

---

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO  
CONSTITUCIONAL APLICADO

**A possibilidade de adequação da maioria penal no Brasil à luz da  
Constituição Federal de 1988.**

Aluno Marcelo Henrique Lourenço Mendes

Guaratinguetá-SP

2015

---

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO  
CONSTITUCIONAL APLICADO

**A possibilidade de adequação da maioria penal no Brasil à luz da  
Constituição Federal de 1988.**

Aluno Marcelo Henrique Lourenço Mendes

Monografia de conclusão do curso de Pós-Graduação “*lato sensu*” em Direito Constitucional Aplicado, sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Fabíola Cassel Ferri.

Guaratinguetá-SP

2015

## **DEDICATÓRIA**

*AOS MEUS VALOROSOS PAIS, À MINHA  
QUERIDA IRMÃ E AOS MEUS AMIGOS QUE ME  
INCENTIVAM E APOIAM NOS ESTUDOS.*

## **AGRADECIMENTOS**

*A DEUS ACIMA DE TUDO, À MINHA FAMÍLIA QUE TANTO ME APOIA, AOS ILUSTRES DOCENTES DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS, À PROF<sup>a</sup> FABÍOLA CASSEL FERRI, MINHA ORIENTADORA NESTE TRABALHO, E AOS DILETOS AMIGOS OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.*

## **EPÍGRAFE**

*DE TODO AQUELE A QUEM MUITO É DADO,  
MUITO SERÁ REQUERIDO; E DAQUELE A QUEM  
MUITO É CONFIADO, MAIS AINDA LHE SERÁ  
EXIGIDO. (Lucas 12:48)*

## RESUMO

O objetivo geral deste trabalho foi demonstrar a possibilidade jurídico-constitucional de se adequar a maioria penal no Brasil ao atual contexto sociocultural em que o país se encontra. Com a Constituição Federal de 1988 a maioria penal foi erigida à categoria jurídico-normativa de norma constitucional, o que exige que qualquer reforma desse preceito seja realizada através de *Emenda à Constituição*, dada a nota de rigidez que a referida Carta Política possui, consentânea do *Princípio da Supremacia da Constituição*. Nesse sentido, num primeiro momento foi realizada uma explanação acerca do que vem a ser imputação penal, demonstrando os principais sistemas de imputação existentes, com seus requisitos, características, consequências e implicações para a *persecutio criminis* e para o direito de punir do Estado. Em seguida, em capítulo próprio, tratou-se dos direitos civis e políticos de cujo gozo e fruição o Estado brasileiro defere aos adolescentes a partir dos 16 anos de idade, a fim de demonstrar, em cotejo com a idade que distingue a maioria penal, a falta de unidade e coerência de que se ressente o ordenamento jurídico pátrio, ao conceber presunções de capacidades e de incapacidades. Por seu turno, foi reservado um capítulo para tratar da natureza jurídica da norma insculpida no art. 228 da Constituição da República, a qual veicula o preceito da maioria penal e estabelece a presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de 18 anos, sujeitando-os às normas da legislação especial, leia-se: Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse mesmo capítulo foi feita uma digressão sobre as tendências e a evolução histórica da legislação penal que tratou do tema da maioria penal no Brasil, desde a época de sua colonização até os dias atuais, em que a maioria encontra-se alçada à categoria de norma constitucional, o que torna mais dificultoso o processo de sua alteração. Em remate, os principais argumentos jurídicos colhidos da doutrina e jurisprudência pátrias a respeito da temática que a redução da maioria penal envolve foram trazidos à colação e, sem olvidar da condição de pessoa em desenvolvimento que os adolescentes possuem, pugnou-se pela defesa daqueles que militam a favor da possibilidade jurídico-constitucional dessa redução, dos 18 para 16 anos, mas com delineamentos feitos à luz de valores e princípios constitucionais, notadamente os da razoabilidade e proporcionalidade, o que se afigura mais adequado diante da realidade sociocultural em que se encontram inseridos os adolescentes de hoje, considerados em sua generalidade, comparativamente aos de 1940, ano em que a idade de 18 anos passou a constar como marco distintivo da maioria penal na legislação penal fundamental ainda em vigor no Brasil (Código Penal de 1940), ou mesmo em relação aos jovens de 1988, ano de promulgação de nossa *Lex Mater*, que também assentou em 18 anos o marco da maioria penal.

**PALAVRAS CHAVES:** maioria penal – adequação – possibilidade jurídico-constitucional – sistemas de imputação – direitos civis e políticos – norma constitucional – natureza jurídica

