

## A previsão constitucional da menoridade penal e a possibilidade de alteração

**Autore:** Gustavo Kenner Alcantara

**In:** Diritto civile e commerciale

Menoridade penal -inimputabilidade - flexibilização da norma

O artigo trata da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos prevista na Constituição Federal. Conclui que para alcançar mais efetivamente o desiderato de pacificador social, deve o Direito atentar para todas as evoluções que tais ciências apresentaram nestas últimas décadas devendo flexibilizar a inimputabilidade de indivíduos entre 16 e 18 anos.

A previsão constitucional da menoridade penal - possibilidade de alteração do artigo 228

A Constituição Federal em seu artigo 228 prevê que são penalmente ininputáveis os menores de dezoito anos que estão sujeitos a normas da legislação especial.

A doutrina e a jurisprudência pátria têm se inclinado em sentido negativo quanto à constitucionalidade de uma possível alteração no art. 228 da CF/88.

De acordo com a maioria dos estudiosos do tema, a norma constitucional que estabelece a inimputabilidade para os menores de 18 anos é tratada como uma garantia individual da criança e do adolescente. Neste sentido, mister se faz aqui reproduzir a cláusula pétra prevista no Texto Constitucional, mais especificamente no artigo 60, § 4º, IV da Constituição “**Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... IV - os direitos e garantias individual**”.

Coerente com o entendimento majoritário é o parecer esboçado pelo professor Alexandre de Moraes<sup>4</sup>:

Entendemos impossível essa hipótese, por trata-se a inimputabilidade penal prevista no art. 228 da Constituição Federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em Juízo, nem tampouco poderem ser responsabilizados criminalmente, com conseqüente aplicação de sanção penal. Lembremo-nos, pois, que essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente transforma-se em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo.

Assim, o art. 228 da CF encerra hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º.

Em sentido técnico, o art. 60, § 4º da Carta Magna descreve os limites materiais e formais da revisão constitucional. Historicamente, é nada mais que herança do modelo estabelecido pelo sistema norte-americano.<sup>5</sup>

A impossibilidade de revisão dos direitos e garantias individuais representa verdadeiro limite material ao poder constitucional de revisão. Dessa forma, o processo de revisão deverá, primeiramente, identificar todos os direitos e garantias individuais, a fim de respeitar a intangibilidade de certas normas, e dispor de alterações respeitando os limites definidos.

A título comparativo, importante aqui reproduzir o art. 288 da Constituição Portuguesa:

Art. 288 As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) A independência nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma republicana de governo;
- c) A separação das Igrejas do Estado;
- d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;**
- e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;**
- f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;
- h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;
- m) A independência dos tribunais;
- n) A autonomia das autarquias locais;
- o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.(grifei)

Nota-se que a Constituição Portuguesa é mais prolixa do que a Constituição brasileira. Ademais, abarca uma gama maior de direitos, pois informa direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e depois arrola ainda os direitos dos trabalhadores. Diferentemente a Constituição brasileira, estabeleceu limite material somente quanto aos direitos e garantias individuais, sem aprofundar no que deve se entender nesse conteúdo.

Com isso, a Constituição Federal de 1988 perdeu a oportunidade de definir com precisão quais normas são imunes ao toque do legislador constituinte derivado. Todavia, parecendo tentar suprir tal carência precisão, a doutrina brasileira iniciou um processo de “generalização dos direitos e garantias fundamentais”, sem se atentar para as diferenças terminológicas o que acaba ampliando a aplicação do artigo 60, § 4º da CF. Nesse sentido, basta que se refira a um direito previsto ao indivíduo para afirmar que é imutável.

No entanto, tal fato é extremamente danoso ao sistema jurídico brasileiro, pois, como último resultado, faz com que ocorra a desfiguração da Constituição Brasileira, modificando-a para constituição imutável, o que é inadmissível. Não pode o intérprete, indiscriminadamente, sem critérios científicos precisos, simplesmente declarar que tal direito é ou não direito ou garantia do indivíduo, e, nesta esteira, incluí-lo no rol das cláusulas pétreas.

Obviamente, o legislador constituinte originário não previa estrutura de constituição imutável. Até porque trouxe as regras para sua modificação, e ainda, assim, previu expressamente quais seriam as normas intangíveis.

Na verdade, as próprias legislações são ao definir a amplitude do que se trata de direitos individuais, direitos fundamentais, direitos civis, etc, omissas, pois não definem exatamente cada uma das espécies.

Para nós, não se trata efetivamente a menoridade penal um verdadeiro direito e garantia individual do menor.

No mesmo sentido, Nucci<sup>6</sup> manifesta:

(...) uma tendência mundial na redução da maioridade penal, pois não mais é crível que menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para compreensão integral dos fatos da vida

(...)

não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias fundamentais do homem soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60 § 4º, IV, CF

(...)

Assim, não há qualquer impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 28 da Constituição”. É coerente o autor quando pugna pelo maior grau de desenvolvimento do jovem 20 anos após a promulgação da Constituição da República.

