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Vol. 866, p. 7, 2007.

² MALOSSO, Tiago Felipe Coletti. *op. cit.* p. 7.

dos tutelados por ela por constituir um direito ou garantia individual. Por conseguinte, impõe-se uma reflexão técnico jurídica, e não de fundamentação política ou social apenas.

O Direito não pode partir de uma abordagem política como premissa primária. Não é porque se considera a redução da menoridade penal adequada que irá se apregoar que não é cláusula pétrea a menoridade penal, bem como não se deve fazer o inverso – reduzir a menoridade penal é considerado inadequado, então se consideraria como cláusula pétrea. Conquanto o Direito não prescindia da política, tanto que vivemos em um Estado Democrático e de Direito, não se pode relegar a segundo plano a tecnicidade do Direito.

Nesse sentido, é preciso analisar os direitos fundamentais e suas características, e, a partir disso, averiguar se a inimputabilidade penal do menor de 18 anos configura um direito fundamental que está fora do âmbito de atuação do constituinte derivado. Outrossim, analisar o contexto histórico e as razões pelas quais o constituinte originário elencou a inimputabilidade penal do menor de 18 anos como norma constitucional torna-se relevante para compreender a força normativa constitucional do instituto em tela e compreender que a sua alteração configurará a violação à vontade originária do constituinte.

2. Do desenvolvimento do instituto da maioridade penal no Ordenamento Jurídico brasileiro

A aplicação de pena própria para pessoas de determinada faixa etária já existia tanto na Grécia como em Roma. No Direito brasileiro, a figura da inimputabilidade da criança e do adolescente foi introduzida a partir do direito português, sobretudo por meio das ordenações Filipinas. Nesta, somente as crianças menores de 7 anos eram totalmente inimputáveis, havendo, entre estas e os jovens de 25 anos, gradações possíveis de penas aplicáveis. Porém, admitia-se que se aplicasse as penas suscetíveis de serem impostas aos maiores de idade, inclusive, a pena de morte para jovens com mais de 17 anos³.

Por sua vez, no Código Penal de 1830, ou seja, quando o Brasil já era independente politicamente de Portugal, adotou-se o sistema do discernimento. Fixou-se que o jovem menor de 14 anos era inimputável, contudo, se cometesse um crime e, quando da realização deste, houvesse agido com discernimento, afastar-se-ia a inimputabilidade e aplicar-se-ia a sanção penal. Nesse sistema, preocupa-se com o momento de ocorrência do delito, “se há, quando da conduta delituosa, consciência do delito e autodeterminação”⁴. Porém, tal sistema foi considerado pouco científico, dada a dificuldade da averiguação do discernimento do autor quando da realização do fato típico⁵.

A posteriori, com a instauração do sistema republicano, promulgou-se um novo Código Penal, em 1890, no qual alteraram-se os critérios de inimputabilidade, considerando-se *juris et de jure* inimputável os menores de 9 anos. De outra banda, aqueles entre 9 anos e 14 anos

³ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas – considerável influência no direito brasileiro*. [S.I.]: Carta Forense, 2006. Disponível em: «<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>», acesso em: 05 ago. 2014.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 28 ed. revista e atualizada, Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 196.

ainda eram submetidos à análise do critério subjetivo do discernimento⁶, portanto, entre 9 e 14 anos, comprovada a consciência da conduta delituosa, aplicar-se-ia a legislação penal e não especial. Isto é, conjugou-se o critério biológico (idade), com o critério psicológico (discernimento), perfecibilizando o sistema biopsicológico. Isto é, para ser inimputável, além de ser menor de 14 anos, no momento do ato, não poderia ter consciência do agir criminoso e autodeterminação, pois, ausente um destes requisitos, não seria inimputável.

Inobstante, de qualquer modo, o sistema referido, igualmente em razão da necessidade da prova do discernimento, implicava em dilação probatória de difícil complexidade e intrincada. Heloísa Gaspar Martins Tavares ressalta que a dificuldade de demonstrar probatoriamente o discernimento do menor para a realização da conduta delituosa implicava que as decisões eram, de regra, em favor dos menores, em razão da impossibilidade do magistrado verificar se o adolescente apresentava relativa lucidez para se autodeterminar⁷.