## ABSTRACT

The purpose of this study was to demonstrate the legal and constitutional possibility to adapt the legal age in Brazil to the current socio-cultural context. The legal age was erected to legal-normative category of constitutional law with the Federal Constitution of 1988, requiring that any reform of this nature shall be through amendment to the Constitution, considering the rigid note in accordance with the *Principle of Supremacy of the Constitution*. In this sense, at a first stage, it was explained what criminal imputation turns out to be, demonstrating the main existing imputation systems with its requirements, characteristics, consequences and implications for *criminis persecutio* and the right to punish of the state. Then, in a separate chapter, it was considered the civil and political rights that the Brazilian State grants to adolescents from 16 years old, in order to demonstrate the comparison with the age that distinguishes the legal age, to the lack of unity and coherence that resents the Brazilian legal system when it creates assumptions of capabilities and disabilities. It was reserved a chapter to discuss the legal nature of the norm in art. 228 of the Republic Constitution, which links the precept of criminal responsibility and establishes an absolute presumption of not imputable for those under 18, subjecting them to the rules of a special legislation, read: Statute of Children and Adolescents. In this same chapter it was made a digression of the tendencies and the historical evolution of criminal law that dealt with the issue of criminal responsibility in Brazil, from the time of its colonization to the present day, where the age is related to a legal normative category, becoming a difficult change process. The main legal arguments of the national doctrine and jurisprudence on the theme that the reduction of criminal responsibility involves, were referred in this study, and, without forgetting the condition of person under development that adolescents have, it decided for the defense of those who militate in favor of legal and constitutional possibility of reduction, from 18 to 16 years, however, with designs based on values and constitutional principles, particularly those of reasonableness and proportionality, which is more appropriate in the face of socio-cultural reality in what the adolescents are inserted today, considered in its generality, compared to 1940, year in which the age of 18 was established as a distinctive landmark of legal age in the fundamental criminal law still in force in Brazil (Penal Code of 1940), or still related to the youths from 1988, year of promulgation of our Lex Mater, that also established in 18 years the landmark of legal age.

**KEY WORDS:** legal age - adequacy - legal and constitutional possibility - imputation systems - civil and political rights - constitutional law - legal

## **LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS**

Art. – artigo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CC/02 – Código Civil de 2002

CCJC – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CR – Constituição da República

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

# SUMÁRIO

<b>DEDICATÓRIA .....</b>	<b>3</b>
<b>AGRADECIMENTOS .....</b>	<b>4</b>
<b>EPIÍGRAFE.....</b>	<b>5</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>6</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>7</b>
<b>LISTA DE ABREVIACOES E SIGLAS .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>DOS SISTEMAS DE IMPUTABILIDADE PENAL .....</b>	<b>14</b>
<b>1.1. Introdução .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2. Da imputabilidade penal.....</b>	<b>15</b>
<b>1.3. Dos sistemas de aferição da inimputabilidade penal.....</b>	<b>18</b>
<b>1.3.1. O sistema biológico .....</b>	<b>18</b>
<b>1.3.2. O sistema psicológico.....</b>	<b>20</b>
<b>1.3.3. O sistema biopsicológico .....</b>	<b>21</b>
<b>A ADOÇÃO DA IDADE CRONOLÓGICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1. Introdução .....</b>	<b>24</b>
<b>2.2. Do direito ao voto.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3. Da capacidade civil.....</b>	<b>27</b>
<b>2.3.1 Da capacidade de direito ou de gozo.....</b>	<b>29</b>
<b>2.3.2 Da capacidade de fato ou de exercÍcio .....</b>	<b>29</b>
<b>2.3.2.1 Dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil .....</b>	<b>31</b>
<b>2.3.2.2 Dos relativamente incapazes para os atos da vida civil.....</b>	<b>36</b>

<b>NORMAS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDAS NA ADEQUAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL.....</b>	<b>43</b>
<b>3.1. Introdução .....</b>	<b>43</b>
<b>3.2. Escorço histórico da legislação brasileira que tratou da maioria penal.....</b>	<b>43</b>
<b>3.2.1. O Código Criminal do Império .....</b>	<b>44</b>
<b>3.2.2. O Código Penal de 1890 .....</b>	<b>46</b>
<b>3.2.3. O Código Penal de 1940 .....</b>	<b>48</b>
<b>3.3. Natureza jurídica da norma insculpida no art. 228 da Constituição Federal .....</b>	<b>50</b>
<b>3.4. Conceito e características dos Direitos e das Garantias Fundamentais .....</b>	<b>54</b>
<b>3.5. Classificação da Constituição quanto ao seu conteúdo .....</b>	<b>57</b>
<b>3.6. Interpretação do sentido e do alcance do disposto no art. 60, § 4º, da CF .....</b>	<b>59</b>
<b>3.7. Documentos internacionais que dispõem sobre garantias penais fundamentais.....</b>	<b>62</b>
<b>3.7.1. Da Convenção Americana de Direitos Humanos .....</b>	<b>63</b>
<b>3.7.2. Do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional .....</b>	<b>64</b>
<b>3.7.3. Convenção sobre os Direitos da Criança.....</b>	<b>65</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>66</b>
<b>GLOSSÁRIO.....</b>	<b>72</b>

## INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro preceitua em sua Carta Política que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, sujeitando-os, por via de consequência, às normas estabelecidas na legislação especial, leia-se: Estatuto da Criança e do Adolescente. Idêntico dispositivo já havia sido previsto no Código Penal de 1940, com a reforma de 1984 processada pela Lei nº 7.209, editada no mesmo ano.

Assim, com fulcro nessa presunção legal, e constitucional, os adolescentes, cujo conceito é dado pelo referido Estatuto e compreende as pessoas com mais de 12 anos de idade e menos de 18, não sofrem a incidência normativa da legislação penal em vigor quando praticam condutas violadoras de bens jurídicos penalmente tutelados, isto é, quando praticam fatos ilícitos tipificados como crimes.

Tema candente, amplamente discutido nos dias atuais no Brasil, a questão da maioria penal permeia o debate entre parlamentares e autoridades governamentais, juristas e outros setores da sociedade civil que, na tentativa de encontrar respostas e soluções para conter a crescente onda de violência que aflige a sociedade, propõem sua redução, o que permitiria sujeitar adolescentes infratores à incidência normativa da legislação penal em vigor, igualando-os, nesse tanto, aos maiores de 18 anos no que concerne à reprovabilidade e ao tratamento jurídico-penal decorrentes da prática de atos configuradores de delitos.

