



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS FACULDADE METROPOLITANA
SÃO CARLOS - FAMESC CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

EDMAR ABDALLAH MARQUES FILHO

**A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A VEDAÇÃO À
IMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE INFRATOR: UMA ANÁLISE
SOBRE A PEC 171/93 E A TEORIA MATERIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2021

EDMAR ABDALLAH MARQUES FILHO

**A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A VEDAÇÃO À
IMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE INFRATOR: UMA ANÁLISE
SOBRE A PEC 171/93 E A TEORIA MATERIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Mestre Oswaldo Moreira Ferreira, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ 2021
2º semestre

EDMAR ABDALLAH MARQUES FILHO

**A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A VEDAÇÃO À
IMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE INFRATOR: UMA ANÁLISE
SOBRE A PEC 171/93 E A TEORIA MATERIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia aprovada em ___/___/___ para obtenção do título de Bacharelado em
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ___/___/
Formatação: () _____
Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. Me. Oswaldo Moreira Ferreira
Orientador

Prof. XXXXX
Avaliador de Metodologia

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana/RJ, XX de dezembro de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico esta conquista a minha família e as meninas dos meus olhos minha esposa Évile e filha Helena, minha esposa sempre esteve comigo desde o início, minha filha é motivo de inspiração para sempre procurar evoluir para proporcionar para ela as mesmas oportunidades que eu tive.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que proveu os meios necessários para que esse sonho se realizasse, além, de me manter firme em meu propósito durante toda esta jornada de estudos. Agradeço a minha esposa que me incentivou desde o começo e que me deu o maior presente que um homem pode receber minha filha Helena a quem dedico em especial esta realização.

Agradeço ao meu padrasto Henrique e minha mãe Mônica pelo apoio incondicional durante toda a concretização deste sonho. Agradeço aos meus tios e padrinhos Samira e Nivaldo que foram grandes incentivadores para que eu retornasse aos estudos depois de tanto tempo e sempre me ensinaram os benefícios que o conhecimento agrega na vida.

Agradeço aos professores da Famesc em especial ao professor Oswaldo orientador deste trabalho e grande amigo durante todo o curso e o professor João Paulo outro grande amigo que conheci durante o curso. Agradeço o professor Tauã um incentivador incondicional que sempre visa provocar o melhor em seus alunos com sua dedicação e perfeccionismo, professor Ronan e professor Auner dois professores de sabedoria extrema e de grande humildade.

Agradeço aos meus amigos de classe Leonardo, Wender, Julio Cesar, Wender, Renato, Thiago Milão e João Batista que durante todo o curso foram os colegas com os quais dividi a confecção e realização de diversos trabalhos acadêmicos e que são amizades que levarei para além dos muros da Faculdade. Por fim, agradeço a todos os que participaram de alguma forma para que esse momento chegasse e eu pudesse enfim alcançar um diploma de ensino superior.

EPIGRAFE

"Enquanto estiver vivo, sinta-se vivo. Se sentir saudades do que fazia, volte a fazê-lo. Não viva de fotografias amareladas...Continue, quando todos esperam que desistas. Não deixe que enferruje o ferro que existe em você. Faça com que em vez de pena, tenham respeito por você. Quando não conseguir correr através dos anos, trote. Quando não conseguir trotar, caminhe. Quando não conseguir caminhar, use uma bengala. Mas nunca se detenha". (Madre Teresa de Calcutá)

MARQUES FILHO, Edmar Abdallah. **A doutrina da proteção integral à e a vedação à imputabilidade do adolescente infrator**: uma análise sobre a pec 171/93 e a teoria material dos direitos fundamentais. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2021.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar as justificativas que embasam a diminuição da maioria penal como também os argumentos que defendem a não alteração do artigo 228 da Constituição Federal, também cabe abordar a evolução do tratamento a criança e adolescente e os aspectos que sustentam a condição de imputabilidade penal da criança e do adolescente no Brasil. Também será abordado a distinção entre a natureza das cláusulas pétreas implícitas e explícitas. Já no campo das hipóteses, será discutido a necessidade de alteração do artigo 228 da Carta Magna, que é um apelo popular devido à ineficiência do atual tratamento dispensado ao adolescente infrator, sua alteração poderá trazer benefícios a segurança pública e a paz social. Contudo, sua alteração deverá estabelecer limites na aplicação de penas a crimes específicos para que se busque sempre a recuperação do infrator e não a perpetuação do seu estado na marginalidade. A PEC 171/93 de autoria do então deputado federal Benedito Domingos, propõe alterar a redação do artigo 228 da CF reduzindo a maioria penal para 16 anos em caso de crimes hediondos, homicídio doloso ou lesão corporal seguida de morte, esta proposta ficou arquivada durante 22 anos, até que no ano de 2015 foi aprovada em dois turnos na Comissão de Constituição e Justiça atualmente a proposta segue parada no Congresso Nacional. Por fim, a metodologia aplicada foi a historiográfica devido a evolução do tratamento jurídico social da criança e adolescente e a dedutiva que abrange o debate em torno da PEC 171/93.

Palavras-Chaves: Doutrina de Proteção Integral; Inimputabilidade Penal do Adolescente; Menor Infrator; Redução da Maioria Penal.

FILHO, Edmar Abdallah. **The doctrine of full protection to and the prohibition of adolescent offender's liability**: an analysis of pec 171/93 and the material theory of fundamental rights. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2021.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the justifications that support the reduction of the penal age, as well as the arguments that defend the non-alteration of article 228 of the Federal Constitution. criminal liability of children and adolescents in Brazil. The distinction between the nature of implicit and explicit stone clauses will also be addressed. In the field of hypotheses, the need to change article 228 of the Magna Carta will be discussed, which is a popular appeal due to the inefficiency of the current treatment given to adolescent offenders, its change may bring benefits to public safety and social peace. However, its amendment should establish limits on the application of penalties to specific crimes so that the offender's recovery is always sought and not the perpetuation of his or her marginalized status. The PEC 171/93, authored by the then federal deputy Benedito Domingos, proposes to change the wording of article 228 of the CF reducing the criminal age to 16 years in case of heinous crimes, intentional homicide or bodily injury followed by death, this proposal was filed during 22 years, until in 2015 it was approved in two rounds by the Committee on Constitution and Justice, the proposal currently remains in the National Congress. Finally, the applied methodology was the historiographic one, due to the evolution of the social legal treatment of children and adolescents, and the deductive one that encompasses the debate around.

Keywords: Integral Protection Doctrine; Criminal Inimputability of Adolescents; Minor Offender; Reduction of the Criminal Age; PEC171/93.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. - Artigo

CF - Constituição Federal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

ECRIAD – Estatuto da Criança e do Adolescente

Min – Ministro

MP - Ministério Público

MPE - Ministério Público do Estado

p. - Página

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

REsp - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Resumo	
Abstract	
Lista de Abreviaturas	
INTRODUÇÃO	10
1. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA ACERCA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	13
1.1 O CÓDIGO CRIMINAL DE 1830 E A DOUTRINA PENAL DO MENOR.....	22
1.2 O CÓDIGO DE MELLO MATTOS E A DOUTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO DE RISCO	24
1.3 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 E A DOUTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR.....	26
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ADOÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: OS REFLEXOS SOBRE A CONDIÇÃO DE INIMPUTÁVEL	28
2.1 A MUDANÇA PARADIGMÁTICA: A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	33
2.2 O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO: A ADOÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	37
2.3 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ART. 228 E A INIMPUTABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE	41
3 A PEC 171/1993 E A MITIGAÇÃO DA TEORIA MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
3.1 A TEORIA MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
3.2 A MUDANÇA DO CONTEXTO: (RE)PENSAR A INIMPUTABILIDADE DE ADOLESCENTES INFRATORES EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS	54
3.3 HORIZONTES DE INCERTEZA: A (IM)POSSIBILIDADE DE SE ESTABELECEER UMA CLÁUSULA DE EXCEÇÃO À LUZ DA PEC 171/1993.....	56
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O marco inicial da evolução legislativa brasileira sobre a maioria penal começa com a promulgação do Código Criminal de 1830, a época era do Império do Brasil e o país tinha acabado de ser proclamado independente de Portugal. D. Pedro I era o então imperador do Brasil e o território brasileiro era marcado por crises e rebeliões que atrapalhavam a governabilidade do recém independente país. O Código Criminal de 1830 foi o primeiro diploma penal da história do Brasil, e tratava o tema da maioria penal em seu artigo 10 onde dizia que não serão considerados criminosos os menores de 14 anos.

Porém, o dispositivo penal trazia uma exceção a regra para inimputabilidade penal dos menores de 14 anos, no art. 13 dizia que se o juiz julgasse que a criança agiu com discernimento, ele poderia condena-la a cumprir pena nas Casas de Correção. O Código Criminal de 1830 vigorou por décadas sendo substituído posteriormente pelo Código Republicano de 1890.

Posteriormente, acompanhando uma nova tendência mundial, surge no Brasil no ano de 1927 o Decreto 17.943-A de autoria do jurista José Cândido Albuquerque Mello Mattos. Esse diploma legal ficou conhecido como Código de Mello Mattos, foi o primeiro dispositivo inteiramente voltado para criança e adolescente no país. O Código de Mello Mattos foi baseado no art. 3º da Lei nº 4.242/21, que, naquela época era o que tratava sobre o tema criança e adolescente.

Contudo, o Código de Mello Mattos manteve a maioria penal em 14 anos, mas, trouxe inovações. A mudança veio em acerca dos maiores de 16 anos e menores de 18 anos, estes, quando cometessem algum tipo de crime considerado grave seria punido pelo Código Penal da época e não pelo Código de Mello Mattos. Ademais, o referido dispositivo trouxe proteção jurídica a criança e adolescente os tornando bens jurídicos tutelados pela legislação pátria.

Os tempos evoluíram e com o passar de décadas devido à forte influência nacional a legislação brasileira teve que sofrer mudanças novamente. O próximo dispositivo em destaque neste trabalho se trata do Código de Menores de 1979, esta legislação vigorou durante o período que marcou a transição do regime dos governos militares no Brasil para a redemocratização. O Código de Menores era um dispositivo autoritário e adotou a doutrina da situação irregular.

A doutrina de situação irregular era prevista no art. 2º do dispositivo, contudo, acabava por abordar temas como desvios morais devido à má educação familiar a atos infracionais sem os distinguir para efeitos de aplicação de punição. O fato era que a doutrina de situação irregular não tratava as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, mas apenas como objetos de intervenção de adultos em caso de se encontrar em uma das situações contidas no dispositivo.

O Código de Menores de fato era uma mistura do momento político governamental vivido no Brasil com traços de uma nova onda de tratamento dispensada a criança e adolescente provocada após segunda guerra mundial que visava proteção da criança e adolescente. O referido dispositivo vigorou até o ano de 1990, quando entrou em vigor o Atual Estatuto da Criança e Adolescente, o Código de Menores já não demonstrava em seu dispositivo os ideais defendidos pela Constituição Federal de 1988.

A nova Carta Magna trouxe consigo um texto repleto de direitos e garantias fundamentais, ela ajudou a marcar o início da redemocratização no Brasil e ficou conhecida como Constituição Cidadã pela ênfase em direitos sociais. Com o fim dos governos militares não fazia mais sentido uma legislação que trata a situação do menor no Brasil como regular ou irregular, a caracterização era no mínimo genérica, aliás, o dispositivo como um todo não tinha função protetora, mas sim disciplinador não observando direitos da criança ou adolescente.

A CF/88 trouxe em seu texto direitos e garantias dirigidas especificamente a criança e adolescente no artigo 227, e replicou em seu artigo 228 a maioria penal já trazida pelo Código Penal de 1940 fixando-a em 18 anos. A previsão contida no art. 228 dizia que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos as normas de legislação especial, desde então surgiu a necessidade de uma lei que tratasse do tema e substituísse o Código de Menores de 1979.

O complemento a Constituição Federal veio com o advento do Estatuto da Criança e Adolescente, ele entrou em vigor no ano de 1990 e inaugurou a doutrina de proteção integral à criança e adolescente no Brasil. O Ecriad, como ficou conhecido o Estatuto da Criança e Adolescente, trouxe em seu texto diversos direitos e garantias a criança e adolescente. Definiu também que a criança e adolescente não praticam crimes, mas sim atos infracionais análogos a crime e contravenção penal.

Definiu também que as medidas de punição aplicadas seriam as socioeducativas em que a mais pesada se trata de internação em estabelecimento

socioeducativo até no máximo três anos. A medida de internação deve ser a última hipótese, sendo priorizada sempre a reeducação do adolescente e sua recondução a sociedade. A inimputabilidade penal ficou definida em 18 anos como já trazia o Código Penal de 1940 e replicou a CF/88.

Porém, com o passar dos anos notou-se o desalinho do dispositivo com a realidade social brasileira, a doutrina de proteção integral acabou por trazer uma sensação de impunidade e insegurança para a sociedade. O fato é que com os benefícios legais concedidos pela inimputabilidade penal, o tráfico de drogas viu nas crianças e adolescentes que vivem em comunidades carentes a oportunidade perfeita para aliciar mão de obra barata e com baixo risco para os chefes do tráfico.

A reincidência em atos infracionais de crianças e adolescente envolvidos no tráfico de drogas e crimes com ligação com este ilícito, fez a sociedade clamar por mudanças na legislação. No ano de 1993 surge a ideia de se reduzir a a maioria penal para 16 anos. A Proposta de Emenda a Constituição já tramita a quase trinta anos, já sofreu alterações em seu texto e foi readaptada e realidade, contudo, segue sem solução esquecida no Congresso Nacional.