De outra banda, o Código Penal de 1940 estabeleceu a inimputabilidade assente no sistema biopsicológico como regra geral; porém, quanto ao menor de 18 anos, como exceção a esta, estabeleceu que esses são inimputáveis, mantendo quanto à maioria penal o sistema biológico. Destarte, no que tange ao menor de 18 anos, fixou-se a presunção absoluta de inimputabilidade sem qualquer perquirição quanto ao conhecimento da conduta ilícita e à autodeterminação⁸. O menor de 18 anos que cometesse um ato ilícito, responderia à luz do Código de Menores de 1921, legislação especial aplicável ao jovem inimputável penalmente.

Nelson Hungria, que participou do anteprojeto do Código Penal de 1940, afirmou que o jovem em conflito com a lei não é um delinquente irremediável, mas, sim, alguém sem um anteparo moral e ético. Asseverou que o adolescente que incorreu na prática de ato ilícito poderia ser ressocializado não por meio da imposição das sanções de um sistema penal e sim por medidas próprias e adequadas à sua condição. Advogou que o problema da delinquência perpassa a formação moral na infância e adolescência e, desse modo, o amparo correto aos jovens significaria menos adultos nas penitenciárias⁹.

Porém, na esteira da compreensão do menor da época, verifica-se que a preocupação inicial do Código Penal de 1940 recaia nos jovens em situação de vulnerabilidade social, em condição de pobreza. Compreendia-se a criminalidade na juventude a partir da realidade social e econômica e da desestrutura familiar apenas, a qual poderia, na visão da época, ser

⁶ SOARES, Janine Borges. *A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>, acesso em: 07 ago. 2014.

⁷ TAVARES, Heloísa Gaspar Martins. Idade Penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o Código de 1969. [S.I.]: *Revista eletrônica Jus Navigandi*, n.º 508, p.1, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5958/idade-penal-maioridade-na-legislacao-brasileira-desde-a-colonizacao-ate-o-codigo-de-1969>>, acesso em: 05 ago. 2014.

⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 323-324.

⁹ “Entre as condições próximas e mais frequentes da delinquência é, fora de dúvida, porém, que ressaí, na primeira plaina, a incúria em torno à formação moral de um grande número de homens no período da infância e adolescência. Muitíssimos delinquentes que constituem a clientela habitual das penitenciárias não teriam chegado a esse estado de miséria e desgraça moral se tivessem tido, na sua juventude, o necessário amparo e orientação protetora.” (HUNGRIA, Nelson. *op. cit.* p. 361).

superada pela assistência material e moral do Estado¹⁰, por conseguinte, reproduziu a lógica institucionalizante do Código Mello Mattos e a criminalização da pobreza.

Não se separava, na época, jovens infratores e jovens em situação de vulnerabilidade social. Aplica-se a mesma medida tanto a jovens que cometessem um ato ilícito como a um jovem abandonado, a qual, quase sempre, era de internação¹¹. O Código de Menores de 1979 não alterou a lógica do Código de 1921, mantendo a mesma política institucionalizante da Doutrina da Situação Irregular.

Em 1988, restou promulgada a CRFB/88, a qual fixou a inimputabilidade do menor de 18 anos no seu artigo 228, mantendo o sistema biológico adotado no Código Penal de 1940, contudo, com *status* de norma constitucional. Verifica-se que a inimputabilidade do menor de 18 anos, que até então era norma infraconstitucional, passou a ser uma norma constitucional a partir da Constituição de 1988. A fixação da imputabilidade penal dos menores de 18 anos e a proteção integral das crianças e dos adolescentes na atual Constituição foram decorrentes de um processo de pressão sobre o Estado de movimentos sociais, dentre eles o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua e a Anti-psiquiatria¹².

Em 1990, na esteira da nova Constituição da República, também resultado de um processo de diálogo com a sociedade civil, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069 de 13 de julho 1990 –, que revogou o Código de Menores de 1979, que era assente na Doutrina Jurídica do Menor. O ECA intentou implementar a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, com anteparo nas transformações e nas lutas em nível mundial em defesa dos direitos da criança e do adolescente e da sua respectiva efetivação, compreendendo-os como sujeitos de direitos e não mais como subcategoria de cidadania.

Nessa linha, houve uma mudança de paradigma, pois a criança e o adolescente são reconhecidos de forma igualitária com o adulto, sem perder as garantias próprias decorrentes da sua situação peculiar de desenvolvimento, assegurando direitos a todos os menores de 18 anos independentemente de condição socioeconômica ou cultural¹³.