É fato notório que os adolescentes de hoje, comparativamente aos de 1940, ano de edição do Código Penal vigente, que assentou em 18 anos a idade que assinala a maioria penal, dispõem de mais possibilidades fáticas de atingirem a consciência moral, um dos imperativos da vida em sociedade, sobre o que é certo e errado do ponto de vista da moral social, porquanto vivenciam o fulgor de profundas transformações sociais havidas com a revolução tecnológica, que lhes facilitou sobremaneira o processo de aprendizagem e de desenvolvimento pessoal, através da disseminação de conhecimentos e de informações, imprimindo um novo ritmo às relações sociais de que participam.

Com efeito, o atual cenário em que o adolescente se encontra inserido insta-nos a repensar alguns paradigmas que servem como critério com base no qual se estabelece a presunção absoluta de que o sujeito com menos de 18 anos de idade, a despeito de possuir

saúde mental perfeita e viver socialmente integrado à realidade acima referida, não dispõe de capacidade de entendimento (cognitiva) e de autodeterminação (volitiva), quando, deliberadamente, dirige sua conduta à prática de um injusto penal, isto é, quando pratica um fato ilícito tipificado como crime, presunção esta que o subtrai do campo de incidência normativa da legislação penal.

Assim, verifica-se que a adoção de critério puramente etário, em função do qual se criou distinção de tratamento jurídico-penal entre sujeitos menores e maiores de 18 anos de idade, revela que o ordenamento jurídico brasileiro perfilha o sistema (ou critério) biológico de imputabilidade penal no que concerne à maioridade, o qual, sem levar em conta elementos de natureza biopsicológica (biológicos + psicológicos), ligados à saúde e ao desenvolvimento mental e às capacidades de entendimento e de autodeterminação do indivíduo, tem na idade cronológica a causa única e exclusiva que permite presumir, de forma absoluta, ausência de capacidade de imputação, de ordem a ensejar que lhes seja dispensado tratamento diferenciado em relação aos adultos que cometem crimes.

Contudo, verificar-se-à que a escolha da idade cronológica aquém da qual o sujeito autor de um injusto penal não pode ser considerado imputável no Brasil não está calcada em estudos científicos, mas sim em decisões de política criminal, e essa falta de base científica fica evidente diante da fruição e do gozo de importantes direitos civis e políticos que o Estado brasileiro defere a indivíduos com idade entre 16 e 18 anos incompletos, dentre os quais destacamos, por quão relevante é o exercício, o direito ao sufrágio instrumentalizado através do voto, assegurado pela Constituição da República aos adolescentes a partir dos 16 anos de idade, o que se afigura-nos um disparate dentro do sistema jurídico-normativo brasileiro.

Bem assim, se realizada uma análise comparativa da maioridade penal estabelecida no ordenamento jurídico de diversos países, constatar-se-á que diversos são os patamares fixados, o que vem a corroborar a prevalência da motivação política na adoção de diferentes idades aquém das quais o sujeito não pode ser considerado penalmente imputável pelo Estado, pois, uma vez que essa escolha se pautasse em critérios e estudos científicos relacionados ao desenvolvimento mental e intelectual da pessoa em função da faixa etária em que se encontra, levaria à eleição de uma só idade, dado o caráter universal que as ciências biológicas possuem, ressalvadas as peculiaridades climatológicas e socioculturais entre os países, a justificar outras escolhas.

Nesse diapasão, não nos prendendo apenas ao apelo do argumento de que os adolescentes cada vez mais têm participação em crimes graves, nos quais, no sentir da sociedade, acabam ficando impunes, procuraremos demonstrar a razoabilidade de se adequar a maioria penal no Brasil, à luz de nossa Carta Maior, à realidade que se apresenta, não apenas com o único fito de tentar refrear o cometimento de delitos por adolescentes, como medida de política criminal de redução de cifras criminais e da violência, mas, sobretudo, para conferir unidade e coerência ao ordenamento jurídico brasileiro, enquanto sistema de normas que, a um só tempo, elege a idade cronológica como critério permissivo da fruição e do gozo de importantes direitos civis e políticos, de inuidosa relevância jurídica e social, e, de outro lado, utiliza esse mesmo critério para presumir, de forma absoluta, a incapacidade de imputação penal dos adolescentes.

Nessa ordem de ideias, partindo-se da análise da ciência do Direito enquanto sistema ou conjunto de normas, do que se pressupõe sua unidade, harmonia e normatividade, é possível inferir, sem despendar muito esforço, que o sistema jurídico brasileiro resente-se de critérios mais justos e adequados para prevenir a delinquência juvenil.

Estabelecidas tais premissas, temos que o presente estudo tem por objetivo geral demonstrar a possibilidade jurídico-constitucional de adequação da maioria penal ao atual contexto sociocultural do país, a fim de se conferir tratamento jurídico-penal aos adolescentes infratores a partir dos seus 16 anos de idade, semelhante àquele que é dispensado aos adultos que cometem crimes, sem, entretanto, que essa igualação venha a ofuscar os matizes constitucionais ou vulnerar valores que emanam da Carta Política de 1988 e do regime por ela adotado, dentre os quais destacamos *a dignidade da pessoa humana*.

Nesse desiderato, traçaremos num primeiro momento o panorama dos sistemas de imputabilidade penal adotados no Brasil, destacando o biológico, que, como se verá, adota como causa geradora da inimputabilidade penal apenas a idade cronológica, a qual separa adolescentes de adultos.