A complexidade envolvida na PEC 171/93 gira em torno da discussão de que a inimputabilidade penal da criança e do adolescente seria uma garantia constitucional e sendo assim conforme a própria redação Constitucional diz é impossível de ser modificada. A alegação é que reduzir a maioria penal seria reduzir direitos ou até mesmo aboli-los, porém, o texto da PEC 171/93 fala em se criar uma exceção a regra da inimputabilidade em caso de cometimento de crimes hediondos ou crimes considerados mais graves especificando-os.

O referido trabalho tem por objetivo a pesquisa sobre a possibilidade ou não da redução da maioria penal, passando pela evolução da maioria penal na história do ordenamento jurídico pátrio assim como sua relação com as necessidades da sociedade. A doutrina de proteção integral e a vedação à imputabilidade do adolescente infrator analisados juntamente com a PEC 171/93 e a teoria material dos direitos fundamentais.

1. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA ACERCA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para se ter uma visão mais abrangente a respeito do tema maioridade penal é importante analisar o contexto histórico brasileiro para que se entenda a evolução a respeito desse tema. Inicialmente, é necessário compreender o conceito de inimputável que significa dizer que a pessoa era no momento da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito de seu ato praticado (IURI, s.d., s.p.). Partindo desse conceito, cabe relatar, inicialmente, o primeiro registro do tema maioridade penal no sistema jurídico brasileiro. No século XIX, entre os anos de 1822 até 1831, D. Pedro I era o Imperador do Brasil, naquela época o Brasil acabava de se tornar independente de Portugal e passava por graves crises internas com guerras e rebeliões espalhadas pelo território (QUEIROZ, s.d., s.p.).

A forma de governo no Império do Brasil era uma monarquia constitucional parlamentarista, no período em que D. Pedro I foi imperador do Brasil foi outorgada a Constituição de 1824. Contudo, a primeira Carta Magna do Brasil não trazia nada relacionado ao tema maioridade penal, o diploma legal garantia o poder moderador ao Imperador que exercia poder absoluto, instaurava o catolicismo como religião oficial, o voto censitário dentre outras medidas (BRASIL, 1824).

Com o passar dos anos, foi instituído no Império do Brasil, a Lei de 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal, esse foi o primeiro diploma legal a versar especificamente sobre o tema criminal no país. Na referida norma, a maioridade penal era tratada no artigo 10 § 1º que dizia que não se julgarão criminosos os menores de quatorze anos (BRASIL, 1830.).

Contudo, no art. 13 do Código Criminal de 1830 havia a previsão que se fosse comprovado que os menores de quatorze anos agiram com discernimento, o juiz poderia recolher crianças e pré-adolescentes para casas de correção até que completassem a idade de 17 anos (BRASIL, 1830). O magistrado julgava se o agente agiu ou não com discernimento, um critério subjetivo, e se julgasse que a criança ou pré-adolescente havia agido com discernimento, estes sentariam no banco dos réus e poderiam até mesmo ir para a cadeia (WESTIN, 2020, s.p.).

O Código de 1830 listava como atenuantes no art. 18, § 10, o delinquente menor de vinte e um anos e quando o réu for menor de dezessete anos, e maior de quatorze, poderá o juiz, parecendo-lhe justo, impor-lhe as penas de cumplicidade

(BRASIL, 1830). O Código de 1830 vigorou por seis décadas durante o período do Império do Brasil sendo substituído pelo Código Penal de 1890.

O Código Penal de 1890 era conhecido como Código Republicano, este dispositivo pôs fim ao Código Criminal de 1830. O Código Republicano trazia inovações para a época considerando os menores de nove anos completos como inimputáveis criminalmente, e só considerava os maiores de nove até quatorze anos que agissem com discernimento como criminosos. Os maiores de nove anos completos até quatorze anos quando cometessem algum ato ilícito com discernimento deveriam cumprir suas penas em estabelecimentos disciplinares industriais (BRASIL, 1890).

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 anos completos;

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

[...]

Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos (BRASIL, 1890).

Apesar das inovações que garantiam a inimputabilidade penal à criança com menos de nove anos, o critério psicológico do discernimento ainda era utilizado como fator decisivo para classificar a conduta praticada como criminosa ou não. O critério de discernimento deveria ser verificado pelo juiz, e, era de extrema dificuldade sua comprovação, visto que, seria atestar ou não a compreensão da ilicitude do ato praticado a uma criança em formação (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

A parte do Código Republicano de 1890, que tratava da maioridade penal, foi revogada, no ano de 1921, pela Lei nº 4.242, o referido diploma legal foi inovador e abriu caminho para que se pudesse chegar a evolução dos direitos da criança e do adolescente presentes na atual CF/88. A Lei nº 4.242/21, garantia que o menor de 14 anos não seria submetido a processo penal de nenhuma espécie sendo ele autor ou cúmplice de crime ou contravenção penal (OLIVEIRA 2016 s.p.).

Art. 3. Fica o Governo autorizado:

I. A organizar o serviço de assistência e proteção á infância abandonada e delinquente, observadas as bases seguintes:

- a) construir um abrigo para o recolhimento provisório dos menores de ambos os sexos que forem encontrados abandonados ou que tenham cometido qualquer crime ou contravenção;
- b) fundar uma casa de preservação para os menores do sexo feminino, onde lhes seja ministrada educação doméstica, moral e profissional.
- c) Construir dos pavilhões, anexos à Escola Premunitoria 15 de Novembro, para receberem os menores abandonados e delinquentes, aos quaes será dada modesta educação litteraria e completa educação profissional, de modo que todos adquiram uma profissão honesta, de acordo com as suas aptidões e resistencia organica.
- d) Nomear livremente um juiz de direito privativo de menores, com os vencimentos de 24:000\$ annuaes e bem assim os funcconarios necessarios ao respectivo juiz, com vencimentos correspondentes aos dos actuaes funcconarios da justiça local;
- e) estabelecer recursos de appellação, sómente no effeito devolutivo, das decisões definitivas do juiz de menores, para o Conselho Supremo da Corte de Appellação, cujos membros, inclusive o procurador geral, terão uma gratificação de 300\$ mensaes cada um;
- f) providenciar para que os menores que estiverem cumprindo sentença em qualquer estabelecimento, sejam transferidos para a casa de reforma, immediatamente depois de sua installação;

[...]

§16º. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de nenhuma especie; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o factio punivel e sua autoria, o estado physico, mental e moral do menor, e a sua situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa sob cuja guarda viva.

[...]

§20º. O menor indigitado autor de crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando ao mesmo tempo, a autoridade competente, as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda (BRASIL, 1921).

A Lei nº 4.242/21 surge com diversas inovações como, por exemplo, a criação de abrigos para menores que cometeram crimes ou foram abandonados, separa também os abrigos em masculino e feminino. Estabelece a figura do juiz privativo de menores que foi a base para vara da infância e juventude (BRASIL, 1921). Ainda trouxe no texto a garantia de que o agente com mais de 14 anos e menos de 18 seria submettido a um processo especial que deveria levar em consideração as condições sociais e mental do agente e sua família. Esta lei tratava de um tema referente à despesa anual da União, mas trouxe o artigo 3º que revogou a parte do Código Republicano de 1890 que tratava da maioridade penal bem como sua punibilidade (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

Contudo, no ano de 1927, surge, no Brasil, o primeiro Código de Menores, esta lei replicou em seu texto o art. 3º da Lei nº 4.242/21 e trouxe algumas mudanças. O primeiro código de menores manteve o direito de não ser submetido a processo penal de qualquer espécie a menores de 14 anos. Também foi mantida a garantia dos maiores de 14 anos e menores de 18 que, sendo-lhes atribuído fato criminoso ou de contravenção penal, estes não responderiam a processo penal de espécie alguma (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

Art. 69. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda (BRASIL, 1927).

A inovação veio em considerar que os maiores de 16 anos e menores de 18 quando cometessem crimes considerados graves pelas circunstâncias estes seriam punidos pelo código penal e não pelo código de menores. Cabe ressaltar também que havia previsão de cumprir a pena imposta em prisão comum separados dos detentos adultos (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal (BRASIL, 1927).

O Código de 1927 foi revogado pelo Código de Menores de 1979. Este definia a situação do menor como regular ou irregular, a época era dos governos militares e o tratamento dispensado ao menor em situação irregular era o de tirar do convívio

social. O Código de Menores de 1979 era autoritário e não primava pela reinserção ao meio social do menor em situação de cometimento de infração penal, as crianças eram consideradas objetos de proteção e não sujeitos de direito (FONSECA, 2015, s.p.).

Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

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 (BRASIL, 1979).

O Código de 1979 foi revogado pelo atual Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, a época era a de redemocratização do Brasil com a reabertura política do país e com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A CF/88 foi inovadora sendo a primeira a formalizar em seu texto os direitos e garantias das crianças e adolescentes (BRASIL, 1988).

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

O art. 227 da CF/88 elenca diversos direitos e garantias da criança e do adolescente, contudo, em seu §3º enumera as situações em que caberá proteção especial da criança e do adolescente. Nos incisos IV e V, o referido dispositivo traz

garantias processuais e de cumprimento de medida socioeducativa, garante o total conhecimento da atribuição do ato infracional, bem como igualdade na relação processual e defesa técnica, além disso, determina que devido a condição da pessoa em desenvolvimento, que se respeite os princípios da brevidade e excepcionalidade na aplicação de qualquer medida privativa de liberdade (BRASIL, 1988).

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; (BRASIL, 1988).

Mais adiante, no art. 228, a CF/88 prevê que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1988). Pode-se notar que a postura adotada pelo legislador brasileiro evoluiu no que diz respeito ao tratamento a pessoa com menos de 18 anos. Assim sendo, a CF/88 adotou a doutrina de proteção integral à criança e adolescente, tornando-os sujeito de direitos e garantias fundamentais. Com esta evolução, o Código de Menores de 1979 encontrava-se em total desalinho com o novo contexto político e social histórico que o país começava a viver (CARVALHO, s.d., s.p.).

Nota-se que, com o advento da CF/88, havia a necessidade da criação de uma nova lei para substituir o desatualizado Código de Menores de 1979 e, nesse contexto, nasce a Lei 8.069, de 1990, o atual Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD). A nova lei foi fruto de muita luta de movimentos sociais que visavam criar um dispositivo legal que estivesse alinhado com a nova CF/88 e que, enfim, tratasse a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e garantias fundamentais (CHILDHOOD, 2016, s.p.).

O ECRIAD é, sem dúvida alguma, uma legislação inovadora e de grande valia para o Brasil tendo em vista as injustiças cometidas contra pessoas com menos de 18 anos completos. O novo Estatuto criou o Conselho Tutelar, instituição presente nos municípios que tem como finalidade de acompanhar casos em que a criança ou

adolescente possam ter a violação ou ameaça de violação dos seus direitos e garantias fundamentais (MPPR, 2016, s.p.).

O ECRID, em seu art. 2º, conceitua, a partir de uma perspectiva legal, criança como sendo a pessoa até doze anos de idade incompletos e o adolescente como aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990). Já em seu art. 104, prevê a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos que ficam sujeitos à Lei 8.069/90. (BRASIL, 1990).

Dito isso, nota-se a preocupação do legislador em replicar o art. 228 da CF/88 que diz respeito à inimputabilidade das pessoas com menos de 18 anos. O Estatuto, também, traz a previsão específica das medidas cabíveis em caso de cometimento de ato infracional que será a nomenclatura correta dada ao crime ou contravenção penal cometido pelo agente enquadrado no ECRID (BRASIL, 1990).

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições (BRASIL, 1990).

Como se pode analisar, a medida socioeducativa mais grave consiste em internação que conforme o disposto no §3º do art. 121 do ECRID, não poderá ultrapassar o período máximo de três anos (BRASIL, 1990). Contudo, o atual Estatuto completará 31 anos de vigência, e, há algum tempo vem sendo questionado pela sociedade sobre sua real efetividade quanto aos atos infracionais considerados graves cometidos por adolescentes.

O fato é que a segurança pública, no país, vive uma situação calamitosa e as normas que deveriam servir para proteger pessoas com menos de 18 anos em situações de vulnerabilidade protegem também os infratores da lei. O fato de não

haver uma forma de separar os vulneráveis dos que cometem atos infracionais consistentemente, ou, os que cometem atos mais graves, deixa a sensação de impunidade prevalecer em um momento decisivo da formação do caráter do adolescente (REIS, 2016, s.p.).

Para se ter uma dimensão do problema, dados referentes ao relatório anual do SINASE, em 2017, apontavam um total de 26.109 novos adolescentes atendidos. No referido ano, aproximadamente 68% dos adolescentes infratores, ou seja, 17.811 adolescentes foram condenados a medida de internação (SILVA, 2019, p.30). Cabe salientar que a medida de internação é a mais grave e o ECRAD define regras específicas para que se possa aplicar esta medida conforme a redação do art. 122 da Lei nº 8.069/90.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III- por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º - O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (BRASIL, 1990).

A medida de internação está relacionada ao cometimento de ato infracional mediante grave ameaça ou violência a pessoa, e ainda pode ser aplicada por descumprimento injustificável a outra medida anteriormente imposta. O fato é que a legislação demonstra fragilidade e ineficiência na recuperação de adolescentes que cometem atos infracionais graves (REIS, 2016, s.p.).

Outra informação relevante aponta que em 2016 havia no Brasil cerca de 190 mil pessoas com menos de 18 anos que cumpriam algum tipo de medida socioeducativa. Aproximadamente 90% destes infratores possuíam mais de 16 anos e a proporção era de que a cada dez adolescentes apenas uma era do sexo feminino. Neste mesmo ano, havia 225 mil medidas socioeducativas sendo aplicadas a esses jovens e 222 mil atos infracionais praticados pelos 190 mil jovens, o fato é que o mesmo adolescente pode estar respondendo pela prática de mais de um ato infracional (REIS, 2016, s.p.).