No que concerne à inimputabilidade do menor de 18 anos, o ECA reproduz o disposto constitucionalmente, considerando inimputáveis os menores de dezoito anos, submetendo-os

¹⁰ “Informa-nos CUELLO CALÓN, com a sua experiência de juiz de menores em Barcelona, que duas terças partes, pelo menos, da criminalidade infantil derivam do meio imoral e derrancado em que vivem seus protagonistas. Ora, pondera o ilustre escritor de direito penal, a influência perniciosa do ambiente familiar ou social pode ser anulada pela assistência material e moral do Estado e, assim, a grade maioria desses prematuros delinquentes é suscetível de reforma e de adaptação às condições normais da vida social. (...) De assistência moral, principalmente, repita-se, é que necessitam os malfeitores precoces. É preciso socorre-los, salvá-los de si próprios e do meio em que vegetam, ensejando-se-lhes aquisições éticas, reavivando neles o sentimento de vergonha e autocensura (...) A alma da criança é um terreno afeiçoável e fértil a todas as culturas. O delinquente infantil está longe de ser um caso irreduzível aos processos educacionais inspirados na psicologia experimental.” (HUNGRIA, Nelson. *op. cit* p. 365).

¹¹ SOARES, Janine Borges. *A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>, acesso em: 07 ago. 2014.

¹² ALVES, Cândida *et al.* Adolescência e maioridade penal: reflexões a partir da psicologia e do direito. São Paulo: *Revista de Psicologia Política*, v. 9, n. 17, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519549X2009000100005&script=sci_arttext>, acesso em: 31 ago. 2014.

¹³ SEGALIN, Andréia; TRZCINSKI, Clarete. Ato Infracional na adolescência: problematização ao sistema de justiça. Porto Alegre: *Revista Virtual Texto & Contexto*, v. 5, n. 6, p. 8, 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/1038>>, acesso em: 05 ago. 2014.

às normas e medidas nele previstas caso cometam um ato infracional, ou seja, conduta descrita como crime ou contravenção penal, conformem preceituam os seus arts. 103 e 104 da legislação referida. O referido Estatuto impediu a aplicação de medidas socioeducativas de forma indiscriminada, isto é, diferentemente dos Códigos de Menores que vigoram, o ECA separou adolescente infrator de criança e adolescente em situação de abandono, vinculando a aplicação de medida socioeducativa à realização de conduta típica, quer seja comissiva quer seja omissiva. Assim, incorporou o princípio da legalidade penal como tema da infância e da juventude pela primeira vez e estabeleceu a impossibilidade de haver um tratamento penal aos adolescentes¹⁴.

Ana Paula Motta Costa¹⁵ e Maria Helena Zamora¹⁶ destacam que o ECA acarretou a responsabilidade dos adolescentes infratores diante do seu sistema por fatos típicos, antijurídicos e culpáveis – isto é, previstos na legislação penal – e não por estarem em situação de vulnerabilidade ou periculosidade, rompendo-se com a Doutrina da Situação Irregular. Não se permite mais com o ECA a concepção que separa as crianças em apenas dois grupos, quais sejam, as de família e as abandonadas (em situação irregular), que era assente numa ideia retrograda de institucionalização dos menores de 18 anos e que implicava a internação como medida aplicada de forma generalizada, sem observar se havia ou não ocorrido um fato típico.

Em suma, verifica-se que, atrelado ao contexto mundial de tutela da criança e do adolescente, o constituinte originário elencou pela primeira vez a inimputabilidade da criança e do adolescente a norma constitucional, fixando em 18 anos a inimputabilidade penal, a fim de que não restasse alterada a idade fixada, a fim de que fosse assegurado a estes jovens a aplicação de legislação especial – no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado em 1990 –, obstando ao Estado aplicar aos jovens com menos de 18 anos uma sanção penal. O constituinte originário considerou que, em razão do desenvolvimento peculiar do menor de 18 anos, deveria ser assegurado a este um tratamento diferenciado, a fim de que a sua responsabilização em razão de atos ilícitos perpetrados não negasse sua condição psíquica peculiar e, assim, a aplicação de medida socioeducativa não obstasse seu desenvolvimento enquanto pessoa.

De outra banda, a Constituição e o ECA, conjuntamente, com base na Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, visam a ensejar ao adolescente seu desenvolvimento psicossocial, sem recair na criminalização da pobreza, porquanto, por um lado, atrelou a aplicação de medida socioeducativa ao cometimento de fato típico e, por outro lado, assegura um tratamento adequado ao jovem que comete um ato infracional, uma responsabilização que não nega a sua situação de peculiar desenvolvimento frente ao adulto. Destarte, o constituinte originário elencou a inimputabilidade penal do jovem de 18 anos, a fim de tutelá-lo frente ao próprio Estado, configurando a idade elemento central da norma.