Em seguida, demonstraremos o rol dos já mencionados direitos civis e políticos cujo exercício o Estado brasileiro deferiu aos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos incompletos, o que evidencia a aludida falta de unidade e coerência no sistema jurídico brasileiro, bem assim, também demonstraremos as tendências e a evolução histórica da

legislação penal que tratou da menoridade penal no Brasil, desde sua colonização até os dias atuais, em que verificamos a maioridade penal alçada a nível constitucional.

Em remate, não obstante haver argumentos contrários, defenderemos neste trabalho aqueles que militam a favor da possibilidade jurídico-constitucional de se adequar o limite da maioridade penal no Brasil à atual realidade do país, o que significa poder aplicar o sistema biopsicológico de imputabilidade penal não apenas aos adultos que cometem crimes, mas também aos adolescentes infratores a partir dos 16 anos de idade, sem, entretanto, olvidar da condição de pessoa em desenvolvimento, o que, a nosso ver, requer que sejam feitos delineamentos no que respeita à sujeição à legislação penal em vigor, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tomados no sentido de equivalência entre meios e fins.

## DOS SISTEMAS DE IMPUTABILIDADE PENAL

### 1.1. Introdução

Neste capítulo abordaremos os sistemas ou critérios de aferição da inimputabilidade penal adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base nos quais a imputabilidade penal dos autores de fatos típicos e antijurídicos pode ser afastada, isentando, assim, da imposição de pena, o sujeito autor de um ilícito penal, porquanto a imputabilidade é elemento normativo que, ao lado da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, ou conforme ao Direito, integra a *culpabilidade*, substrato que compõe a estrutura sistemática do delito de acordo com a teoria finalista do crime.

Verificaremos que os sistemas de aferição da inimputabilidade penal existentes em nosso ordenamento, marcadamente no Código Penal de 1940, nossa legislação penal fundamental, ora operam o afastamento da culpabilidade após a comprovação da inimputabilidade do agente por meio de diagnósticos baseados em exames e perícias médicas, e ora o fazem através de presunções legais, de que é exemplo a menoridade, que no Brasil possui matriz constitucional, por força do disposto no art. 228 da Constituição da República, que assentou o que já fora previsto no Código Penal com a reforma de 1984.

Ocorre que tal presunção de inimputabilidade penal, concernente à maioridade, decorre da adoção de critério que não possui fundamentação científica sólida, ao revés, e o que se procurará demonstrar neste trabalho, é fruto de decisões de política criminal do legislador penal, despidas, portanto, de rigor científico. Essa afirmação é corroborada pela Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940 após a reforma de 1984<sup>1</sup>, bem como se compararmos as diversas idades adotadas por diferentes países, e até mesmo dentro do território de um único país, como é o caso dos Estados Unidos, por exemplo.

---

<sup>1</sup> Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

Assim, verifica-se a ausência de consenso acerca da adoção da idade cronológica a partir da qual o indivíduo socialmente integrado e que goza de higidez mental pode ser considerado capaz de sofrer a imposição de pena em decorrência de fatos por ele praticados que se amoldam a figuras típicas e antijurídicas, ensejadores do juízo de reprovabilidade penal.

Nesse sentido, o que se pretende neste capítulo é conceituar imputabilidade penal e demonstrar os diferentes sistemas de imputabilidade penal existentes no ordenamento jurídico pátrio, com seus fundamentos, requisitos, desdobramentos e consequências para o autor de um injusto penal, adotando-se para esta análise a teoria finalista do delito, para a qual crime “*latu sensu*” é fato típico, antijurídico e culpável, residindo o exame da conduta, se dolosa ou culposa, no fato típico, e integrando a *culpabilidade* os seguintes elementos, todos normativos: a *imputabilidade*, a *potencial consciência da ilicitude* e a *exigibilidade de conduta diversa, conforme ao Direito*.

## 1.2. Da imputabilidade penal

Antes de adentrarmos a análise dos sistemas de imputabilidade penal vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, cabe tecer algumas considerações, em apertada síntese, acerca do conceito de culpabilidade adotado neste trabalho bem como da evolução desse conceito, na medida em que esta categoria jurídica, que compõe a estrutura sistemática do delito, tem na imputabilidade penal um dos seus elementos.

Iniciando tal análise, com apoio nas lições de Bitencourt verificamos que é recente a sistematização conceitual da culpabilidade, neste sentido, ensina o citado autor que “*Em meados do século XIX, com Adolf Merkel e, especialmente, com Binding, foram lançados os primeiros delineamentos das definições e estruturação contemporâneas da culpabilidade.*”<sup>2</sup>.

Desse modo, no contexto de uma evolução da dogmática jurídico-penal ocorrida no século XIX, o que se chamou de sistema clássico da teoria do delito, ou sistema causal-naturalista, é que a culpabilidade separou-se da antijuridicidade e consolidou-se como categoria jurídica autônoma, pairando ao lado das outras duas categorias sistemáticas do delito: a antijuridicidade e o fato típico.

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 954.

A culpabilidade, com isso, passou a ser entendida como um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, afastando, dessa forma, a responsabilidade penal objetiva, o que representou um avanço à época para a dogmática penal e ao mesmo tempo uma garantia para o autor de um delito ante os possíveis excessos que podiam advir do exercício do poder punitivo do Estado, compreensão esta sintetizada no princípio de que não há pena sem culpabilidade "*nulla poena sine culpa*".

Com efeito, a respeito dessa sistematização da teoria do delito, Bitencourt<sup>3</sup> ensina que dela resultou uma transformação fundamental no estudo dogmático penal, que se difundiu a partir da obra de Von Liszt, defensor da ideia de que através do aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade podia-se aferir o progresso do Direito Penal<sup>4</sup>, para quem a culpabilidade consistia em um vínculo subjetivo que unia o autor da conduta ao fato típico e antijurídico, sob uma concepção puramente psicológica de seu conceito.