Foi diante desse contexto de evolução da sociedade, bem como o caos na segurança pública do país agravado pela sensação de impunidade que prevalece sobre os adolescentes infratores que surgiu a necessidade de alteração do atual ECRAD. Contudo, o art. 228 da CF/88 é considerado uma garantia constitucional da pessoa com menos de 18 anos, sendo assim ele possui status de cláusula pétrea, e o passo inicial para promover a redução da maioria penal tem que ser a alteração desse dispositivo (BRASIL, 1988).

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante a proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Conforme o inciso IV do §4º do art. 60 da CF/88 determina, os direitos e garantias individuais não poderão ser abolidos da Carta Magna e é nesse ponto que surge o impasse sobre a possibilidade ou não de alteração do disposto no art. 228 da CF/88. Contudo, uma das características dos direitos e garantias individuais é a relatividade, ou seja, nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, todos são relativos (DIREITOS BRASIL, s.d., s.p.).

Um exemplo importante a respeito da relatividade dos direitos e garantias constitucionais diz respeito ao direito à vida, conforme determina o *caput* do art. 5º o esse direito é inviolável. Apesar da previsão legal da inviolabilidade do direito à vida, a alínea “a” inciso XLVII do art. 5º da CF/88 prevê pena de morte em caso de guerra declarada (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis] XLVII – Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84 XIX (BRASIL, 1988).

Diante disso, percebe-se que o direito não é algo petrificado e absoluto, mas, ao contrário disso, ele é mutável com o tempo e deve acompanhar a evolução da sociedade para que possa continuar servindo de mecanismo de harmonia e controle social. A ideia exposta é a de adequar a legislação ao novo contexto social devido a evolução natural das pessoas e do país. Foi diante desta narrativa que surge a PEC 171/93 que pretende alterar o texto do art. 228 da CF/88 (DODORICO, 2017, s.p.).

A PEC 171/93, texto final aprovado na Câmara, é fruto de Emenda Aglutinativa à proposta de emenda à Constituição da maioria penal (PEC 171/93):

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídios e lesão corporal seguida de morte.”

Art. 2º. A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição (DODORICO, 2017, s.p.).

Esta Proposta de Emenda à Constituição visa acrescentar uma ressalva no caput do art. 228 da CF/88, afastando a inimputabilidade nos casos em que maiores de 16 e menores de 18 anos cometam crimes considerados mais graves. A intenção é preservar a garantia constitucional de inimputabilidade penal, porém, criando uma exceção a regra que de fato está alinhado com os anseios populares a respeito do tema. A PEC 171/93 foi aprovada em 2015 pela Câmara dos Deputados e encontra-se atualmente parada aguardando votação no Senado (DODORICO, 2017, s.p.).

1.1 O CÓDIGO CRIMINAL DE 1830 E A DOUTRINA PENAL DO MENOR

No século XIX, o Império do Brasil tornava-se independente de Portugal, o primeiro imperador foi Dom Pedro I que governou a recém nascida nação independente entre os anos de 1822 até 1831. Contudo apesar da importância histórica da época o período do Imperador D. Pedro I foi marcado por graves crises internas com guerras e rebeliões espalhadas pelo território (QUEIROZ, s.d., s.p.).

A Monarquia Constitucional Parlamentarista foi instituída no Império do Brasil e com isso o imperador D. Pedro I utilizou de seus poderes para outorgar a primeira Carta Magna brasileira em 1824. A primeira Constituição em nada falava a respeito dos direitos da criança e adolescente, nem mesmo fazia menção a idade mínima penal, a Constituição de 1824 garantia amplos poderes ao imperador que o exercia de forma absoluta e o imperador também dispunha do poder de moderador (BRASIL, 1824).

Devido a necessidade de uma legislação criminal, em 1830 foi instituída a primeira legislação penal oficial do Brasil, o Código Criminal de 1830 foi instituído em 16 de dezembro do referido ano. No referido diploma a maioridade penal era tratada no artigo 10 § 1º que dizia que não se julgarão criminosos os menores de quatorze anos (BRASIL, 1830).

Interpretando o referido dispositivo, pode-se dizer que nascia o princípio da imputabilidade penal, que fazendo uma analogia a interpretação atual deste princípio, no caso em tela, seriam imputáveis apenas os maiores de 14 anos. De fato, os menores de 14 anos também poderiam ser imputáveis desde que agissem com discernimento conforme avaliação do Juiz, o que também remonta ao princípio da imputabilidade que no entendimento atual diz que será imputável apenas pessoa que além dos dezoito anos completos na data da prática do fato tenha condições de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo seu entendimento, ou seja, o agente tem que agir intencionalmente com consciência e vontade (TAQUARY, 2013, s.p.).

Porém, o Código Criminal trazia em seu no art. 13 o que foi interpretado como critério do discernimento, o Juiz poderia julgar que crianças e pré-adolescente agiram com discernimento, e diante disso, poderia puni-los com recolhimento as casas de correção até que eles completassem 17 anos de idade (BRASIL, 1830). O discernimento utilizado como critério norteador de sentença do magistrado era subjetivo, contudo, mesmo assim, caso o juiz considerasse que a criança ou préadolescente agiu no gozo de suas faculdades mentais, estes sentariam no banco dos réus e poderiam até mesmo cumprir pena na vadeia (WESTIN, 2020, s.p.).

O Código Criminal ainda trazia no art. 18, § 10 atenuantes, o delinquente menor de vinte e um anos e quando o réu for menor de dezessete anos, e maior de quatorze, poderá o juiz, parecendo-lhe justo, impor-lhe as penas de cumplicidade (BRASIL,

1830). O Código Criminal foi substituído pelo Código Criminal de 1890 após ter vigorado por seis décadas.

1.2 O CÓDIGO DE MELLO MATTOS E A DOCTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO DE RISCO

No ano de 1927 surge no Brasil a primeira lei inteiramente direcionada para a criança e adolescente, de autoria do jurista José Cândido Albuquerque Mello Mattos, o decreto 17.943-A de 12 de outubro de 1927 ficou conhecido como Código de Mello Mattos. O referido Código replicou em seu texto o art. 3º da Lei nº 4.242/21 que era o dispositivo legal que tratava até então a respeito da pessoa tida como criança ou adolescente e ainda trouxe algumas inovações (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

O primeiro Código voltado a criança e adolescente manteve direitos conquistados no Código Republicano de 1890 como o de menores de 14 anos não serem submetidos a processo penal de forma alguma. O Código de Mello Mattos também manteve a visão de que adolescentes delinquentes são uma ameaça a sociedade de bem (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

No caso de menor abandonado, havia a previsão legal de que em caso de condições inadequadas ao desenvolvimento do seu caráter e boa conduta, este poderia ser colocado em uma espécie de casa de educação. A medida serviria para conter e reeducar possíveis adolescentes delinquentes para que não se tornassem de fato uma ameaça a sociedade de bem (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental. fôr apileptico, surdomudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado.

§ 2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por

todo o tempo necessario á sua educação contando que não ultrapasse a idade de 21 annos.

§ 3º si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis.

§ 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia.

Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda (BRASIL, 1927).

O Código de Mello Mattos inovou ao considerar que os maiores de 16 anos e menores de 18 anos seriam punidos pelo Código Penal e não pelo Mello Mattos quando lhes fossem atribuídos a prática de crime graves devido as circunstâncias. Ademais, cabe ressaltar que a pena deveria ser cumprida em separado dos criminosos adultos, o Código de Mello Mattos foi um marco importante nos direitos da criança e adolescente pois trouxe pela primeira vez proteção jurídica a esses indivíduos que se tornaram bens jurídicos tutelados pelo Estado brasileiro (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal (BRASIL, 1927).

A referida legislação foi inovadora para seu tempo, ela também instituiu os Juizado da Infância e Juventude e marcou o início da evolução do tratamento jurídico dispensado a criança e adolescente. A partir deste diploma legal que foi o primeiro inteiramente voltado para o tema criança e adolescente, o Brasil começou a pensar em direitos para as crianças e adolescentes. O Código de Mello Mattos foi sem sombra de dúvidas um marco no ordenamento jurídico nacional (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

O Código de Mello Mattos vigorou por cinquenta anos, e foi substituído pelo Código de Menores de 1979, durante sua vigência ocorreram diversas mudanças internacionais a respeito dos direitos da criança e adolescente devido as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial. O Código de Menores de 1979 entrou em vigor no Brasil em uma época de governos autoritários, o período era dos governos militares, o novo diploma definia a situação da criança e adolescente em regular e irregular e o objetivo era de tirar do convívio social aquele que estivesse na situação considerada irregular, a pessoa com menos de dezoito anos era considerado objeto de proteção e não sujeito de direitos (FONSECA, 2015, s.p.).

1.3 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 E A DOUTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR

Devido à instabilidade política na década de 60, estoura no Brasil o movimento militar de 1964 que durante os 21 anos seguintes o país foi controlado por governos militares. O novo momento político brasileiro era de governos mais rígidos e, portanto, surge a necessidade de adequação da legislação que tratava da situação da criança e adolescente. Nesse contexto, cria-se a Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, o Código de Menores. O novo Código definia a situação do menor como regular ou irregular (FONSECA, 2015, s.p.).

Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:
I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.
Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação BRASIL, 1979).

O Código de Menores de 1979 foi criado no fim do período dos governos militares, a nova legislação demonstrava o rigor com que o país era conduzido pelos militares. O diploma legal criou a doutrina da situação irregular e abordava temas com a assistência, proteção e vigilância de menores de até dezoito anos de idade que se encontrassem em situação irregular (ZAPATER, 2018, s.p.).

Na década de 70, estava em vigor a Constituição Federal de 1967, e esta era omissa em relação a direitos e garantias para crianças e adolescentes. De fato, a referida Constituição só fazia menção a assistência a maternidade, a infância e a adolescência. A denominação adotada pelo Código de Menores como situação irregular, não tratava crianças e adolescentes como sujeitos de direito, contudo, as tratavam como objetos de intervenção de adultos caso fosse verificado que a criança ou adolescente se encontrasse em situação irregular, situação esta que deveria ser uma das que previam o art. 2º da referida norma (ZAPATER, 2018, s.p.).

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 (BRASIL, 1979).

O Código de Menores de 1979 era autoritário e não primava pela reinserção ao meio social do menor em situação de cometimento de infração penal, as crianças eram consideradas objetos de proteção e não sujeitos de direito. Ademais, colocava em paridade duas situações distintas como as de cometimento de ato infracional e as de situação de risco não as diferenciando objetivamente (FONSECA, 2015, s.p.).

O Código de Menores 1979 vigorou até o ano de 1990 quando houve a necessidade de criação de uma nova legislação devido ao advento da Constituição Federal de 1988. A CF/88 marcou o início da redemocratização do Brasil e o legislador se devotou a criação de uma Carta Magna cidadã, voltada para os direitos e garantias, com isso, acompanhando a nova tendência mundial acerca dos direitos e garantias da criança e adolescente, não poderia faltar em seu texto um tratamento especial a estes indivíduos até então de certa forma negligenciados pelas legislações anteriores (BRASIL, 1988).

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ADOÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: OS REFLEXOS SOBRE A CONDIÇÃO DE INIMPUTÁVEL

Para que se entenda melhor a respeito da evolução histórico à cerca da doutrina de proteção integral da criança e adolescente adotada pela CF/88, se faz necessário analisar a evolução legislativa a respeito do tema. O Código de Menores de 1927 conhecido como Código de Mello Matos, e o Código de Menores de 79, adotavam a doutrina da situação irregular da pessoa considerada criança ou adolescente (GABRIEL, 2015, s.p.).

A doutrina da situação irregular em regra tinha como objetivo a concentração dos recursos públicos em programas do governo que enxergavam a criança e adolescente como indivíduo que deveria ser objeto de intervenção estatal. Essa ótica adotada no Código de Mello Matos e no Código de Menores de 79 não resguardava direitos e garantias da criança e adolescente e concentrava-se nas hipóteses de prática de infração penal bem como nas situações de risco em que se encontravam crianças e adolescentes abandonados (GABRIEL, 2015. s.p.).

Os referidos códigos não levavam em consideração nos seus diplomas legais as limitações sociais que a família dessas crianças e adolescentes viviam. Há de se convir que situações de extrema pobreza e principalmente de educação basilar da família falha são fatores sociais inquestionáveis que favorecem a delinquência juvenil. Contudo, focava-se na repressão e as situações consideradas irregulares eram punidas ao invés de se trabalhar com a ideia de resolver a fonte do problema familiar (GABRIEL, 2015, s.p.).

Nesse contexto, surge a inovação no Brasil após pouco mais de duas décadas de governos militares, a Constituição Federal de 1988 que é considerado um marco dos direitos e garantias fundamentais. Assim, acompanhando a evolução da sociedade, não poderia faltar na nova Carta Magna brasileira o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito (GABRIEL, 2015, s.p.).

A CF/88 extinguiu a situação irregular e inovou ao adotar a proteção integral da criança e adolescente, essa evolução sobre tudo se deu a uma nova concepção criada pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. O novo ordenamento jurídico pátrio, inicialmente pela CF/88 e complementando-a pelo

Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8.069/90, elencou direitos básicos do devido processo legal como a presunção da inocência, o direito à defesa técnica, o pleno conhecimento das acusações e a punição com privação da liberdade como medida excepcional a criança e adolescente. Esses direitos atribuídos a criança e adolescente nunca antes haviam sido dispensados no tratamento desses atores juvenis no ordenamento jurídico brasileiro (JACOVOS, s.d., s.p.).