Nessa linha, compreendida a evolução história do instituto da inimputabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua importância e as razões pelas quais constitui

¹⁴ COSTA, Ana Paula Motta Costa. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

¹⁵ COSTA, Ana Paula Motta Costa. *op. cit.* p. 65.

¹⁶ ZAMORA, Maria Helena. Adolescentes em conflito com a lei: um breve exame da produção recente em psicologia. *LABORE – Laboratório de Estudos Contemporâneos; Polêmica Revista Eletrônica*. Rio de Janeiro: 2008, p. 8. Disponível em: «http://www.sinddegase.org.br/site/pdf/estudos/08zamor_psicologia.pdf», acesso em: 31 ago. 2014.

norma constitucional, precisa-se avançar, de modo que se conceituem os direitos fundamentais, analisem-se suas dimensões e respectivas características e, assim, averiguem-se se o instituto da inimputabilidade penal é um direito fundamental e se é uma cláusula pétreia.

3. A evolução histórica dos Direitos Humanos, as suas diferentes dimensões e a caracterização da Inimputabilidade do menor de dezoito anos como garantia individual

Os direitos humanos constituem direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo Direito de um Estado, por meio de sua Constituição¹⁷. É um conjunto de liberdades e direitos garantidos por meio do seu Direito positivo, apresentando, assim, delimitação temporal e espacial¹⁸.

Além disso, Bobbio nos demonstrou que os direitos fundamentais constituem uma classe variável, modificaram-se e continuam a se modificar, variando de um momento histórico para outro e de uma comunidade política para outra, além de serem heterogêneos, apresentando finalidades diversas entre si¹⁹.

Os direitos fundamentais apresentam dimensões, de regra consideradas três, apesar de alguns autores falarem em quatro ou mais dimensões. Ingo W. Sarlet advoga que os direitos fundamentais apresentam um processo de complementariedade, não de alternância²⁰; não houve a substituição de uma geração de direitos por outra, mas há conjuntos de direitos fundamentais com características e finalidades peculiares, positivados em contextos e com pretensões diferentes, que não são entre si excludentes.

Em oposição aos Estados monárquicos, nos quais as funções e poderes estatais eram concentrados nas mãos do Rei – *L'État c'est moi*²¹ –, em que havia claras desigualdades entre classes – nobreza e clero com privilégios em detrimento das demais –, monopólio de atividades econômicas que prejudicavam a ascensão da burguesia, poder político concentrado no Rei, houve forte oposição por parte da população. As reivindicações de mudanças foram organizadas pela burguesia, que tinha por intento alcançar o poder político e, assim, propiciar os meios para o desenvolvimento econômico, a igualdade formal e a separação dos poderes do Estado.

Na Inglaterra, o *Bill Of Rights* de 1689 fortaleceu o Parlamento e também previu direitos aos cidadãos, como o direito de petição ao Rei, e, junto com outros documentos e declarações inglesas, apresentou uma evolução no que tange às liberdades e aos direitos civis. Contudo, ainda não houve uma fundamentação constitucional de tais direitos, os quais limitaram o monarca na Inglaterra inicialmente, mas não vincularam o Parlamento²².

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 31.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7ª Tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13-14.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 45.

²¹ “O Estado sou Eu”. Conhecida frase de Luís XIV que representa a estrutura do poder durante a Idade Moderna na Europa.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 43.

A constitucionalização dos direitos fundamentais ocorreu por meio da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração Francesa de 1789 e das dez emendas à Constituição dos E.U.A em 1791, com forte inspiração nas concepções iluministas, sobretudo de Rousseau, Montesquieu e Locke²³. Com o surgimento do Estado Liberal, houve o reconhecimento da supremacia normativa de regras e princípios com *status* constitucional e a sua garantia jurídica por meio do controle de constitucionalidade²⁴.

Os direitos fundamentais consagrados e tutelados nas Constituições a partir das revoluções burguesas são os de primeira dimensão, resultado de um pensamento liberal e de garantia de direitos e liberdades do homem frente ao Estado, sob uma perspectiva individualista. Constituem os direitos fundamentais de primeira geração uma obrigação de não-fazer ao Estado, uma zona de não intervenção deste na vida do cidadão, assegurando-se uma esfera de autonomia, de direitos e de liberdades civis e políticas constitucionalmente positivadas²⁵. Entre eles, citam-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade, liberdade de expressão, de reunião, direitos políticos, entre outros.