Contudo, a despeito dos avanços produzidos nessa época no tocante ao estudo da culpabilidade, não foi verificado um consenso acerca de seu conceito e de sua missão no âmbito da teoria geral do crime, pois um conceito dogmático de culpabilidade requeria uma justificativa clara sobre os motivos e a finalidade da pena, tendo em vista que é através dela (culpabilidade) que se busca a fundamentação da imposição de pena justa por parte do Estado, a quem não é dado o direito de impor pena àquele de quem não se pode exigir um comportamento diverso, conforme ao Direito, seja por não possuir capacidade de entendimento (consciência ou previsão) sobre o caráter ilícito do fato ou de determinar-se (vontade) de acordo com esse entendimento, seja por estar presente no caso concreto uma causa de exculpação, e disso resulta sua relevância para a teoria geral do delito.

Assim, prosseguindo com a análise da culpabilidade, verificamos ainda que na esteira da evolução da dogmática jurídico-penal ocorrida nos meados do século XX, sob os influxos do método neokantista, que enaltece a adoção de valores ético-morais como vetores de interpretação e fundamentação do sistema jurídico, ocorreu a mudança do conceito substancial de culpabilidade, de modo que esta deixou de ser entendida como mero vínculo psicológico que une autor ao fato, e passou a ser vista como juízo de reprovação (ou

---

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 944.

<sup>4</sup> LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, Madrid: Editora Reus, t. 2, p. 390. apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op cit., loc. cit.

valoração) que recai sobre o autor de um injusto penal, comportando em sua estrutura, tanto elementos psicológicos como normativos.

Por seu turno, com os avanços proporcionados pela teoria finalista, verifica-se a reestruturação das categorias sistemáticas do delito, de modo que o dolo e a culpa que antes compunham a estrutura da culpabilidade, dela são extraídos e passam a compor o próprio injusto penal (fato típico), restando àquela, dentro de uma concepção normativa pura, apenas elementos estruturantes de natureza normativa, quais sejam: *imputabilidade* (capacidade de culpabilidade), *exigibilidade de conduta diversa, conforme ao Direito*, e *potencial consciência da ilicitude*.

De outro giro, sob a ótica das teorias funcionalistas, a culpabilidade também é entendida como um instrumento para a prevenção de delitos e sob esse prisma cumpre com a função de proteger bens jurídicos e conferir estabilidade ao sistema jurídico, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas.

Em síntese, várias são as concepções existentes acerca da culpabilidade, cada qual com suas variantes que condicionam o entendimento do seu conceito, mas nenhuma delas olvida do seu principal mister, qual seja, fundamentar e limitar a punição estatal bem como prevenir a prática de delitos, e nesta pesquisa trabalharemos com o conceito segundo o qual culpabilidade é juízo de reprovação que tem na imputabilidade um de seus elementos normativos estruturantes, a qual, por sua vez, diz respeito à capacidade de entendimento (capacidade cognitiva) que possui o autor de um injusto penal sobre o caráter ilícito do fato (o que a ordem jurídica diz que é ilícito) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (capacidade volitiva).

Nesse lanço, o Código Penal de 1940, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, não tratou do conceito de imputabilidade penal de forma direta, mas o fez ao estabelecer dentre as causas de exclusão da culpabilidade, ou dirimentes, aquelas ligadas à inimputabilidade, com isso, podemos extrair o conceito de imputabilidade penal a partir da leitura, *a contrario sensu*, dos artigos 26, *caput*, 27 e 28, § 1º, do CP, que dizem o seguinte:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28. (...) § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sobre o conceito de imputabilidade penal elaborado pela doutrina, destacamos a lição do Professor e Desembargador Guilherme de Souza Nucci, que leciona o seguinte:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade. (NUCCI, 2014, p. 269.).

Em síntese, as causas que excluem a imputabilidade penal no sistema jurídico brasileiro, todas necessariamente previstas em lei, são: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, menoridade e embriaguez completa e involuntária proveniente de caso fortuito ou força maior. Todavia, o foco neste trabalho será a menoridade penal, prevista no art. 27 do estatuto repressor e no art. 228 da CR, sobre a qual nos debruçaremos nos próximos capítulos.

### **1.3. Dos sistemas de aferição da inimputabilidade penal**

Nos tópicos seguintes apresentaremos os diferentes sistemas ou critérios existentes no âmbito do Direito Penal, com base nos quais se presume ou se busca aferir a inimputabilidade dos autores de fatos típicos e ilícitos, com seus requisitos e implicações para o *jus puniendi* do Estado, na medida em que a aplicação de um sistema em detrimento do outro interfere na verificação da imputabilidade do agente e, em última análise, no juízo de reprovação (culpabilidade) que recai sobre o injusto penal e seu autor, podendo resultar na não configuração de crime, na hipótese da menoridade, e nos demais casos na isenção de pena ou na substituição desta por medida de segurança, sempre que ficar demonstrada, no bojo do processo penal, a ausência, ao tempo da ação ou omissão delituosa, das capacidades de entendimento sobre o caráter ilícito do fato ou de autodeterminação do agente.