A inimputabilidade penal da criança e do adolescente infrator foi introduzida na legislação pátria mediante aprovação da Carta Magna de 1988. Em seu artigo 228, a CF prevê que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação específica (BRASIL, 1988). O diploma legal necessitava de uma legislação específica para seu complemento e isso se deu, no ano de 1990, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente “ECA ou ECRID”, instituiu direitos e garantias inerentes à criança e ao adolescente (BRASIL, 1990). Este complemento à norma em branco, já especificada no Texto Constitucional, em seu artigo 228, pôs fim ao Código de Menores de 1978, que vigorou durante o período dos governos militares e deu fim a situação irregular formalizando em definitivo uma nova doutrina de tratamento a criança e adolescente (CARVALHO, s.d., s.p.).

A então nova Lei nº 8.069/90 estabeleceu direitos e garantias instituindo a doutrina de proteção integral da criança e do adolescente alinhando-se ao novo contexto social e histórico trazido pela Carta Magna de 1988 a Constituição Cidadã que sacramentou o fim dos governos militares (CARVALHO, s.d., s.p.). A CF/88 possuía *status* orientador para a Lei nº 8.069/90 e prevê, em seu texto, direitos prioritários inerentes a criança e ao adolescente.

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

Pode-se notar a intenção do legislador na redação do referido diploma legal em proteger integralmente a criança e adolescente. Contudo, o ECRID, previa também

medidas socioeducativas para criança e adolescente em caso de cometimento de ato infracional análogo a crime ou contravenção penal. Obviamente, essas medidas socioeducativas estavam em conformidade com o contexto social e histórico de redemocratização do país, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 103, considera ato infracional como a conduta descrita em crime ou contravenção penal (BRASIL,1990). Dispõe, também, em seu art. 104, que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos e que estes ficam sujeitos às medidas trazidas na Lei 8.069/90.

Acompanhando a evolução dos direitos da criança e adolescente, a CF/88 veio com diversos direitos e garantias para a criança e adolescente. Devido a essa nova tendência jurídico social, o legislador viu a necessidade de no Ecriad se aprofundar mais sobre os direitos e garantias da pessoa com menos de 18 anos. Partindo desta premissa, observa-se o foco em assegurar uma ampla proteção aos direitos e garantias da criança e adolescente para que pudessem viver em um ambiente saudável (BARBOSA, 2016, s.p.).

Com o passar do tempo esse tratamento foi interpretado como doutrina de proteção integral da criança e adolescente, uma evolução na legislação pátria que pela primeira vez passou a tutelar os direitos desses indivíduos. O critério utilizado para que se chegasse a interpretação de que a criança e adolescente seriam merecedores de proteção integral do Estado é o biopsicológico. O critério biopsicológico é na verdade a junção de dois critérios como se pode interpretar, o biológico diz respeito o desenvolvimento mental incompleto devido a idade, por outro lado, o psicológico diz respeito ao agente não possuir entendimento do caráter ilícito de seus atos no momento da ação (NASCIMENTO, 2014, s.p.).

Critério biológico: por esse critério, também denominado etiológico, a inimputabilidade estará comprovada por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Para este critério não será indagado sobre as condições psicológicas do agente e sua capacidade de autodeterminar-se. De acordo com Julio Fabbrini Mirabete, a expressão doença mental “abrange todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental”, como esquizofrenia, transtorno bipolar do humor, paranóia, epilepsia, demência senil, etc. Desenvolvimento mental incompleto é a ausência de maturidade psicológica para compreender as regras da civilização. A doutrina tem considerado que os menores de 18 anos, os índios não-integrados à sociedade e os surdos-mudos que não receberam a instrução adequada têm seu desenvolvimento mental ainda incompleto.

Desenvolvimento mental retardado é aquele que nunca se completará, representando um atraso da idade mental com relação à idade cronológica.

Critério psicológico: por esse critério, o que se avalia é a atividade psíquica, cuja deficiência encaminhará o agente para a inimputabilidade. O critério psicológico é insuficiente para aferir a inimputabilidade, pois, até mesmo para psiquiatras, é difícil a constatação exata da ausência de consciência e vontade no momento em que o crime é cometido (NASCIMENTO, 2014, s.p.).

A menoridade no Brasil vem sendo tratada como inimputável por um critério que considera o menor incapaz de compreender a ilicitude de seus atos por seu desenvolvimento mental incompleto e por não entender a ilicitude de seus atos. Iguala a criança e o adolescente aos índios não integrados à sociedade, ou seja, não socializados, e pessoas com deficiência mental bem como também a pessoas sob efeito de álcool e drogas (NASCIMENTO, 2014, s.p.).

Essa superproteção acaba por tornar branda as punições na prática de crimes violentos cometidos por adolescentes, tendo em vista que a punição mais dura recebida será a de internação em estabelecimento socioeducativo. Essa internação é chamada de medida socioeducativa e tem como finalidade a reeducação do infrator em estabelecimentos apropriados com duração máxima de três anos dependendo do ato análogo a crime praticado (BARBOSA, 2016, s.p.).

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...]

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (BRASIL, 1990).

Após essas breves considerações, nota-se que a doutrina de proteção integral utilizada está sendo mal interpretada, e com isso está em desconformidade com a sociedade que necessita de mudanças por diversos aspectos. É necessário observar que o sistema de reeducação utilizado, no caso de crimes de furto e roubo e os relacionados a tráfico de drogas os infratores na maioria das vezes não se recuperam e repetem continuamente as práticas ilícitas (MARTINS, 2018, s.p.). O sistema de punição socioeducativo demonstra ineficiência a anos, prevalecendo a sensação de impunidade para a criança e adolescente infrator que comete atos infracionais análogos a crime envolvendo violência ou grave ameaça (BARBOSA, 2016, s.p.).

É certo que a necessidade de mudança na legislação não pode ser para abolir a garantia de inimputabilidade da criança e do adolescente. O que se pretende é criar uma exceção a regra em casos excepcionais separando as práticas ilícitas que se quer combater. Para isso, faz-se necessário conhecer o conteúdo da PEC nº 171/93 que trata especificamente de mudança do artigo 228 da CF/88.

A PEC 171/93, texto final aprovado na Câmara, é fruto de Emenda Aglutinativa à proposta de emenda à Constituição da maioria penal (PEC 171/93):

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídios e lesão corporal seguida de morte.”

Art. 2º. A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição (DODORICO, 2017, s.p.).

Portanto, percebe-se a intenção do legislador que é combater apenas os casos específicos em que se faz necessário uma punição mais rigorosa buscando a eficiência da lei. Nota-se que não se busca a abolição de um direito e sim a sua relativização (DODORICO, 2017, s.p.).

Ademais há de se registrar que uma das características dos direitos fundamentais é de fato a sua relativização, ou seja, havendo de fato conflito de interesses, nenhum direito é absoluto, respeitados os limites constitucionais. No caso da PEC 171/93 a motivação se dá por relevante interesse social tendo por base a

impunidade da criança e do adolescente, este último especificamente (FACHINI, s.d., s.p.).

2.1 A MUDANÇA PARADIGMÁTICA: A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual Carta Magna brasileira, foi promulgada na data de 05 de outubro de 1988. Sua promulgação foi muito bem recebida pelos políticos e pelo povo brasileiro em que ambos participaram da elaboração de seu texto constitucional, a época era histórica, concluía-se a chamada transição democrática após o fim dos governos militares (FERNANDES, s.d., s.p.).

Essa mudança foi lenta e foi apoiada pelos próprios militares, de fato ela começou no final da década de 70, especificamente no ano de 1979 no governo do Presidente General João Baptista de Oliveira Figueiredo. O mandato do Presidente João Figueiredo durou seis anos, terminando no ano de 1985 e encerrando a era dos governos militares no Brasil (CANCIAN, 2013, s.p.).

Em 15 de janeiro de 1985, por meio de eleições indiretas realizadas pelo colégio eleitoral, Tancredo Neves foi eleito Presidente da República sendo o primeiro civil a ocupar o posto após o fim da era militar. Contudo, o processo democrático só se completaria no ano de 1989 com a realização da primeira eleição direta com voto popular após décadas (CANCIAN, 2013, s.p.).

Contudo, apesar de ter sido eleito pelo colégio eleitoral, Tancredo Neves não chegou a assumir o posto de Presidente do Brasil. Quando começava a escolher a composição de sua equipe de governo, Tancredo começou a sentir-se mal com fortes dores abdominais. Com receio de procurar atendimento médico e que isso fosse motivo de uma regressão de regime por uma eventual descoberta dos militares, Tancredo acabou por tentar esconder sua doença e seguiu sem tratamento médico hospitalar adequado até a sua posse que estava marcada para dia 15 de março de 1985 (SILVA, s.d., s.p.).

Porém, na véspera de sua posse, na noite 14 de março de 1985, Tancredo Neves foi levado a um Hospital no Distrito Federal devido ao agravamento de seu quadro de saúde. Tancredo ficou internado e teve que ser transferido para São Paulo, durante o período de internação ele passou por diversas cirurgias até que no dia 21

de abril de 1985 veio a falecer, a causa de sua dor forte e do tumor foi um tumor na região onde sentia as dores (SILVA, s.d., s.p.).

Devido a doença e posterior falecimento de Tancredo Neves, assumiu o posto de Presidente da República o seu vice José Sarney que era um antigo apoiador dos governos militares. José Sarney não contava com a mesma popularidade de Tancredo Neves, contudo era seu vice, de fato sua posse foi articulada por Ulysses Guimarães que foi um importante ator político para a promulgação da CF/88 (SILVA, s.d., s.p.).

Após toda essa transição conturbada, foi necessário dar início a elaboração do novo texto constitucional, e no início de fevereiro de 1987 começava a Assembleia Nacional Constituinte. Foi um marco histórico que de fato inaugurava a nova era do ordenamento jurídico brasileiro. A composição da Assembleia Constituinte não foi escolhida por voto popular como é o caso da Constituinte Exclusiva em que os representantes escolhidos por meio de voto popular participam da elaboração da Constituição e após encerrarem esse trabalho seus mandatos terminam automaticamente (FERNANDES, s.d., s.p.).

A Assembleia Nacional Constituinte instalada no Brasil foi uma espécie de Congresso Constituinte onde quem de fato elaborou o texto constitucional foram os congressistas da época. A Constituinte durou 20 meses e terminou com a promulgação da CF/88 em 05 de outubro de 1988 (FERNANDES, s.d., s.p.).

Em 5 de outubro, após longos 20 meses de trabalho – período em que foram apreciadas 85.809 emendas, 21 mil discursos e novo projetos – , foi promulgada a Constituição, com cerimônia transmitida por rádio e televisão. A data foi escolhida a dedo: era o aniversário de nascimento de Ulysses Guimarães. Em meio ao entusiasmo geral, José Sarney jurou obediência à Constituição. Com o braço estendido leu as palavras protocolares. Tenso, o presidente tremia. Sentia-se desconfortável naquele ambiente. Sabia da sua impopularidade (VILA, 2011., s.p., *apud*, FERNANDES, s.d., s.p.).

Com a reabertura política brasileira após a era de governos militares, houve a necessidade de se adequar a legislação ao novo contexto político democrático e o contexto social. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou essa nova era no país, a CF/88 ficou conhecida como a constituição cidadã por estabelecer em seu texto diversos direitos e garantias fundamentais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

O artigo 5º da nossa Carta Magna estabeleceu uma gama de direitos e garantias fundamentais que são reconhecidos como um avanço de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio. A nova Constituição também trouxe em seu texto as chamadas cláusulas pétreas, direitos e garantias petrificados, ou seja, que não podem ser abolidos ou sofrer qualquer tipo de alteração (BRASIL, 1988).

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 1988).

A partir da leitura do art. 60 da CF/88, nota-se a complexidade e dificuldade de se alterar um dispositivo constitucional. É um processo que demanda articulação política e depende inicialmente de ação coletiva de um terço dos membros da Câmara ou do Senado, pode também ser de iniciativa do Presidente da República ou pela união de mais da metade das Assembleias Legislativas pela maioria relativa de seus Deputados (BRASIL, 1988).

Ainda a respeito desse processo de Emenda a Constitucional, o processo é de ampla discussão, pois, para ser aprovada uma Emenda, ela necessita ser votada em

cada casa do Congresso em dois turnos, ou seja, duas vezes em cada casa. Além disso, deverá obter no mínimo os votos de três quintos dos membros de cada casa (BRASIL, 1988).

Apesar de toda essa complexidade para se Emendar a CF/88, existem matérias que não podem ser objeto de deliberação, estas estão dispostas no §4º do art. 60 da CF/88. Especificamente, o inciso IV do referido dispositivo que diz que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Contudo, a CF/88 reservou especificamente um título de seu texto para explicitar os direitos e garantias individuais que ela viria a tutelar. O título II vai do art. 5º até o art. 17 do texto constitucional, descrevendo os direitos e deveres individuais e coletivos no capítulo I, que é composto apenas pelo art. 5º, no capítulo II expressa os direitos sociais que vão do art. 6º ao 11 (BRASIL, 1988).

Porém, apesar deste título dedicado aos direitos e garantias individuais, durante o decorrer de mais de três décadas da promulgação da Carta Magna, foram reconhecidos diversos outros direitos e garantias individuais por toda extensão da CF/88. Contudo, em se tratando do art. 228 da CF/88 que diz que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, há quem defenda que o referido dispositivo não se trata de uma cláusula pétrea e sim de política criminal (ALBURQUERQUE, 2015, s.p.).

De fato, o dispositivo em questão não se aplica a todos os menores de 18 anos, ou seja, se aplica apenas aos que se encontrem em situação delituosa, qual seja deve-se considerar uma exceção à regra que deverá ser o respeito e cumprimento as leis do ordenamento jurídico. Dito isto, torna-se evidente que o texto do art. 228 da CF/88 não se aplica a todos os seres humanos e nem defende o respeito aos direitos e princípios da dignidade da pessoa humana quais sejam à vida, à igualdade ou liberdade (ALBURQUERQUE, 2015, s.p.).