Posteriormente à consolidação do Estado Liberal, houve forte desenvolvimento econômico com a Revolução Industrial. Os mecanismos e as técnicas de produção ganham destaque com as descobertas científicas encadeadas e sucessivas, bem como passou a haver um maior mercado de consumo para os produtos industrializados em razão do aumento do trabalho assalariado. Contudo, as condições dos empregados eram insalubres, com jornadas excessivas e baixos salários, além de não haver nenhuma proteção social em caso de acidentes do trabalho ou auxílio na velhice. Outrossim, havia forte desigualdade social. Nesse cenário, iniciaram uma série de irrisignações sociais, com forte participação dos movimentos de operários.

Em razão dos movimentos reivindicatórios e de novas concepções políticas contrárias à própria estrutura capitalista que se consolidava, a visão do Estado Liberal como garantidor apenas da propriedade privada e das liberdades civis e políticas sofreu modificações. Houve o reconhecimento progressivo de direitos pelo Estado, o qual passou a ter um papel não apenas de não intervenção na liberdade do cidadão, mas também de prestar e assegurar direitos aos membros da comunidade política²⁶, surgindo os direitos fundamentais de segunda geração, bem como o Estado Social, cujo pilar é a igualdade de oportunidades, porquanto a simples igualdade formal não era garantia de justiça social²⁷. É sobretudo após a segunda grande guerra que os direitos fundamentais de segunda geração ganham relevância nas Constituições.

Tais direitos abrangem tanto direitos positivos – isto é, uma prestação do Estado, como saúde, educação, assistência social –, como direitos sociais, como direito de greve e liberdade de sindicalização, limites constitucionais quanto à jornada de trabalho e garantias mínimas de segurança quanto ao meio ambiente laborativo e à prestação de serviço. Conquanto sejam

²³ MALOSSO, Tiago Felipe Coletti. *op. cit.* p. 5.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 43.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 47.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 47.

²⁷ BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 388.

uma conquista dos movimentos reivindicatórios, dizem respeito à pessoa na sua condição de indivíduo²⁸.

Por sua vez, os direitos de terceira geração deslocam-se da figura da pessoa enquanto apenas uma individualidade para uma compreensão de gênero humano, direitos transindividuais, cuja titularidade seria difusa ou coletiva, tais como direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida. Foram conquistas posteriores à segunda guerra mundial, sobretudo em razão das consequências do forte desenvolvimento tecnológico e científico e dos efeitos nefastos das guerras.

Os direitos de terceira geração demandam um esforço conjunto para sua garantia, como atividades e responsabilidades em grande escala, inclusive mundial, para sua efetivação, por isso são chamados de direitos de solidariedade e de fraternidade²⁹. Outrossim, enquanto os direitos de primeira e segunda geração têm relação em assegurar o que a cada um é devido, os de terceira geração tem por finalidade defender o que a todos é comum³⁰.

Alguns autores consideram a existem de mais dimensões ou gerações de direitos fundamentais. Não há um consenso doutrinário sobre o mote.

Após estas considerações iniciais quanto aos direitos fundamentais, suas dimensões e características, pode-se averiguar se a inimputabilidade penal do menor de 18 anos perfectibiliza-se como direito fundamental. A inimputabilidade em tela assegura a não intervenção penal do Estado, estabelecendo que é preciso um sistema de responsabilização próprio, previsto em legislação especial (no caso, o ECA). Constitui ao adolescente uma garantia de que terá uma responsabilidade adequada à sua faixa etária e que seja compatível com a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que pretende assegurar um desenvolvimento adequado às suas peculiaridades.

Por conseguinte, destaca-se que a norma constitucional de inimputabilidade penal do menor de 18 anos é uma limitação ao sujeito passivo da norma, ao Estado que fica privado do poder de aplicar sanções penais ao adolescente que realiza ato infracional, configurando uma limitação ao poder estatal frente ao adolescente em conflito com a lei, observando-se a sua condição enquanto indivíduo. Trata-se de uma garantia do indivíduo menor de 18 anos de ser responsabilizado não pelo Direito Penal, mas por um regime próprio. Configura-se um direito fundamental de primeira dimensão³¹.