#### **1.3.1. O sistema biológico**

No sistema ou critério biológico de aferição da inimputabilidade penal, também chamado etiológico ou francês, irá se perquirir se o indivíduo autor de um fato típico e antijurídico (injusto penal) é portador de doença mental ou se possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado para, a partir daí, e uma vez verificada a presença de tais condições,

presumir-se que esse indivíduo não tem condições psíquicas de discernir que a conduta que adotou é contrária ao Direito, seja por não gozar da capacidade de entendimento sobre o caráter ilícito do fato que praticou ou por não possuir comando sobre sua própria vontade, o que o leva a agir compulsivamente, sem autodeterminação.

Assim, para o sistema em análise, pouco importa saber se o comprometimento do psiquismo do indivíduo decorrente de enfermidade mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado efetivamente veio a afetar no momento da prática da conduta sua compreensão acerca da ilicitude do fato, ou sua capacidade de determinar-se de acordo com essa compreensão, para que seja declarado inimputável e, por via de consequência, não sofra o juízo de reprovação que lhe poderia culminar na imposição de uma pena.

Sobre o tema, ensina o Professor Fernando Capez:

A este sistema somente interessa saber se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso positivo, será considerado inimputável, independentemente de qualquer verificação concreta de essa anomalia ter retirado ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação. Há uma presunção legal de que a deficiência ou doença mental impede o sujeito de compreender o crime ou comandar a sua vontade, sendo irrelevante indagar acerca de suas reais e efetivas consequências no momento da ação ou omissão. (CAPEZ, 2012, p. 338.).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema biológico em relação aos sujeitos com idade inferior a 18 anos, conforme se verifica na norma insculpida no texto do artigo 228 da CR, a seguir transcrito: “*Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.*”.

Idêntico dispositivo já havia sido previsto com a reforma do Código Penal, processada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que conferiu nova redação ao art. 27 do estatuto repressor: “*Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*”.

Neste diapasão, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reforçando os comandos normativos que emanam da Constituição Federal de 1988 e de nossa legislação penal fundamental, também estabeleceu em seu art. 104, *caput*, a idade de 18 anos como marco distintivo da maioridade penal, sujeitando os menores às medidas socioeducativas nele previstas: “*Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.*”.

A seu turno, focaremos nossa atenção neste trabalho na análise da possibilidade jurídico-constitucional de adequação do preceito que veicula essa presunção legal (e constitucional) de inimputabilidade penal aos 18 anos de idade, por força da qual, em se tratando de fato tipificado como crime praticado por um adolescente, cuja definição é dada pelo ECA: “*Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.*” (grifamos), pouco importa saber se possuía a compreensão de que estava fazendo algo contrário ao Direito, ou se possuía capacidade de dirigir a sua vontade de modo a não praticar a conduta, para que fique isento de pena e se sujeite às normas estabelecidas no referido Estatuto, ao qual fazem referência a Constituição (art. 228) e o Código Penal (art. 27).

Em remate, por força dessa presunção legal, os fatos ilícitos tipificados como crimes, quando praticados por adolescentes, em razão destes não possuírem capacidade de imputação ou imputabilidade, não podem ser chamados de crimes, tecnicamente falando, porquanto, como se viu, a culpabilidade é um dos elementos indispensáveis na estrutura do delito.

Com efeito, tais fatos recebem a denominação de *atos infracionais*, cujo conceito é dado pelo art. 103 do ECA: “*Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*”, sendo que a tais atos não corresponde, como consequência, a aplicação de uma pena, mas aos seus autores podem ser cominadas, observadas as garantias processuais, as medidas sócio-educativas previstas no Estatuto<sup>5</sup>.

### **1.3.2. O sistema psicológico**

O sistema psicológico, por sua vez, também constitui um critério de aferição da inimputabilidade penal, porém, distingue-se do primeiro (biológico) na medida em que, enquanto naquele se fundamenta a inimputabilidade exclusivamente em sua causa geradora (doença mental ou perturbação da saúde mental), neste deve ser verificada a ausência das capacidades de compreensão acerca da ilicitude do fato (cognitiva) ou de autodeterminação (volitiva), tendo como referência o momento da prática da conduta, sendo despicienda, portanto, a análise das causas geradoras dessas incapacidades.

---

<sup>5</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, 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.

Esse sistema fora adotado pelo Direito Penal brasileiro com o Código Penal de 1890, que vigorou entre nós até a promulgação do Código Penal de 1940, quando então deixou de ser adotado, como se pode inferir da leitura do art. 28 do atual estatuto repressor: “*Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; (...)*”; porquanto, caso o sistema em comento ainda fosse aplicável, o indivíduo que sob a influência de violenta emoção viesse a ceifar uma vida humana após uma discussão banal no trânsito, por exemplo, poderia ter excluída sua imputabilidade penal, ficando, desse modo, isento de pena sob a alegação de que no momento da conduta não possuía capacidade de comandar a própria vontade, sendo irrelevante para tal efeito a sua causa geradora, o que definitivamente não se coaduna com a atual dogmática do nosso Direito Penal.

### **1.3.3. O sistema biopsicológico**

Por fim, encerramos a análise dos sistemas de aferição da inimputabilidade penal, tratando do sistema ou critério biopsicológico, o qual é adotado como regra pelo CP e contempla como requisitos, tanto as causas geradoras da inimputabilidade penal, as quais possuem natureza biológica, e necessariamente devem estar previstas em lei, quanto os efeitos ou consequências psíquicas que eventualmente delas decorrem, somando-se a esses dois requisitos, um terceiro, de natureza temporal, que vai ter no momento da prática da conduta o referencial para a análise dos outros dois.