Entendo, por outro lado, que não se estabelece no art. 228 um direito e garantia individual fundamental que deva ser preservado como cláusula pétrea. Acredito que não exista no direito pétreo a inimputabilidade. Ou seja, não há nada que justifique que se deva considerar como imutável, como fundamental, além da estrutura do Estado Democrático, por que foi isso que a Constituição pretendeu fazer ao estabelecer as cláusulas pétreas. Isto é, além da proibição de abolição da Federação, da autonomia e da independência dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico e, ao mesmo

tempo, falando dos direitos e garantias individuais enquanto estruturas fundamentais para a preservação do Estado Democrático. Não vejo, portanto, que no art. 228 esteja contido um princípio fundamental, um direito fundamental que deva ser basilar para a manutenção do Estado Democrático. Por esta razão não entendo que o preceito que está estabelecido no art. 228 venha a se constituir numa cláusula pétrea (REALE JR, 1999, s.p., *apud*, CAMILLOTO, 2017, s.p.).

Há de se destacar também que o que se procura não é a extinção da inimputabilidade penal da criança e adolescente que foi conquistada após várias constituições omissas a respeito dos direitos da criança e do adolescente. O que se busca é uma adequação social do dispositivo constitucional dada a ineficiência da norma, busca-se uma exceção à regra em casos excepcionais de conduta social inadequada e em casos de violência (CAMILLOTO, 2017, s.p.).

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco histórico para o ordenamento jurídico brasileiro, ela trouxe diversos direitos e garantias constitucionais que nunca haviam sido expressos nas Cartas Magnas que a antecederam. Contudo, o direito tem que evoluir com o tempo, mesmo que aos olhos de alguns pareça um retrocesso, relativizar certos direitos tem o condão de adequação a realidade social do momento (CAMILLOTO, 2015, s.p.).

2.2 O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO: A ADOÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito foi uma inovação trazida pela CF/88, nenhuma outra Carta Magna brasileira reconheceu a criança e adolescente como merecedores de tais direitos. O fato é que naquele momento, o constituinte se norteou pela evolução internacional acerca do tema. Na década de 50, em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração sobre os Direitos da Criança, que reconhecia que as crianças deveriam ter direito ao acesso à educação, a brincar, deveriam ter direito a crescer em um ambiente saudável para seu crescimento e desenvolvimento como pessoa e cidadão além de ter direito ao acesso a saúde (UNICEF, s.d., s.p.).

Acompanhando a evolução dos direitos da criança, a CF/88 deu destaque ao tema ao incluir em seu texto o art. 227. Que indicava o rumo da nova doutrina do ordenamento jurídico brasileiro que elencou os responsáveis pela proteção da criança e adolescente, que além da família e da sociedade, o Estado também foi incluído como responsável em tutelar os direitos da criança e adolescente (BRASIL, 1988).

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

Apesar da Carta Magna referenciar pela primeira vez os direitos da criança e adolescente em seu texto, a norma necessitava de uma complementação. Essa complementação veio com a aprovação da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente “ECA ou ECA/90”, que instituiu direitos e garantias inerentes à criança e ao adolescente (BRASIL, 1990).

Contudo, com a aprovação do ECA/90, no ano de 1990, e, estando à época em conformidade com o contexto social e histórico de redemocratização do país, o Estatuto da Criança e do Adolescente absorveu a responsabilidade de legislar sobre as medidas socioeducativas para reeducar jovens infratores. Diante desta responsabilidade, em seu artigo 103, passou a considerar ato infracional como a conduta descrita em crime ou contravenção penal (BRASIL, 1990).

O ECA/90, dispõe em seu art. 104, que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos e que estes ficam sujeitos às medidas trazidas na Lei 8.069/90. A redação adotada neste artigo veio em conformidade com o art. 228 da CF/88 e com o art. 27 do Código Penal Brasileiro os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (BRASIL, 1990).

A doutrina de proteção integral tem como argumento o desenvolvimento mental incompleto da criança e adolescente e sua incapacidade de entender o caráter ilícito de seus atos. Esse entendimento se dá por considerar que devido a pouca idade e vivência a pessoa com menos de dezoito anos não tem o desenvolvimento intelectual adequado para tomar decisões corretas e devido a isso necessita de uma

proteção especial do Estado para poder se desenvolver da maneira correta. Contudo, a proteção integral vem sendo deturpada, a referida doutrina não pode ser interpretada como direitos que se sobrepõe aos demais direitos da sociedade e tampouco sinônimo de impunidade (BARBOSA, 2016, s.p.).

O fato é que a fixação de dezoito anos como a idade mínima para imputação penal se deu com o advento do Código Penal em 1940, naquela época a sociedade possuía menos acesso a informação e não dispunha de tamanhas tecnologias como existem hoje como por exemplo o acesso a internet. Considerar o adolescente atual como inimputável pelo critério biopsicológico seria o mesmo que o comparar a pessoas com retardo mental ou aqueles em estado de embriagues completa ou sob o efeito de drogas ilícitas (NASCIMENTO, 2014, s.p.).

A doutrina de proteção integral vem sendo interpretada erroneamente nos casos de adolescentes infratores que se envolvem com a prática de crimes, o que se espera da legislação é que se defenda os direitos processuais do adolescente assim como a observância de sua condição especial de desenvolvimento. Porém, não é isso que a sociedade vivencia, os atos infracionais análogos a crime cometidos por adolescentes praticados com violência, são punidos com medidas socioeducativas que em último caso será na modalidade de internação em estabelecimento socioeducativo pelo período máximo de três anos (BRASIL, 1990, s.p.).

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...]

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (BRASIL, 1990).

Percebe-se a desproporção na punição, a citar como exemplo os casos de homicídios, estupro, ou latrocínio, as medidas socioeducativas previstas no Ecriad têm como objetivo reeducar a criança e adolescente. Contudo, na maioria das vezes a reeducação se torna ineficiente tendo em vista que os adolescentes voltam a delinquir e acabam retornando para os estabelecimentos socioeducativos para cumprir outras punições (MARTINS, 2018, s.p.).

Ademais, a doutrina de proteção integral da pessoa com menos de 18 anos foi distorcida ao longo desses mais de 30 anos de vigência no ordenamento jurídico. A ideia trazida por essa doutrina é a de incluir a criança e adolescente como sujeitos de direito como qualquer outro cidadão adulto. Porém, dada a sua vulnerabilidade pelo fato de depender de cuidados da família, sociedade e Estado para seu desenvolvimento saudável, a criança e adolescente necessitam dessa tutela especial do Estado para garantir que estes protegidos não tenham a sua criação afetada pelas mazelas da sociedade ou por falhas da própria família (COSTA, s.d., s.p.).

A nova doutrina foi denominada de "Proteção Integral", por propor que a família, a sociedade e o Estado são obrigados a propiciar aos menores o respeito a todos os seus direitos fundamentais de cidadãos e de pessoas em desenvolvimento. Dois são os pontos cardeais dessa nova vertente doutrinária:

- a) os seres humanos com menos de 18 anos possuem direitos iguais àqueles que também são consagrados aos adultos e, além disso, direitos que lhe são peculiares, considerando sua especial condição de pessoas em desenvolvimento ou em formação;
- b) a família, a sociedade e o Estado são solidariamente responsáveis pela garantia de tais direitos (COSTA, s.d., s.p.).

Pode-se concluir que a intenção do legislador sempre foi a de garantir o crescimento e desenvolvimento saudável da pessoa com menos de 18 anos. Em nenhum momento a doutrina de proteção integral faz referências a adolescentes que estejam envolvidos em delitos praticados mediante violência ou grave ameaça, na realidade, a intenção do legislador sempre foi a de evitar que o adolescente chegasse a praticar crimes de qualquer natureza. A doutrina de proteção integral não estará ameaçada pela inclusão de exceções à regra de inimputabilidade no art. 228 da CF/88. Na verdade, pode ser considerada mais um auxílio na educação dos jovens e uma inovação de extrema relevância para o ordenamento jurídico brasileiro (COSTA, s.d., s.p.).

2.3 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ART. 228 E A INIMPUTABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE

A grande polêmica acerca da redução da maioria penal no Brasil se dá pelo fato do artigo 228 da CF/88 ser considerado por alguns como sendo uma cláusula pétrea, e, portanto, impossível de ser alterada ou abolida. É bem verdade que o referido artigo traz uma garantia constitucional a uma parcela específica da sociedade que são as pessoas com menos de 18 anos ao afirmar que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1988, s.p.).

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante a proposta:

(...)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Conforme o inciso IV do §4º do art. 60 da CF/88 determina, os direitos e garantias individuais não poderão ser abolidos da Carta Magna e é nesse ponto que surge o impasse sobre a possibilidade ou não de alteração do disposto no art. 228 da CF/88. Contudo, uma das características dos direitos e garantias individuais é a relatividade, ou seja, nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, todos são relativos (DIREITOS BRASIL, s.d., s.p.).

Um exemplo importante a respeito da relatividade dos direitos e garantias constitucionais diz respeito ao direito à vida, conforme determina o *caput* do art. 5º o esse direito é inviolável. Apesar da previsão legal da inviolabilidade do direito à vida, a alínea “a” inciso XLVII do art. 5º da CF/88 prevê pena de morte em caso de guerra declarada (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis] XLVII – Não haverá penas:

b) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84 XIX (BRASIL, 1988).

Há de se convir que o direito não é petrificado e absoluto, ele evolui para acompanhar a sociedade, ele é mutável com o tempo, pois se não fosse, não atenderia a sua missão maior que é a de mecanismo de controle social para se manter a ordem e harmonia. A ideia proposta é a de adequar a legislação ao novo contexto social devido a evolução natural das pessoas e do país. Foi diante desta narrativa que surgiram ideias de propostas de emenda à constituição que pretendem alterar o texto do art. 228 da CF/88 (DODORICO, 2017, s.p.).

Ademias, o Ministro Luiz Roberto Barroso no ano de 2009 em nota enviada a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara frisa que o art. 228 da CF/88 não constitui uma cláusula pétrea. Ainda complementa que o que se pretende não é abolir o instituto da maioria penal e sim relativizá-lo de acordo com o novo contexto social, cabe ressaltar que o que se busca relativizar é a idade mínima penal e não o instituto da maioria penal.

[...] parece mais adequado o entendimento de que o art. 228 da Constituição (“São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos as normas da legislação especial”) não constitui uma cláusula pétrea, não descrevendo um direito ou garantia individual imutável, nos termos do art. 60, §4º, IV. A modificação ou não do dispositivo, portanto, dentro de certos limites, é uma possibilidade que se encontra disponível a avaliação política do Congresso Nacional. Senhores e Senhoras Deputadas, mesmo que o entendimento de Vossas Excelências seja no sentido apontado pelo relator (qual seja, considerar que o art. 228 da CF seja cláusula pétrea) é importante destacar que o §4º do art. 60 expressamente veda a edição de PEC tendente a abolir cláusulas pétreas. A proposta em exame não propõe abolir a inimputabilidade, propõe modificar. É de hermenêutica simples reconhecer que se trata de proposta de adequação do instituto da maioria de acordo com os novos padrões da sociedade, considerando o amadurecimento do jovem. Repito: é importante destacar que o §4º do art. 60 expressamente veda a edição de PEC tendente a abolir cláusulas pétreas. A Constituição Federal é feita para gerações, portanto, não pode ser fechada ao ponto de inviabilizar sua mutação conforme as exigências da própria sociedade. Dessa forma, é forçoso reconhecer que reduzir a maioria para 14, 15, 16 e, mormente, 17 anos (como pretende a PEC 260/2000), seja medida que tenda a abolir o instituto da maioria penal. Ademais, se se considerar que existe cláusula pétrea no art. 228, ela incide no instituto da maioria penal, e não, como querem alguns, na idade de 18 anos. Explico: o que não se pode abolir (ou tender a abolir) é o instituto da maioria penal. A Constituição permite, sim, a alteração da idade mínima criminal, mas veda que essa alteração tenda a abolir o instituto da maioria. (BARROSO, 2009, s.p., *apud*, CAMILLOTO, 2017, s.p.).

Obviamente, a necessidade de mudança na legislação não pode ser para retirar uma garantia, contudo, a proposta que está em foco atualmente busca uma espécie de relativizar a garantia constitucional da inimputabilidade. A intenção é separar as práticas ilícitas que se quer combater especificamente de acordo com o contexto atual da sociedade como os crimes hediondos e os que envolvem violência ou morte (DODORICO, 2017, s.p.).

O legislador pretende alterar para combater apenas os casos específicos em que se faz necessário uma punição mais rigorosa buscando a eficiência da lei. Notase que a intenção não é a extinção de um direito e sim a sua relativização tendo em vista que a mudança de tratamento na lei só seria admitida em casos específicos (DODORICO, 2017, s.p.).

Por fim há de se registrar que os direitos fundamentais possuem características que o definem com clareza, a relativização é uma delas. Ou seja, havendo de fato conflito de interesses, nenhum direito é absoluto, respeitados os limites impostos. No caso da PEC 171/93 a motivação se dá pelo interesse social tendo como base a impunidade da criança e do adolescente nos casos de crimes mais graves que envolvem violência, de fato o interesse é social em reduzir a idade mínima penal se dá para combater crimes cometidos por adolescentes. Não se busca abolir a maioridade penal que é uma garantia constitucional, busca-se reduzir a idade mínima penal em casos específicos que aterrorizam a sociedade (FACHINI, s.d., s.p.).