Importante destacar que a inimputabilidade penal por não ter sido necessariamente prevista quando o Estado Liberal elencou direitos civis e políticos como fundamentais, limitando o poder estatal, não afasta sua classificação como direito fundamental de primeira geração. Tais direitos apresentam um caráter dialético e dinâmico³², bem como também perpassam as transformações existentes na esfera social e no âmbito político-jurídico a partir de reivindicações críticas dentro do processo histórico, apresentando um conjunto de direitos abertos e mutáveis³³.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.* p. 48.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.* p. 49.

³⁰ BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 392.

³¹ MALOSSO, Tiago Felipe Coletti. *op. cit.* p. 6.

³² SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.* p. 52.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.* p. 53.

Nessa linha, a inimputabilidade penal do menor de 18 anos, ao ser prevista na Constituição de 1988, está atrelada a uma evolução histórica dos direitos fundamentais, elencada pela primeira vez como norma constitucional por opção do constituinte originário, a partir de reivindicações decorrentes de movimentos sociais. Foi uma opção do constituinte conferir o *status* constitucional a este instituto, dada sua relevância para fins de política criminal e pelas conquistas no campo de proteção da criança e do adolescente.

Por conseguinte, considerando o que preceitua Ingo W. Sarlet, que um direito é fundamental tanto pela sua importância em si como também pela escolha do constituinte, atrelada a uma hierarquização de direitos por este ao *status* de norma constitucional³⁴, seria inafastável a concepção da inimputabilidade penal do menor de 18 anos como direito fundamental.

Ademais, os direitos fundamentais são considerados posições jurídicas que foram integradas ao texto constitucional pelo seu conteúdo e pela sua importância, sendo, assim, retiradas da esfera de disponibilidade do constituinte derivado, bem como são aquelas posições que, mesmo que não previstas no texto constitucional, aderem materialmente à Constituição pela sua relevância – mesmo fora da Constituição são reconhecidas como direitos fundamentais³⁵. Destarte, em que pese a Constituição de 1988 seja analítica, com uma previsão extensa de direitos e garantias fundamentais, é possível haver outras previsões fora do rol do artigo 5º e do texto da própria Constituição³⁶.

Nesse sentido, o próprio parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição atual realizou uma abertura material³⁷, ao dispor se que não se excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como aqueles decorrentes de tratados ou convenções internacionais do qual o Brasil faça parte. Além disso, a própria doutrina e jurisprudência tem adotado uma compreensão ampliada de direitos fundamentais, qualquer que seja a sua geração³⁸. Destarte, o fato da inimputabilidade penal do menor de 18 anos não ser prevista no rol do artigo 5º da Constituição de 1988 não impede que seja considerada um direito fundamental.

A abertura do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira está atrelada a direitos e posições jurídicas vinculadas à dignidade da pessoa humana. Conquanto haja outros critérios incidentes, sempre que houver uma vinculação direta ou relação embasada na dignidade da pessoa humana estar-se-á diante de um direito ou norma fundamental³⁹; portanto, todos os direitos fundamentais seriam cobertos pela vedação de abolição pelo constituinte derivado, uma vez que fundados na dignidade da pessoa humana⁴⁰.

A inimputabilidade do menor de dezoito anos está atrelada à base dos direitos fundamentais, qual seja: a dignidade da pessoa humana, que é a base valorativa e que confere

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 76.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 77.

³⁶ BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *op. cit.* p. 527.

³⁷ MALOSSO, Tiago Felipe Coletti. *op. cit.* p. 6.

³⁸ BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *op. cit.* p. 528.

³⁹ BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *op. cit.* p. 532.

⁴⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 271.

unidade de sentido à Constituição, constituindo um fundamento do Estado Democrático e de Direito brasileiro⁴¹.

Logo, não se trata apenas se há ou não discernimento e se um adolescente que comete crimes violentos à ordem social é considerado pela mídia ou sociedade como um adulto. Trata-se da possibilidade concreta de assegurar medidas propícias à realidade psíquica do menor de 18 anos, que venham a ensejar sua reinserção na sociedade e não reincidência em condutas delituosas, permitindo seu desenvolvimento enquanto indivíduo. E assegurá-lo é tutelar a dignidade humana do adolescente, porquanto obstar medidas pelo Estado que intervenham negativamente no desenvolvimento de uma pessoa é assegurar a sua dignidade enquanto pessoa humana. Destarte, a alteração da inimizabilidade penal iria contrariar um fundamento básico da nossa Constituição.

Nesse sentido, a inimizabilidade penal do menor de 18 anos constitui um direito fundamental de primeira dimensão, associado diretamente à dignidade da pessoa humana. Assim, devem ser reconhecidos todos os efeitos de uma norma fundamental a ela.