O sistema biopsicológico ora analisado serve de fundamento para as causas de exclusão da imputabilidade penal previstas na legislação penal, sobretudo no CP, notadamente em seus artigos 26, *caput*, e 28, § 1º. Assim, nos termos do referido *Codex*, aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; ou por embriaguez completa e involuntária (requisitos causais) era, ao tempo da ação ou da omissão (requisito temporal), inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (requisito consequencial), ficará isento de pena, isto é, não sofrerá a imposição de uma pena como medida de caráter retributivo-preventivo diante do injusto penal praticado, mas será submetido à medida de segurança, cujo fundamento de aplicação difere do que é utilizado para a imposição de pena, pois enquanto esta se fundamenta na reprovabilidade da conduta e tem por fim a retribuição-prevenção e também a ressocialização do agente, aquela se fundamenta na periculosidade do agente e volta-se apenas à prevenção de delitos.

Bem assim, além do disposto em nossa legislação penal fundamental, há também na Lei de Drogas<sup>6</sup> (Lei nº 11.343/06) uma dirimente que tem por fundamento o sistema biopsicológico em apreço.

Nessa senda, prosseguindo com a análise desse sistema, cabe destacar as questões processuais que decorrem de sua aplicação, iniciando pela previsão dos art. 149 e 153 do Código de Processo Penal (CPP), que impõem ao juiz, no caso de haver dúvida acerca da integridade mental do acusado, o dever de adotar providências, de ofício ou mediante representação da autoridade policial, na fase do inquérito, ou de requerimento do Ministério Público, do defensor, do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do acusado, no sentido de submetê-lo a exame médico-legal, a fim de verificar se estão presentes, concomitantemente, os requisitos acima mencionados (causal, consequencial e temporal), o que permitirá concluir por sua (in)imputabilidade.

Para tal fim, instaura-se um incidente processual denominado *insanidade mental*, que constitui um processo incidente, de cujo deslinde depende o processo principal, cujo processamento, previsto nos artigos 149 a 152 da norma penal instrumental, ocorre em autos apartados até a apresentação de laudos conclusivos por peritos, que consubstanciam os resultados dos exames da higidez mental do acusado, quando então o incidente será apensado ao processo principal.

Uma vez verificada, no bojo desse incidente processual, a presença dos requisitos contemplados pelo sistema em epígrafe, ou seja, que o acusado não possuía ao tempo da ação ou da omissão capacidade de entendimento ou de autodeterminação em razão das causas previstas no CP (art. 26, *caput*, e art. 28, § 1º), ou na legislação penal especial, deverá o juiz absolver o acusado com fundamento em sua inimputabilidade, causa excludente da culpabilidade, ou dirimente, que isenta de pena o agente da infração.

Todavia, tal hipótese configura o que a doutrina nominou de *absolvição imprópria*, já que ao acusado, neste caso, será imposta pelo juiz uma *medida de segurança* de internação ou

---

<sup>6</sup> Lei nº 11.343/06: Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

tratamento ambulatorial, conforme o caso. Tais medida de segurança constituem, ao lado da pena, espécies do gênero sanção penal, e como já mencionado, tem por fundamento a periculosidade do agente, não se confundindo com a pena, que se funda na reprovabilidade da conduta, conforme se depreende da leitura do art. 97 do CP e parágrafos (grifos nossos):

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Nessa esteira, não sem razão, a Lei nº 11.719, que no ano de 2008 produziu importantes e substanciais mudanças no CPP, ressaltou no inciso II do art. 397 dessa norma instrumental, a hipótese da inimputabilidade dentre as dirimentes ou causas excludentes da culpabilidade que autorizam a absolvição sumária, já que o reconhecimento da inimputabilidade pelo juiz não deixa de acarretar ao acusado um gravame a ser por ele suportado, consistente na imposição de uma medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial.

Com efeito, dispositivo semelhante fora incluído pela Lei nº 11.689, de 2008, ao art. 415 do CPP<sup>7</sup>, ressaltando também a hipótese da inimputabilidade das causas de exclusão da culpabilidade, no âmbito do procedimento do júri, exceto quando se tratar de única tese defensiva.

Com isso, sem esgotar o assunto, encerramos nossa análise das principais características que compõem os sistemas de imputabilidade penal, destacando seus requisitos, ou elementos, suas consequências e implicações para o direito de punir do Estado, com ênfase para o sistema biológico, que, como se pode ver, encontra-se umbilicalmente ligado à maioria penal, fio condutor deste trabalho.

---

<sup>7</sup> Código de Processo Penal, Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: (...) IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

## A ADOÇÃO DA IDADE CRONOLÓGICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

### 2.1. Introdução

O Estado brasileiro, através da Constituição e de suas leis, ressalvadas as hipóteses de doença mental ou perturbação da saúde mental, presume a capacidade do adolescente para a prática de diversos atos da vida civil, deferindo-lhe, em razão disso, o gozo e a fruição de importantes direitos civis e políticos, dentre os quais se sobreleva o direito ao sufrágio, instrumentalizado através do voto, cujo exercício fora facultado aos adolescentes a partir dos seus 16 anos de idade pelo constituinte de 1988, que, nesse tanto, colocou-os em situação jurídica de igualdade em relação aos adultos maiores de 18 anos.

Todavia, não obstante a isso, verifica-se que esse mesmo Estado presume ser o adolescente (sujeito com 18 anos de idade incompletos, de acordo com o ECA) penalmente inimputável, sujeitando-o, em razão disso, às normas da legislação especial, conforme preceituam o art. 228 da CR e o art. 27 do Código Penal, seguidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104), o que afigura-se-nos um disparate dentro do nosso ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, o ilustre constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira filho, citado por Pedro Lenza, faz a seguinte crítica: *“timbra o texto, no art. 228, ao consagrar a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se se lembrar que o direito de votar – a maioria política – pode ser alcançada aos dezesseis anos. (...)”*<sup>1</sup>.