3 A PEC 171/1993 E A MITIGAÇÃO DA TEORIA MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A inimizabilidade penal da criança e do adolescente demonstra estar em desalinhamento com o atual contexto social da população brasileira, deste impasse, surgiu a ideia de modificar esse direito conquistado com o advento da CF/88. Alterar a maioria penal após a promulgação da Carta Magna de 1988 não é uma questão simples, tendo em vista que o legislador da época adicionou ao texto constitucional um dispositivo específico sobre o tratamento dispensado a criança e adolescente quando em situação de prática de atos ilícitos. Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1988).

A alteração de um dispositivo constitucional não é uma questão simples na legislação brasileira, se a alteração não tratar de cláusula pétrea, seria necessário a discussão do tema em cada casa do Congresso Nacional. Além do mais, a proposta será também votada em cada casa do Congresso, em dois turnos, e devendo alcançar o apoio de três quintos dos membros de cada casa na votação.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (BRASIL, 1988).

Contudo, a matéria em questão, redução da maioria penal, é considerada para muitos uma cláusula pétrea por se tratar de garantia fundamental transcrita no texto da CF/88. A proposta de emenda à Constituição (PEC) 171/93 foi criada a partir de décadas de discussão e união de outras PEC's, ela é tida como possível solução para a demanda social. Todavia, existe uma discussão a respeito do tema com

argumentos que são contra e a favor da modificação (CHAGAS, 2015, s.p.). A partir da criação da PEC 171/93, o legislador tentou definir uma forma de alterar o disposto no artigo 228 da CF/88, mantendo a garantia de inimizabilidade penal da criança e do adolescente, mas, relativizando-o de acordo com o crime praticado. Porém, ressalta-se que o referido artigo é considerado uma cláusula pétreia (DODORICO, 2017, s.p.).

A inimizabilidade é uma garantia fundamental e cláusula pétreia implícita formalizada na Constituição Federal, sendo assim, conforme artigo 60, §4º, a esta garantia não cabe abolição (BRASIL, 1988). Todavia, o legislador visando à alteração do dispositivo em foco, optou por relativizar essa garantia especificando limites constitucionais de práticas em que, em tese, se perderia essa garantia visando o bem comum e um sistema mais eficiente, porém, a própria CF/88 proíbe abolição de direitos e garantias (DODORICO, 2017, s.p.).

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante a proposta:
[...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Conforme o inciso IV do §4º do art. 60 da CF/88 determina, os direitos e garantias individuais não poderão ser abolidos da Carta Magna e é nesse ponto que surge o impasse sobre a possibilidade ou não de alteração do disposto no art. 228 da CF/88. Contudo, uma das características dos direitos e garantias individuais é a relatividade, ou seja, nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, todos são relativos (DIREITOS BRASIL, s.d., s.p.).

Um exemplo importante a respeito da relatividade dos direitos e garantias constitucionais diz respeito ao direito à vida, conforme determina o *caput* do art. 5º o esse direito é inviolável. Apesar da previsão legal da inviolabilidade do direito à vida, a alínea “a” inciso XLVII do art. 5º da CF/88 prevê pena de morte em caso de guerra declarada (BRASIL, s.d., s.p.).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis] XLVII – Não haverá penas:
c) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84 XIX (BRASIL, 1988).

Diante disso, percebe-se que o direito não é algo petrificado e absoluto, mas, ao contrário disso, ele é mutável com o tempo e deve acompanhar a evolução da sociedade para que possa continuar servindo de mecanismo de harmonia e controle social. A ideia exposta é a de adequar a legislação ao novo contexto social devido a evolução natural das pessoas e do país. E diante dessa ideia de adequar a demanda social a limitação de mudança imposta pelo dispositivo constitucional, forma-se o texto da PEC 171/93 que pretende relativizar a garantia da inimputabilidade penal e não abolir tal dispositivo (DODORICO, 2017, s.p.).

A PEC 171/93, texto final aprovado na Câmara, é fruto de Emenda Aglutinativa à proposta de emenda à Constituição da maioria penal (PEC 171/93):

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídios e lesão corporal seguida de morte.”

Art. 2º. A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição (DODORICO, 2017, s.p.).

Esta Proposta de Emenda à Constituição visa acrescentar uma ressalva no caput do art. 228 da CF/88, afastando a inimputabilidade nos casos em que maiores de 16 e menores de 18 anos cometam crimes considerados mais graves. A intenção é preservar a garantia constitucional de inimputabilidade penal, porém, criando uma exceção à regra que de fato está alinhado com os anseios populares a respeito do tema. A PEC 171/93 foi aprovada em 2015 pela Câmara dos Deputados e encontra-se atualmente parada aguardando votação no Senado (DODORICO, 2017, s.p.).

A história da PEC 171/93 começa ainda na década de 90, apenas 3 anos depois de entrar em vigor a então inovação legislativa Estatuto da Criança e Adolescente. Na época, o autor da proposta foi o ex-Deputado Federal Benedito

Domingues (PR-DF), o argumento defendido pelo autor é que a fixação da maioria penal foi formalizada no ano de 1940, e, portanto, se encontra desatualizada. Segundo o autor, o desenvolvimento psicológico dos adolescentes na época de sua proposta já era considerado superior ao desenvolvimento dos adolescentes da década de 40 (G1, 2015, s.p.).

Além disso, o autor da proposta diz que a liberdade de imprensa, a liberação sexual, ausência de censura prévia, o acesso a informação dentre outros motivos, trouxeram ao adolescente atual um discernimento e desenvolvimento mais rápido que o dos adolescentes da época em que foi fixada a maioria penal. Com base nesses argumentos, o ex-Deputado criou a proposta de emenda à constituição que visa reduzir a maioria penal (G1, 2015, s.p.).

Mesmo após quase três décadas de elaboração da PEC 171, não existe ainda um consenso sobre o tema e a proposta segue tramitando no Congresso Nacional. Sua última movimentação aconteceu no ano de 2015 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados na data de 1º de março onde foi aprovada por 42 votos a favor e 17 contrários (G1, 2015, s.p.).

Na madrugada do dia dois de julho de 2015 a PEC 171 foi aprovada na Câmara dos Deputados alcançando então a votação necessária por se tratar de uma proposta de emenda a constituição. A seção foi conturbada, e pouco antes, na noite de 1º de julho teve um texto elaborado pelo Deputado Laerte Bessa rejeitado por não alcançar os 308 votos necessários chegando apenas a 303 (UOL, 2015, s.p.).

Contudo, essa foi considerada uma manobra do então Presidente da Câmara dos Deputados o Ex-Deputado Eduardo Cunha. Após rejeição do texto do Deputado Laerte Besse que era mais rigoroso e pedia a redução da maioria penal para qualquer tipo de crime cometido por pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, o então Presidente da Câmara colocou em votação o texto original e atual redação da PEC 171/93 que foi aprovado. A PEC 171/93 segue aguardando o segundo turno de votação na Câmara dos Deputados e após se aprovada, deverá passar pelo mesmo rito de votação no Senado Federal (UOL, 2015, s.p.).

3.1 A TEORIA MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A criação dos direitos fundamentais começou a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, esse fato se deu durante a Revolução francesa no ano de 1789. A DUDHC possui apenas 17 artigos e foi o marco inicial dos direitos e garantias individuais e obviamente dos direitos humanos (USP, s.d., s.p.).

Os ideais trazidos pela DUDHC são os da dignidade da pessoa humana e para que se garanta o convívio em sociedade organizada assegurando o mínimo existencial ao cidadão e limitando o poder estatal de agir. A Assembleia Nacional da França após reconhecer a DUDHC mudou a forma de organizar e pensar do Estado, pois, com seus ideais de direitos universalizados passava-se a exigir um tratamento digno ao cidadão garantindo-lhe a liberdade, à igualdade de direitos, a inviolabilidade da propriedade dentre outros direitos (USP, s.d, s.p.).

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei (USP, s.d., s.p.).

A DUDHC trouxe pela primeira vez para a humanidade um dispositivo que visava garantir uma sociedade organizada e justa baseada em direitos e deveres universais do cidadão e limitando o poder estatal. Com o passar dos séculos, e motivado pelas guerras mundiais travadas no início do século XX que causaram milhões de mortes de cidadãos civis e militares, em 24 de outubro de 1945 no período pós 2ª guerra mundial foi criada a Organização das Nações Unidas (UOL, s.d., s.p.).

Seu objetivo é a busca da paz e mediar conflitos entre nações para que se evite conflitos armados como os que ocorreram no passado. A ONU também tem como princípio a defesa dos direitos humanos, e no ano de 1948 se baseou na DUDHC para a elaboração da Declaração Dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas em que seus países membros são signatários e devem se comprometer em defender direitos básicos do cidadão bem como tornar uma sociedade mais justa e organizada (UNICEF, s.d., s.p.).

A DUDHC de 1789 trouxe os direitos fundamentais de primeira geração que são os civis e políticos como por exemplo a liberdade, direito a vida, propriedade privada

dentre outros. Já a Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 marco o início dos direitos de segunda geração que são os de igualdade social que devem ser prestados pelo Estado como por exemplo, direito a saúde, educação, lazer dentre outros (BIANCO, 2006, s.p.).

Artigo 25 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (UNICEF, s.d., s.p.).

A Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 incluiu em seu texto no art. 25 direitos inerentes a família, e direitos exclusivos para criança como assistência especial, cuidados, igualdade de tratamento mesmo sendo nascidos fora do matrimônio e proteção social. Pouco antes, no ano de 1946, havia sido criado o United Nations International Children's Emergency Fund, UNICEF, que traduzido significa Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, s.d, s.p.).

A criação do UNICEF foi para socorrer emergencialmente as crianças no pós guerra em alguns países, no Brasil, a UNICEF começou a atuar no ano de 1950 com um primeiro programa de cooperação assinado com o Governo. Diante da relevância do tema infância e juventude, em 20 de novembro de 1959 A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração dos Direitos da Criança, essa declaração incluiu a criança no rol de sujeito de direitos e garantias fundamentais, o dispositivo versa

sobre direito a saúde, educação, infância feliz dentre muitos outros direitos (MPPR, s.d., s.p.).

Princípio 1º A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família. Princípio 2º A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança (MPPR, s.d., s.p.).

A Declaração dos Direitos da Criança possui ao todo 10 princípios, e essa foi o primeiro documento redigido com direitos e garantias fundamentais dirigidos especificamente a criança. Em 20 de novembro de 1989 a Assembleia Geral das Nações Unidas adota a Convenção Sobre os Direitos da Criança que entrou em vigor em setembro de 1990, o dispositivo foi uma vitória alcançada após anos de discussão, a Convenção foi amplamente aceita em quase 200 países ao redor do planeta, o Brasil é signatário desta Convenção tendo-a ratificado no ordenamento jurídico pátrio (UNICEF, s.d., s.p.).

Artigo 1 - 1 Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Artigo 2 - 1 Os Estados Partes devem respeitar os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança em sua jurisdição, sem nenhum tipo de discriminação, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2 - Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição em função da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Artigo 3 Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

2 - Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3 - Os Estados Partes devem garantir que as instituições, as instalações e os serviços destinados aos cuidados ou à proteção da criança estejam em conformidade com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde da criança, ao número e à adequação das equipes e à existência de supervisão adequada (UNICEF, s.d., s.p.).

A Convenção Sobre os Direitos da Criança foi o primeiro dispositivo universal a fixar em menos de 18 anos a idade para considerar o indivíduo como criança, ela criou um parâmetro que serviu como base para as nações que em seus ordenamentos jurídicos aprofundaram mais a respeito do tema. Contudo, na Convenção Sobre os Direitos da Criança, assim como em nenhum outro dispositivo universal, existem menção a respeito de uma idade mínima para que a criança possa ser submetida a leis penais.

Artigo 37

Os Estados Partes devem garantir:

que nenhuma criança seja submetida a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não serão impostas a pena de morte e a prisão perpétua, sem possibilidade de livramento, por delitos cometidos por menores de 18 anos de idade; que nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança devem ser efetuadas em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e pelo período de tempo mais breve possível; que todas as crianças privadas de sua liberdade sejam tratadas com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, todas as crianças privadas de sua liberdade devem permanecer em ambiente separado dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário ao seu melhor interesse; e devem ter o direito de manter contato com suas famílias por meio de correspondência ou visitas, salvo em circunstâncias excepcionais; que todas as crianças privadas de sua liberdade tenham direito a acesso imediato a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como o direito de contestar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial, e de ter uma decisão rápida para tal ação (UNICEF, s.d. s.p.).

Mais à frente, no art. 40, o texto do referido dispositivo universal aponta que os Estados membros devem estabelecer uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade de infringir a legislação penal. O dispositivo prevê também que deve-se evitar os procedimentos judiciais para crianças sempre que possível.

Os Estados Partes devem buscar promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições especificamente aplicáveis a crianças, que alegadamente, teriam infringido a legislação penal ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de ter infringido a legislação penal, e em especial:

- o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir a legislação penal;
- sempre que conveniente e desejável, a adoção de medidas para lidar com essas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, desde que sejam plenamente respeitados os direitos humanos e as garantias legais.

Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em orfanatos, programas de educação e formação profissional, bem como alternativas à internação em instituições devem estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo de delito (UNICEF, s.d., s.p.).

Mais adiante no artigo 41 a Convenção prevê que suas determinações não devem sobrepor aos dispositivos já vigentes nos Estados que sejam mais convenientes para a efetivação dos direitos da criança. Nota-se que o disposto na Convenção é uma norma de orientação basilar, ela impõe deveres aos Estados membros, porém, não fixa em nenhum momento idade para que considere a criança inimputável, aliás, a respeito disso, a Convenção tratou de deixar esse tema sob responsabilidade dos Estados tem em vista a peculiaridade e contexto social de cada país (UNICEF, s.d., s.p.).