Os direitos fundamentais integram juntamente com os princípios estruturais e organizacionais do Estado o núcleo normativo da Constituição e são decisões fundamentais do constituinte originário⁴², além serem mecanismos de defesa da individualidade dos membros da comunidade política⁴³. Portanto, não podem ser abolidos no nosso sistema.

Nessa linha, a inimizabilidade do menor de 18 anos pelo seu *status* de norma constitucional e por configurar um direito fundamental não é um direito que pode ser abolido pelo constituinte derivado, uma vez há limite imposto pelo constituinte originário para reformas constitucionais, que vedou emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais conquistados – artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição de 1988. Está protegida a inimizabilidade penal do menor de 18 anos pela tutela conferida pelo Constituinte originário, que visou obstar retrocessos no que tange ao regime democrático e a direitos básicos da pessoa humana e do cidadão.

Mesmo que se alegue que as propostas tendem a reformar e não abolir a inimizabilidade do menor de 18 anos, tal argumento não prospera, porquanto foi decisão fundamental do legislador fixa-la nos termos atuais – isto é, em 18 anos –, integrando a norma o elemento da idade, a garantia individual. Alterar a norma, *na práxis*, seria violar a vontade do Constituinte originário e não observar as vedações do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988.

A redução da menoridade penal configuraria uma abolição parcial do instituto. Contudo, como bem observa Malosso, o constituinte originário vedou qualquer proposta tendente a abolir direito ou garantia individual, quer seja abolição total quer seja parcial, porquanto, ao fim e ao cabo, violariam o direito protegido⁴⁴.

Outrossim, mesmo que uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) visasse apenas à modificação da norma constitucional considerada cláusula pétrea sem que implicasse a sua tentativa de abolição total ou parcial – o que em si não é vedado –, a alteração não poderia ser de forma prejudicial à essência da norma, isto é, poderá ampliar o direito tutelado pela

⁴¹ BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org). *op. cit.* p. 522.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 61.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 60.

⁴⁴ MALOSSO, Tiago Felipe Coletti. *op. cit.* p. 8.

cláusula pétrea, mas não limitá-lo⁴⁵. No caso em comento, a alteração do artigo 228 visando reduzir a menoridade penal, mesmo que não fosse considerada abolição parcial, mas uma alteração do instituto, igualmente seria vedada, pois implicaria uma restrição à garantia individual e não sua ampliação.

Ressalta-se que o sentimento de injustiça diante de atos ilícitos é um sentimento natural, decorrente da irrisignação compreensível e nobre diante do injusto, mas tal reação não pode estar dissociada de outros valores que permeiam nossa ordem jurídica. Nesse sentido, em que pese haver diuturnamente na pauta do Congresso Nacional propostas de emenda ao artigo 228 da Constituição de 1988, tanto que aprovada PEC na Câmara dos Deputados em primeiro turno, bem como forte destaque a atos infracionais perpetrados por menores de 18 anos, que causam grande reprovação popular, está-se diante de uma garantia individual, não sendo possível sua abolição mesmo que parcial pelo constituinte derivado. Além disso, não há uma impunidade, uma vez que há a responsabilização do adolescente diante do seu próprio sistema.

A redução da menoridade penal acarretaria a violação do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, bem como violaria a dignidade da pessoa humana, pois eventual reforma no artigo 228 retiraria de parte dos adolescentes a possibilidade de uma responsabilidade adequada ao seu desenvolvimento peculiar. Outrossim, configuraria um retrocesso em termos de política criminal, pois implicaria um aumento do Estado punitivo, negando os avanços históricos da nossa sociedade, perfectibilizando-se uma medida paliativa, ineficaz e inconstitucional que não compreende as causas da criminalidade juvenil.

Nesse sentido, em vez de novas PEC tendentes a abolir parcialmente ou a alterar de forma prejudicial ao adolescente o artigo 228 da Constituição de 1988, seria essencial o Congresso Nacional analisar de forma profunda as condições fornecidas pelo Poder Público de cumprimento pelo menor de 18 anos das medidas socioeducativas e a eficácia dessas, a fim de discutir com a sociedade civil aperfeiçoamentos no sistema de responsabilização do menor de 18 anos, a fim de diminuir os índices de reincidência.