Todavia, concessa venia, o Ilustre Professor parece cometer o equívoco corriqueiro quando expressa que a constituição brasileira veda a alteração de direitos fundamentais. O que se defende é que os direitos fundamentais podem ser alterados ou suprimidos por meio de emenda. Não fosse assim, o constituinte originário teria expressamente arrolado a intangibilidade dos direitos fundamentais, e não dos direitos e garantias individuais. Principalmente, porque o título II da Constituição Federal recebe a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” enquanto a determinação dos direitos e garantias individuais somente aparece no capítulo I do título II, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. É certo, assim, que o Legislador conhecia a natureza distinta dos respectivos direitos, e, intencionalmente, não ofereceu proteção a todos os direitos fundamentais.

Importante lembrar que já na consagrada Convenção dos Direitos da Criança, em seu art. 1º, havia prescrição no sentido de que criança é todo o ser humano com menos de 18 anos. Entretanto, a própria convenção não estabelece nenhuma norma sobre a imputabilidade penal, não obstante grande parte dos países adotou o parâmetro da idade para fixação de imputabilidade penal.

A representação de tal direito de forma expressa na constituição é algo particular. Na verdade, a grande maioria das legislações reservou tal atribuição ao legislador ordinário. Neste sentido esclarece Alexandre

de Moraes<sup>7</sup>:

Dessa maneira, a previsão etária para classificar-se o ser humano como criança prevista na citada Convenção, mesmo que repetida pela Constituição do Estado-parte, não se confunde com a idade mínima para a imputabilidade penal.

Em verdade, a previsão citada, de forma alguma impede que os países signatários adotem imputabilidade abaixo da idade.

A discussão em nosso meio se assevera exatamente por essa particularidade. O legislador constituinte originário brasileiro resolveu adotar a idade referida como limite para persecução penal. E, principalmente, pela falta de tecnicismo e minuciosidade da descrição das cláusulas pétreas, causa grande furor em nossa doutrina a determinação do que é imutável na Carta Constitucional. O que, pelo exposto, até o presente momento parece evidenciar a possibilidade de alteração na norma disposta no art. 228 da CF.

Noutro giro, quanto ao sistema adotado pelo Código Penal e pela Texto Supremo, deve-se traçar algumas considerações.

A legislação brasileira adotou o sistema biológico para fixação na menoridade penal. Assim, todo indivíduo maior ou com 18 anos tem presunção legal, relativa<sup>8</sup>, de imputabilidade penal. Enquanto, todo menor de 18 anos possui presunção absoluta de inimputabilidade penal. Nesse sentido, no Brasil, o jovem nunca se sujeita à persecução em juízo penal. Os menores autores de atos tidos como infrações penais têm suas condutas e punições reguladas pela Lei n.º 8.069/90, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Exposição de Motivos do Código Penal é clara nesse sentido quando afirma:

Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena.

É notório que, diante das atuais evoluções dos mais variados ramos da medicina, da psicologia, da sociologia e das ciências em geral, o critério adotado não condiz com o desenvolvimento das demais áreas do saber. No entanto, via de regra, é o sistema adotado nas diversas legislações.

Nesta vertente, cite-se que, na França, a maioridade penal é de 18 anos, mas jovens a partir dos treze e até os dezoito anos podem ser penalizados.

Na Inglaterra, a maioridade penal é de 21 para crimes comuns. Tratando-se de crimes hediondos o infrator é penalizado a partir dos 10 anos.

Já nos Estados Unidos, como o direito penal é legislado pelo Estado, em 18 deles os jovens que cometerem crime grave podem ser responsabilizados a partir dos 14 anos, equiparando-se, nessa condição, àquele que conta com 18 anos, considerada a maioridade.

Em Portugal, o jovem pode ser condenado a partir dos 16 anos, o mesmo ocorrendo na Argentina, Bélgica e Israel.

Enquanto na Alemanha e Haiti, a partir dos 14 anos.<sup>9</sup>

Sublinha-se que o Código Penal Espanhol, o mais recente Estatuto Criminal, adotou o mesmo critério biológico, aumentando de 16 para 18 anos a menoridade penal.

Na verdade, o critério biológico é mais seguro, o que em Direito Penal é fundamental. Entretanto, segurança não deve ser sinônimo de injustiça. Basta salientar que até pouco, e ainda hoje, advoga-se que o estupro e a violência, em se tratando de vítima de 14 anos, é presunção *Juris et de iure*.

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal chegou a decidir, com apertada maioria, que quando o menor é manifestamente desenvolvido a presunção deixa de ser aplicada. Neste sentido é o julgado que aqui se colaciona:

**COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.

**ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA.** Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.

**ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA.** O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.<sup>10</sup>

Com efeito, no atual nível de desenvolvimento do Direito Penal, é inadmissível a responsabilidade objetiva. Entretanto, pode-se inferir que da mesma forma admitir a irresponsabilidade objetiva é erro crasso frente aos princípios da individualização da pena e da presunção inocência. Isso porque, assim como os menores nunca responderão por persecução criminal, os maiores sempre o farão.