Tendo como base essa cronologia demonstrada a respeito dos direitos fundamentais da criança na história da humanidade, chega-se ao Brasil. Por aqui a criança passa a ser reconhecida como sujeito de direitos a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Carta Magna trouxe em seu art. 228 a cláusula da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos e atrelado a diversos direitos e garantias espalhados pelo texto constitucional, o

ordenamento jurídico pátrio adotou a doutrina de proteção integral à criança e adolescente (DODORICO, 2017, s.p.).

O texto constitucional fixou em 18 anos a maioridade penal, essa regra não foi uma inovação, o legislador apenas replicou uma regra que já existia no Decreto Lei nº 2.848 Código Penal de 1940. O referido dispositivo tratava no artigo 23 que eram penalmente irresponsáveis os menores de dezoito anos, devendo ser submetidos as normas de legislação especial (BRASIL, 1940, s.p.). O referido Código Penal está em vigor até o presente momento, já passou por reformulações e atualmente o artigo que versa sobre a maioridade penal é o 27.

Notadamente o tema maioridade penal não foi debatido de forma ampla durante a elaboração do texto constitucional, o legislador utilizou uma legislação antiga para limitar a inimputabilidade. Diante de toda a cronologia apontada e evolução histórica dos direitos fundamentais pode-se afirmar que a intenção das Declarações Universais, Convenções e demais acordos internacionais sempre foram o de proteger a criança que se encontre em situação vulnerável dada a sua situação de dependência de cuidados e proteção (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

Contudo, houve uma distorção acerca dos direitos fundamentais conquistados pelas crianças quando se fala que reduzir a maioridade penal seria abolir ou restringir uma garantia constitucional. Historicamente no Brasil a maioridade penal sempre foi definida com ênfase ao contexto histórico em que as leis foram criadas, no Brasil inclusive, já houve época que a maioridade penal foi inferior a 16 anos (OLIVEIRA, 2016, s.p.).

Ademais, os direitos fundamentais possuem características quais sejam; inalienabilidade, universalidade, imprescritibilidade, complementariedade, irrenunciabilidade, historicidade e relatividade. As nomenclaturas são autoexplicativas, contudo, cabe ressaltar a relatividade que diz respeito que os direitos serão relativos quando houver conflitos de interesses e situações que possam surgir (FACHINI, s.d., s.p.).

Nesse ponto, frisa-se o interesse social que clama por uma legislação mais eficiente e pela redução da maioridade penal em casos específicos conforme os defendidos na PEC 171/93. Observa-se que não se busca um retrocesso ou uma abolição de direitos, de fato se busca uma exceção à regra de inimputabilidade em casos específicos de prática de crimes (CAMILLOTO, 2017, s.p.).

Outra característica relevante é a da historicidade que diz que os direitos fundamentais evoluem com a história, com a sociedade, eles devem acompanhar o contexto histórico e as vezes essa evolução pode ser de fato uma relativização. Ou seja, relativizar de acordo com o contexto histórico para acompanhar a evolução da sociedade é de fato progredir, afinal os paradigmas sociais mudam constantemente e as leis devem acompanhar pois são o mecanismo de controle social legal que o Estado detém (FACHINI, s.d., s.p.).

3.2 A MUDANÇA DO CONTEXTO: (RE)PENSAR A INIMPUTABILIDADE DE ADOLESCENTES INFRATORES EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

A mudança na legislação a respeito da maioridade penal não é um fato novo, essa ideia começou a ser difundida de fato no ano de 1993, naquela época o ex Deputado Federal Benedito Domingues dizia que a CF/88 não acompanhou a evolução social ao manter em 18 anos a maioridade penal. De fato, o texto constitucional não modificou a maioridade penal que havia sido fixada pela redação original do Código Penal que data do ano de 1940 (BRASIL, 1940, s.p.).

O ex Deputado frisava ainda que o motivo da redução da maioridade penal para 16 anos seria o de os jovens terem um discernimento e desenvolvimento mais rápido do que os da década de 40. Devido ao acesso a informação, a liberdade de imprensa, liberdade sexual dentre outros fatores, o ex parlamentar defende que seria necessário a atualização do texto constitucional fixando a redução da maioridade penal para 16 anos. De fato, a PEC 171/93 foi a única, a respeito do tema, que ganhou notoriedade e segue tramitando após mudanças em seu texto para se adaptar melhor a realidade social (G1, 2015, s.p.).

A ideia de repensar a idade correta sobre a inimputabilidade penal já tramita no Congresso Nacional a quase trinta anos e segue sem definição e ainda é assunto que gera muita discussão. Porém, é um assunto defendido pela sociedade por conta do aumento continuo da violência urbana nas cidades. A cada dia mais adolescentes se envolvem em crimes tendo em vista a legislação fraca e um sistema de recuperação de adolescentes infratores falho (MARTINS, 2018, s.p.).

Cabe frisar que PEC 171/93 propõe a redução em casos de crimes hediondos, homicídios e lesão corporal seguida de morte, o texto da proposta também prevê o

cumprimento das penas em estabelecimentos especiais e separados dos adultos assim como dos menores inimputáveis. Os crimes selecionados na PEC são os considerados mais grave pelo legislador, e cabe ressaltar que ainda dentre essa gama de ilícitos penais, está o tráfico de drogas, além de estupro e estupro de vulnerável que são considerados crimes hediondos.

A PEC 171/93, texto final aprovado na Câmara, é fruto de Emenda Aglutinativa à proposta de emenda à Constituição da maioria penal (PEC 171/93):

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídios e lesão corporal seguida de morte.”

Art. 2º. A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição (DODORICO, 2017, s.p.).

Diante do fato da PEC englobar os crimes hediondos, estes merecem especial atenção. Segundo dados da Fundação Casa, estabelecimento socioeducativo do Estado de São Paulo, até fevereiro do ano de 2018 o ato infracional análogo a crime mais cometido pelos adolescentes era o de tráfico de drogas, que, inclusive em comparação com dados referentes ao ano de 2008 o percentual de reincidência chegou a um aumento assustador de cerca de 350%, do total de reincidência o tráfico lidera o ranking com 48% dos casos (MARTINS, 2018, s.p.).

Os dados apontados não são uma peculiaridade regional, a explosão dos crimes relacionados ao tráfico de drogas no Brasil acabou virando oportunidade para adolescentes em comunidades mais pobres. A desigualdade social assistida no Brasil é um fator relevante que acaba por levar jovens a se envolverem com o tráfico de drogas pela promessa de dinheiro fácil e *status* social na comunidade (RÊGO, 2018, s.p.).

Importante salientar que em se falando de reduzir a maioria penal, sem repensar a situação do combate ao tráfico de drogas será uma solução que criará outro problema. Os traficantes preferem usar a mão de obra dos adolescentes por serem considerados inimputáveis perante a lei e serem um tipo de mão de obra barata e sem riscos para o traficante de fato (BARROS, 2021, s.p.).

Ou seja, o grande problema em se reduzir a maioria penal, e não havendo em conjunto uma atenção especial a questão do tráfico de drogas nas comunidades carentes não traria um resultado satisfatório para a sociedade. A redução da maioria penal em tela é de grande valia, mas deve ser realizada de uma forma que não só sirva para punir mais severamente os infratores, mas que eduque os que ainda não se envolveram com as práticas delituosas, tente recuperar os que já se envolveram de alguma forma com a vida de crimes e o insira na sociedade após o cumprimento de sua punição para que este não volte a delinquir por falta de amparo do Estado (MARTINS, 2018, s.p.).

Ademais, ao se falar na doutrina de proteção integral da criança e adolescente, principalmente os em situação de prática de ato infracional análogo a crimes, o que pode ajudar a combater essa exceção à regra é de fato uma legislação severa, porém, de ciclo completo. O Estado não pode simplesmente pensar na efetivação da justiça até o término do cumprimento da punição, deve-se pensar no período pós punição, na colocação do adolescente em atividade educacional regular e que gere expectativas de crescimento pessoal e profissional, deve-se pensar em conduzir adolescentes infratores ao seu primeiro emprego devidamente formalizado para que se possa tentar quebrar o ciclo do crime (BARROS, 2021, s.p.).

Portanto, reduzir a maioria penal para 16 anos criando uma exceção à regra de inimputabilidade em casos específicos de cometimento de crimes por adolescentes com mais de 16 anos e menos de 18 anos completos é uma necessidade. Contudo, o debate deve ser bem mais amplo, apenas pensar no sistema punitivo sem repensar no sistema como um todo sem atrelar a esse esforço legislativo uma via para tentar recuperar reeducando adolescentes infratores, seria de fato piorar mais ainda a crise carcerária quando esses adolescentes tivessem idade para ingressar no sistema carcerário brasileiro (MARTINS, 2018, s.p.).

3.3 HORIZONTES DE INCERTEZA: A (IM)POSSIBILIDADE DE SE ESTABELECEER UMA CLÁUSULA DE EXCEÇÃO À LUZ DA PEC 171/1993

Toda a discussão acerca do tema redução da maioria penal demonstra que apesar de o lapso temporal de quase trinta anos de divulgação da proposta principal, o tema parece estar longe de uma solução. A possibilidade de uma exceção à regra

do art. 228 da CF/88 é plausível desde que respeitados os limites que o legislador quer atingir com a aprovação da PEC 171/93 quais sejam o de combater especificamente delitos considerados mais graves e tentar inibir a reincidência e até culto a vida criminosa (DODORICO, 2017, s.p.).

A PEC 171/93, texto final aprovado na Câmara, é fruto de Emenda Aglutinativa à proposta de emenda à Constituição da maioria penal (PEC 171/93):

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídios e lesão corporal seguida de morte.”

Art. 2º. A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição (DODORICO, 2017, s.p.).

O fato é que a proposta em tela está parada há alguns anos e parece ter sido esquecida pelos parlamentares, o tema é polêmico, ainda mais em tempos de extremismo político com um país cada vez mais polarizado politicamente. O resultado disso não é bom para nenhum dos lados, quando se defende uma redução da maioria penal com o argumento de adequação social ao novo contexto histórico da sociedade, abre-se brecha para que a discussão melhore as políticas falhas de reeducação, ofereça novas oportunidades de inserir o adolescente infrator na sociedade e com isso se evolua as relações políticas, jurídicas e sociais (BARROS, 2021, s.p.).

Relativizar a inimputabilidade penal é possível tendo como base que o Estado busca com isso resolver conflitos de direitos e adequar-se à nova realidade social. Fortalecer o ordenamento jurídico, é uma maneira de se fortalecer a segurança pública que é um direito fundamental universal de primeira geração que é um direito fundamental inclusive reconhecido e expresso na CF/88 (BIANCO, 2006, s.p.).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Criar uma cláusula de exceção à regra deve ser visto como evolução jurídica e dos direitos fundamentais, não há de se falar em abolir direitos ou retrocesso. O direito fundamental que é o tratamento especial devido a condição de adolescente não está em discussão nem mesmo se busca abolir o instituto da maioridade penal. O que se discute é a fixação de uma idade mínima criminal em 16 anos em casos específicos, mantendo-se os direitos processuais e de cumprimento de pena em separado de adultos já existentes, portanto, não há de se falar de abolição de direitos fundamentais, mas sim de criar uma exceção a regra de inimputabilidade penal em casos definidos em lei (DODORICO, 2017, s.p.).

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante a proposta:

[...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

A alteração do dispositivo constitucional que trata sobre a inimputabilidade penal das pessoas com menos de dezoito anos é uma possibilidade reconhecida inclusive pelo Ministro da Suprema Corte brasileira Roberto Barroso. A respeito da PEC 171/93 o excelentíssimo Ministro do STF defendeu a possibilidade de se criar a exceção a regra e que esta alteração não confrontaria com o previsto no art. 60 da Constituição Federal. Ele aponta ainda que a cláusula pétrea na verdade esta no instituto da maioridade penal, o qual é impossível de se abolir, a proposta não pretende abolir a maioridade penal, pretende modifica-la para adequar aos moldes da sociedade atual. A redução da idade mínima criminal em casos específicos cria uma exceção a regra de inimputabilidade penal para combater os crimes que aterrorizam a sociedade e são considerados impunes devido as medidas ineficientes adotadas pelo Estatuto da Criança e Adolescente (BARROSO, 2009, s.p., apud, CAMILLOTO, 2017, s.p.).

O Ministro enfatizou que o que a Carta Magna defende é o instituto da maioridade penal, e não que a inimputabilidade penal seja definida como para os com menos de 18 anos de idade. Ele ainda explica que a CF/88 em nada impede a alteração da idade mínima criminal. De fato, não é o que se pretende com a PEC

171/93 visto que ela mantém a maioria penal em 18 anos apenas criando casos específicos em que a essa idade será reduzida para 16 anos e que mesmo nesses casos as penas serão cumpridas em estabelecimentos diferentes dos demais inimputáveis pela menoridade penal e dos demais adultos criminosos (CAMILLOTO, 2017, s.p.).

Ademais cabe frisar que a doutrina de proteção integral deve ser repensada como proteger para que se evite que a criança ou adolescente entre na vida criminosa. Em se tratando de falha em proteger crianças e adolescentes do envolvimento com o mundo do crime a doutrina de proteção integral deve ser tida como um meio de punir disciplinarmente e proporcionalmente respeitando os aspectos biológicos da criança e adolescente bem como reconduzi-los a uma vida em sociedade saudável e próspera (BARROS, 2021, s.p.).

A doutrina de proteção integral tem considerado em especial o conceito do critério biológico que se ampara no desenvolvimento mental incompleto da criança e adolescente e o critério psicológico que é mais subjetivo. O critério do desenvolvimento psicológico sozinho é incapaz de definir a inimputabilidade pela difícil constatação da consciência ou ausência de vontade de cometimento de crime no momento do fato (NASCIMENTO, 2014, s.p.).