Considerações Finais

Em suma, conclui-se que é insuscetível de alteração no ordenamento jurídico brasileiro a inimputabilidade penal do menor de 18 anos. O referido instituto é uma limitação ao poder do Estado, constituindo uma garantia do indivíduo menor de 18 anos quanto a este, assegurando que, em caso de ato infracional, será responsabilizado diante de um sistema próprio, ensejando a responsabilização pelos seus atos, mas de forma propícia à sua realidade psicoemocional, sem obstar o seu desenvolvimento enquanto pessoa humana. O constituinte originário elencou a inimputabilidade da criança e do adolescente, considerando estes aqueles menores de 18 anos e incluindo como elemento da norma a idade, para tutelar todos que se encontrem nesta faixa etária.

Destarte, considerando uma garantia do menor de 18 anos frente ao Estado, perfectibiliza um típico direito fundamental de primeira geração, que não pode ser abolido, total ou parcialmente, forte no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição de 1988.

⁴⁵ MARMELSTEIN, George. *op. cit.* p. 279-280.

A idade compreende elemento da norma e alterá-la acarretará a abolição, mesmo que parcial, do instituto, e, portanto, perfectibilizará uma manifesta inconstitucionalidade. Verifica-se que o constituinte originário estabeleceu a idade para fins de inimizabilidade, não atribuindo ao legislador derivado tal incumbência, logo, percebe-se que era vontade do constituinte originário que aqueles que apresentem menos de 18 anos sejam inimutáveis diante do sistema penal. Portanto, a idade fixada é elemento central da norma e alterá-la violará a vontade do constituinte originário e a essência do instituto, o qual, como garantia individual, não pode ser abolido.

Por fim, a ideia central da inimutabilidade penal do menor de 18 anos não é, por lógico, isentá-lo de responsabilização pelos seus atos, reprováveis juridicamente, contudo, é assegurar uma punição adequada à sua idade, à sua condição psíquica e em observância à sua fase de vida. Isto é, a aplicação de responsabilização prevista em legislação especial ao adolescente é permitir a aplicação de sanção de forma que não prejudique seu amadurecimento, mas que contribua efetivamente com este. Negar ao adolescente um desenvolvimento propício à sua idade ao aplicar sanção penal e não aquela prevista em legislação especial é negar-lhe sua possibilidade de aperfeiçoamento e de autodeterminação como ser humano. Nesse diapasão, a medida paliativa e populista de reduzir a maioria penal, em última instância, não encontraria guarida no princípio da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, qualquer medida de redução da maioria penal será inconstitucional. Deve-se, assim, o Congresso Nacional debruçar-se na análise de medidas efetivas de combate à criminalidade e não, diuturnamente, a cada sessão legislativa, reprisar o mote da redução da inimutabilidade penal da criança e do adolescente, despendendo recursos públicos com proposta inconstitucional.

Referências Bibliográficas

- ALVES, Cândida et al. Adolescência e maioria penal: reflexões a partir da psicologia e do direito. São Paulo: *Revista de Psicologia Política*, v. 9, n. 17, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519549X2009000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 31 ago. 2014.
- BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7ª Tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Ana Paula Motta Costa. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas – considerável influência no direito brasileiro*. [S.I.]: Carta Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em: 05 ago. 2014.
- MALOSSO, Tiago Felipe Coletti. Redução Da Maioridade Penal e Suas Implicações Domgático-Constitucionais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. vol. 866, p. 460-473, 2007.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 28 ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEGALIN, Andréia; TRZCINSKI, Clarete. Ato Infracional na adolescência: problematização ao sistema de

- justiça. Porto Alegre: *Revista Virtual Texto & Contexto*, v. 5, n. 6, 2006.
- SOARES, Janine Borges. *A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica*. Disponível em: «<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>». Acesso em: 07 ago. 2014.
- TAVARES, Heloísa Gaspar Martins. Idade Penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o Código de 1969. [S.I.]: *Revista eletrônica Jus Navigandi*, nº 508, p.1, 2004. Disponível em: «<http://jus.com.br/artigos/5958/idade-penal-maioridade-na-legislacao-brasileira-desde-a-colonizacao-ate-o-codigo-de-1969>». Acesso em: 05 ago. 2014.
- ZAMORA, Maria Helena. Adolescentes em conflito com a lei: um breve exame da produção recente em psicologia. *LABORE – Laboratório de Estudos Contemporâneos; Polêmica Revista Eletrônica*. Rio de Janeiro: 2008. Disponível em: «http://www.sinddegase.org.br/site/pdf/estudos/08zamor_psicologia.pdf». Acesso em: 31 ago. 2014.