É claro que é admissível redução na culpabilidade caso seja identificado efetivo retardamento. Neste ponto, percebe-se fraguimentos de um sistema de culpabilidade psicológico. Se não se ignora que um maior pode não ter pleno desenvolvimento, é inconteste que um menor possivelmente poderá, em certos casos, ter consciência absoluta de seus atos.

Entretanto, defende-se que a pena privativa liberdade fracassou na tentativa de ressocializar o indivíduo, bem como de pacificar o meio de convívio social."

É argumento robustamente plausível.

Mas o problema não é a legislação determinar a pena privativa de liberdade. O maior ponto de regresso é que a legislação não é aplicada da forma adequada; não há divisão adequada nos presídios; réus sem condenação são confinados juntamente com condenados perigosos; chega-se ao absurdo de haver prisão de mulheres e homens no mesmo recinto.

O grave problema não decorre da prisão em si, mas da estrutura presidiária e penal em geral, que se mantém inalterável no Brasil.

Nestes termos, importante aqui expressar a visão do professor Bitencourt<sup>12</sup>, pugnando pela injustiça do atual sistema:

Admitimos, de lege ferenda, a possibilidade de uma terceira via: nem a responsabilidade penal do nosso Código Penal, nem as medidas terapêuticas do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas uma responsabilidade penal diminuída, com conseqüências diferenciadas, para os infratores jovens com idade entre dezesseis e vinte e um anos, cujas sanções devam ser cumpridas em outra espécie de estabelecimento, exclusivas para menores, com tratamento adequado, enfim, um tratamento especial.

Em primeiro lugar, é indispensável que se afaste qualquer possibilidade de referidos menores virem a cumprir a sanção penal justamente com os delinqüentes adultos. Em segundo lugar, faz-se necessário que as sanções penais sejam executadas em estabelecimentos especiais, onde o tratamento ressocializador, efetivamente individualizado, fique sob a responsabilidade de técnicos especializados, para que se possa realmente propiciar ao menor infrator sua educação, além de prepará-lo para o mercado de trabalho.

Em seguida finaliza seu posicionamento

Enfim, para se admitir a redução da idade para a “responsabilidade penal”, exige-se competência e seriedade, aspectos nada comuns no tratamento do sistema repressivo penal brasileiro como um todo. Aliás, a incompetência e falta de seriedade no trato dessas questões têm sido a tônica da nossa realidade político-criminal. Por isso, temos, inclusive, receio de sustentar essa tese, porque os “legisladores de plantão” poderão gostar da idéia, mas, como sempre acontece no Brasil, aproveitá-la somente pela metade, adotar essa responsabilidade penal diminuída e “esquecer” de criar os “estabelecimentos adequados”, exclusivos para menores!

Inegável a grandiosidade da idéia, que não poderíamos deixar de reproduzir.

Contudo, para alcançar mais efetivamente o desiderato de pacificador social, deve o Direito atentar para todas as evoluções que tais ciências apresentaram nestas últimas décadas.

Assim, como é possível reconhecer a falta de culpabilidade de indivíduo maior de 18 (dezoito) anos, da forma que ocorre em casos que o indivíduo não possui qualquer grau de discernimento para possibilitar a consciência do peso de sua conduta, é necessário flexibilizar a inimputabilidade de indivíduos entre 16 e 18 anos.

Aponta-se que em tal idade, em virtude do grau de maturidade e como demonstrado acima, são os maiores índices de fracassos das medidas de segurança.

Primeiramente, é necessário a modificação constitucional do artigo 228, alterando o critério biológico, definindo tal flexibilidade em tal faixa etária. Como fartamente demonstrado supra, entende-se que deve prosperar à corrente que entende ser possível a alteração do dispositivo constitucional.

E por fim cabe trazer que seria necessário que lei ordinária viesse a definir critérios precisos da maneira que seria feito tal análise da possibilidade de penalização ou não do indivíduo entre 16 e 18. Neste plano, mister se faz levar em consideração a possibilidade de sucesso da medida, reincidência, motivação do fato tido como crime, circunstâncias, grau de desenvolvimento, entre outros critérios.

## **BIBLIOGRAFIA**

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal . 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme. Código penal comentado. 7ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

## **PUBLICAÇÃO**

COUTINHO, Luiz Augusto. Retrocesso da redução da imputabilidade penal para 16 anos . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 94, 5 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4218>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

4 MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2002, p. 113.

5 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 408.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109.

7 MORAES, op. cit., p. 128.

8 Diz-se relativa porque em certos casos o próprio código penal admite a inimputabilidade do maior de 18 anos.

9 COUTINHO, Luiz Augusto. Retrocesso da redução da imputabilidade penal para 16 anos . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 94, 5 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4218>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

10 STF, HC 73662, UF/MG, DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028, rel. Marco Aurélio.

11 COUTINHO, op. cit.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<https://www.diritto.it/a-previsao-constitucional-da-menoridade-penal-e-a-possibilidade-de-alteracao/>