Contudo, o critério biológico também é falho e desatualizado com a realidade da sociedade atual, na época da elaboração do Código Penal de 1940 o qual permanece em vigor até o presente momento, o contexto social era diferente. Como se sabe, o Código Penal de 1940 foi o que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro 18 anos como a idade criminal mínima. A Constituição Federal de 1988 apenas replicou isto em seu texto, e como já dito, o que na verdade é uma cláusula pétrea extraída do texto é o instituto da maioria penal que não pode ser abolido. Porém, a redução da idade mínima criminal em casos específicos é perfeitamente aceitável e não encontra impedimento legal no ordenamento jurídico brasileiro nem confronta com Tratados e Convenções Internacionais a respeito do tema dos quais o Brasil é seguidor (UNICEF, s.d., s.p.).

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como intuito apresentar uma possibilidade para se combater um problema social alarmante na sociedade brasileira. A redução da maioria penal é sem dúvidas uma das muitas ações em conjunto que o Estado deve considerar para combater o aumento da criminalidade. A história legislativa brasileira apresentada aponta para períodos em que a maioria penal esteve fixada em 16, 14 anos e até menos a depender do critério subjetivo do discernimento.

Uma solução integrada que englobe a redução da maioria penal em casos específicos como os trazidos pela PEC 171/93 além de ações pontuais que visem a reintegração social do adolescente infrator podem ser um caminho a seguir. Não há de se falar em punição sem pensar no período pós punitivo, inclusive, este último período é o mais importante para delimitar o futuro do adolescente infrator.

Uma legislação mais severa que desencoraje e puna disciplinarmente de acordo com suas condições especiais relativas ao desenvolvimento biopsicológico em andamento, atrelada a programas educacionais, de emprego e apoio a família do infrator terá uma eficiência maior do que se pensar só em punir. Obviamente, cada fato delituoso é único, cada caso é um caso, cada infrator possui uma história, possui uma probabilidade de recuperar-se ou de se afundar no mundo do crime.

O fato de agir em várias frentes como as apontadas anteriormente, pode reduzir o impacto negativo ao longo prazo, não se pode viver na utopia, não está tudo bem, a condição atual da legislação falhou. A doutrina de proteção integral falhou no que diz respeito a jovens com envolvimento no crime, repensar o tratamento dispensado a jovens infratores é dar uma oportunidade para que os mesmos não se afundem em uma vida de crimes com um único futuro certo que é uma morte violenta.

Apesar de citada diversas vezes no transcorrer deste trabalho, a PEC 171/93 já necessita de uma redação mais bem elaborada, a de se considerar que quando se fala em homicídio como causa de exceção à regra, deve-se diferenciar a hipótese de culposos ou dolosos por exemplo. Ademais, a proposta mereceu destaque neste trabalho por estar em sintonia com os anseios da sociedade e tratar a redução da maioria penal de uma maneira objetiva e sensata, além de ser a única que de fato avançou no Congresso Nacional.

Cabe ressaltar ainda que a discussão em torno da PEC 171/93 gira em torno de se abolir ou restringir direitos e garantias fundamentais da criança e adolescente. Contudo, o texto é bem claro e não reflete a intenção de abolir ou restringir direitos e garantias, apenas relativiza a depender de situações excepcionais respeitando-se a vulnerabilidade dos agentes envolvidos no polo de infratores e preservando seus direitos de um devido processo legal, contraditório e a ampla defesa.

Ressalta-se ainda, que a discussão é ampla e a solução não virá apenas com essa redução, é preciso pensar no período pós punitivo e nas causas que levam os adolescentes a cometerem infrações penais. Observando todo esse complexo processo e tentando preencher as lacunas deixadas com mais amparo social por parte do Estado, atrelado a uma legislação severa e disciplinadora, pode-se alcançar o resultado desejado no combate à criminalidade bem como na redução de jovens envolvidos e reincidentes em práticas delituosas.

Por fim, chega-se à conclusão após todo o exposto neste trabalho que de acordo com a evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro, este acompanhou a evolução da sociedade. Já o tema maioridade penal, foi fixado pelo atual Código Penal de 1940, a CF/88 não inovou fixando em 18 anos a maioridade penal, ela apenas replicou o texto do Código Penal de 1940.

Ademais em nenhum dispositivo internacional do qual o Brasil é seguidor trata-se de uma garantia fundamental relativa a inimputabilidade penal, apenas define como menores de 18 anos serão considerados crianças. Inclusive, os dispositivos internacionais como a Convenções Sobre os Direitos da Criança fazem questão de expressar que não tem por objetivo sobrepor as legislações específicas de cada nação tendo em vista as características de cada população.

Obre a ótica brasileira de se tratar o artigo 228 da constituição como uma cláusula pétrea não sendo passível de abolição, não se busca abolir direitos, buscase uma exceção a regra da inimputabilidade penal para maiores de 16 anos e menores de 18 tendo em vista casos específicos. O legislador foi criterioso ao pontuar os crimes que pretende combater, assim como foi objetivo em determinar que as penas impostas a estes agentes deverão ser cumpridas em estabelecimentos especiais separados dos demais infratores inimputáveis e separados dos adultos criminosos.

Visto isso, busca-se relativizar a condição de inimputável, a ideia é assegurar a maioridade penal, exceto se o adolescente cometa crimes específicos mais graves e que necessitam de uma punição mais rígida dado o alto grau de reprovabilidade da

conduta. Contudo, algumas das características dos direitos e garantias fundamentais são a relativização e a historicidade, eles são relativos porque para serem exercidos não podem ir de confronto com direitos da coletividade, e sobre a historicidade eles devem acompanhar a evolução da sociedade, mesmo que essa evolução implique em um repensar para o que era antes.

Por fim, cabe expressar a confirmação da possibilidade de redução da maioria penal, tendo em vista toda discussão a respeito do tema percebe-se que não existe risco de se abolir a garantia da inimputabilidade penal. Toda a narrativa exposta aponta que a criança e adolescente chegaram ao ápice dos direitos e garantias fundamentais no Brasil tendo direito a assistência jurídica, apoio social pelo Estado, direitos e garantias processuais como ampla defesa e contraditório. Tendo essa evolução garantido toda essa proteção, tendo o legislador se preocupado em separar os casos de exceção à regra que pretende punir e apreende-los em estabelecimentos adequados e específicos, não se vê entrave para adotar-se no Brasil a redução da maioria penal para 16 anos em casos específicos determinados no texto Constitucional.

REFERÊNCIAS

ALBURQUERQUE, Maurício de. **Sobre ser ou não uma cláusula pétrea**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/225210/sobre-ser-ou-naoclausula-petrea>. Acesso em: 21 set. 2021.

BARBOSA, Ruthiléia. Inimputabilidade ou impunidade, qual o objetivo do ECA? *In: Jusbrasil*, portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <https://ruthileiabarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/247512324/inimputabilidade-ouimpunidade-qual-o-objetivo-do-eca>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BARROS, Lorena. **Saiba como o tráfico de drogas atrai os jovens e o que pode ser feito para salvá-los do “pior trabalho infantil”**. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/metade-dos-menores-detidos-em-spcometeram-trafico-motivos-vaio-da-vulnerabilidade-a-vontade-de-consumo.html>. Acesso em: 19 out. 2021.

BIANCO, Fernanda Silva. **As gerações de direitos fundamentais**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3033/As-geracoes-de-direitosfundamentais>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Cláusula Pétrea**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 25 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, publicação original**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20D E%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text

=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas.&text=2%C2%BA%20A%20viola%C3%A7%C3%A3o%20da%20lei,omiss%C3%A3o%3B%20constitue%20crime%20ou%20contraven%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927, Código dos Menores.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19101929/d17943aimpressao.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830 Código Criminal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.242 de 6 de janeiro de 1921, fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921.** Disponível em: http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/LEI%204242_06_JAN_1921.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979, Institui o Código de Menores.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19701979/L6697.htm#art123. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

CAMILLOTO, Michel. **A redução da maioridade penal como medida de adequação social.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56312/a-reducao-damaioridade-penal-como-medida-de-adequacao-social>. Acesso em: 21 set. 2021.

CANCIAN, Renato. **Governo Figueiredo (1979-1985) – Transição, Diretas Já, Riocentro.** Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historiabrazil/governo-figueiredo-1979-1985-transicao-diretas-ja-riocentro.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

CARVALHO, Leonardo Mata. **Comparativo entre o Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).** Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2001/corpodiscente/graduacao/comparativo.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

CHAGAS, Inara. **Redução da maioridade penal: argumentos contra e a favor.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/reducao-da-maioridade-penalargumentos/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

CHILDHOOD. **Saiba como o ECA mudou o cenário da infância no país.**

Disponível em: <https://www.childhood.org.br/saiba-como-o-eca-mudou-o-cenario-dainfancia-no-pais>. Acesso em: 25 ago. 2021.

COSTA, Daniel Carnio. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Teoria da Situação Irregular e Teoria da Proteção Integral – Avanços e Realidade Social.**

Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_08_53.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

DIREITOS BRASIL. Características dos Direitos Fundamentais. **Conheça as características dos direitos fundamentais na constituição.** Disponível em:

<<http://direitosbrasil.com/conheca-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

DODORICO, Luís Fernando. **PEC 171/93 – Redução da maioria penal: Da proteção integral ao retrocesso.** Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/53693/pec-171-93-reducao-da-maioridade-penal-daprotecao-integral-ao-retrocesso>. Acesso em: 25 ago. 2021.

FACHINI, Tiago. **Direitos e garantias fundamentais; conceitos e características.**

Disponível em: <https://www.projuris.com.br/o-que-sao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25 ago. 2021.

FERNADES, Claudio. **05 de outubro, promulgação da Constituição de 1988.**

Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/datascomemorativas/constituicao-brasil.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

FONSECA, Júlia Brito. **Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em:

<https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatutoda-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 25 ago. 2021.

G1. **Entenda a proposta que reduz a maioria penal para 16 anos.** Disponível

em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/entenda-proposta-que-reduzmaioridade-penal-para-16-anos.html>. Acesso em: 18 out. 2021.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **A Doutrina de Proteção Integral e a Constituição Federal de 1988.** Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/35230/a-doutrina-daprotecao-integral-e-a-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 12 set. 2021.

IURI. **Significado de Inimputável. Direito Legal, Dicionário Jurídico.** Disponível

em: <https://direito.legal/dicionario-juridico/inimputavel-significado/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

JACOVOS, Victória Regina Jordão. **A Doutrina de Proteção Integral trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e as propostas de redução de maioria penal.** Disponível em:

https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-doutrina-protECAo-integraltrazida-pelo-estatuto-crianca-adolescente.htm#indice_4. Acesso em: 12 set. 2021.

MARTINS, Leonardo. **Jovens e reincidentes**. Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/reincidentes-da-fundacao-casa.htm#jovens-ereincidentes>. Acesso em: 25 ago. 2021.

MPPR. **Conselho Tutelar. O que Faz um Conselheiro Tutelar?** Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/2016/4/12383,37/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

MPPR. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 19 out. 2021.

NASCIMENTO, Priscilla Braga. **A inimizabilidade penal do menor de idade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34052/a-inimizabilidade-penal-do-menordeidade#:~:text=Assim%2C%20a%20inimizabilidade%20%C3%A9%20definida,se%20de%20acordo%20com%20esse>. Acesso em: 25 ago. 2021.

OLIVEIRA, Silvia Rabello Neves. **Conceito e evolução histórica da maioridade penal no Brasil**. Disponível em: <https://silviarabello.jusbrasil.com.br/artigos/344812010/conceito-e-evolucao-historicada-maioridade-penal-nobrasil#:~:text=Maioridade%20penal%20define%20a%20idade,penalmente%20pelo%20seus%20atos%20criminosos.&text=A%20maioridade%20penal%20foi%20instaurada,artigo%2010%20do%20seu%20texto>. Acesso em: 25 ago. 2021.

QUEIROZ, Túlio. **Brasil Império**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/brasil-imperio.htm>. Acesso em: 25 ago. 2021.

RÊGO, Tania. **Pesquisa aponta que jovens entram cada vez mais cedo no tráfico de drogas**. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/08/pesquisa-aponta-que-jovensentram-cada-vez-mais-cedo-no-trafico-de-drogas/>. Acesso em: 19 out. 2021.

REIS, Thiago. **Em 1 ano, dobra número de menores cumprindo medidas no país, diz CNJ**. *In: G1*: portal eletrônico de notícias, 25 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/em-1-ano-dobra-n-de-menorescumprindo-medidas-no-pais-diz-cnj.html>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, Daniel Neves. **Tancredo Neves**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/biografia/tancredo-de-almeida-neves.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

SILVA, Nilcea Moreno. **Levantamento Anual SINASE 2017**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-eadolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Princípios penais e processuais adotados pelo sistema normativo penal brasileiro.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37455/principios-penais-e-processuais-adotados-pelo-sistema-normativo-penal-brasileiro>. Acesso em: 28 ago. 2021.

UNICEF. **Convenção Sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 out. 2021.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 out. 2021.

UNICEF. **História dos direitos da criança.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 22 set. 2021.

UOL. **Após 22 anos e vai e vem, relembre a cronologia da PEC da maioria penal.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2015/07/02/relembre-a-cronologia-da-pec-da-maioridade-penal.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

UOL. **Organização das Nações Unidas.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/onu.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

USP. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 out. 2021.

WESTIN, Ricardo. **Há 190 anos, o primeiro Código Penal do Brasil fixava punições distintas para livres e escravos.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-12-07/ha-190-anos-o-primeiro-codigo-penal-dobrasil-fixava-punicoes-distintas-para-livres-e-escravos.html>. Acesso em: 25 ago. 2021.

ZAPATER, Maira. **As duas infâncias do Código de Menores de 1979.** Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/02/16/as-duas-infancias-do-codigo-demenores-de-1979/>. Acesso em: 25 ago. 2021.