Assim, verifica-se a ausência de unidade e coerência no sistema jurídico brasileiro, que elege a idade como o parâmetro que, a um só tempo, serve para marcar a inimputabilidade penal de forma absoluta, de um lado, e para atribuir capacidade de exercício, ou de fato, necessária à prática de atos jurídica e socialmente relevantes, de outro; e neste capítulo

discorreremos sobre os direitos civis e políticos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, de cuja possibilidade de exercício tem por pressuposto o atingimento de determinada idade por parte dos seus titulares.

Com isso, procuraremos demonstrar que, não obstante à tenra idade, os dispositivos espalhados pelo sistema jurídico pátrio conferem aos adolescentes, ao atingirem determinada idade prevista em lei, a possibilidade jurídica de fruírem importantes direitos de natureza civil e política, de cujo exercício, não se pode olvidar, tem relevância jurídica e social, na medida em que possuem o condão de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas das mais complexas, irradiando seus efeitos sobre terceiros.

## 2.2. Do direito ao voto

A Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata dos direitos políticos, defere aos adolescentes com mais de 16 anos de idade o exercício do sufrágio através do voto nos pleitos eleitorais e em consultas populares, bem como a possibilidade de participar de iniciativa popular de lei.

Tais direitos estão expressamente previstos na alínea “c” do inciso II do § 1º do art. 14 da CR, a seguir transcrito (grifo nosso):

CR, Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: (...)

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Assim, o direito ao voto, que consubstancia uma das formas de participação do sujeito na sociedade politicamente organizada de que faz parte, e também revela seu interesse pelos assuntos de natureza pública, pressupõe sua capacidade eleitoral ativa e lhe confere, desse modo, a condição de cidadão<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 373. apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1321-1322.

<sup>2</sup> A capacidade eleitoral ativa é definida pelo Glossário Eleitoral como o reconhecimento legal da qualidade de eleitor no tocante ao exercício do sufrágio. Assim, eleitor é o cidadão brasileiro, devidamente alistado na forma da lei, no gozo dos seus direitos políticos e apto a exercer a soberania popular, consagrada no artigo 14 da Constituição Federal, por meio do sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e mediante os instrumentos de plebiscito, referendo e iniciativa popular das leis. Notícias do TSE, Brasília-DF:

Cumpra anotar, neste ponto, que o exercício consciente desse direito é de fundamental importância para a vida de uma nação, na medida em que irá produzir e irradiar seus efeitos sobre diversos setores da sociedade e, uma vez manipulado ou mal exercido, poderá acarretar na escolha de candidatos com interesses escusos e inconfessos, quando não ímprobos e indignos de ocuparem cargos eletivos importantes.

Com efeito, o deferimento da capacidade eleitoral ativa aos adolescentes a partir dos 16 anos de idade, condição *sine qua non* para o exercício de direitos políticos de fundamental importância do ponto de vista político e social em um Estado Democrático de Direito, implica no reconhecimento por parte do Estado brasileiro de que os adolescentes, considerados em sua generalidade, ao atingirem a idade em questão, já detêm a maturidade e o discernimento necessários para o exercício do sufrágio nos pleitos eleitorais e em consultas populares, de que são exemplos o plebiscito e o referendo, bem como para a iniciativa popular de leis e para a propositura da *Ação Popular* prevista no art. 5º, LXXIII, de nossa Carta Política<sup>3</sup>.

No sentido da legitimação ativa dos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos para a propositura de ação popular, destacamos o magistério do constitucionalista Alexandre de Moraes: *“somente o cidadão, seja brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos, possuem legitimação constitucional para a propositura da ação popular”*.<sup>4</sup>

De todo o exposto, impende reconhecer, portanto, a relevância política, social e jurídica que a atribuição de capacidade eleitoral ativa aos adolescentes possui para o fortalecimento de nossa democracia, porquanto é notório que o exercício dos direitos políticos possui o condão de influir sobremaneira no processo eleitoral de escolha dos candidatos aos diversos cargos eletivos da República; na formação da vontade geral do povo, através da deflagração do processo legislativo com a iniciativa popular de leis e, bem assim, na tomada de importantes

---

2013. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Marco/glossario-confira-o-que-e-capacidade-eleitoral-ativa-e-passiva>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

<sup>3</sup> CR, Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2005, p. 167. apud CAVALCANTI, Lívio Coêlho. Legitimidade ativa em ação popular. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41447&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

decisões políticas por parte de nossos representantes eleitos, as quais ficam atreladas aos resultados das consultas populares, plebiscito e referendo.

Em remate, cabe destacar também que o direito de voto é regido pelo princípio da igualdade, por força do qual a todo e qualquer voto é atribuído igual valor, independente da idade, do grau de instrução, qualidade ou condição da pessoa que exerce o direito de votar. Sobre o assunto, ensina o Professor Uadi Lammêgo Bulos:

O voto é igual para todos, porque cada cidadão tem a mesma importância política. Tanto é assim que ninguém pode votar duas vezes ou mais em diversas circunscrições eleitorais, praticando o voto múltiplo, plural ou familiar. Nessa matéria, o constituinte de 1988 inspirou-se no princípio norte-americano *one man, one vote* ("um homem, um voto"). Adotou, assim, o voto igualitário, típico reflexo do ditame da isonomia (CF, art. 5º, *caput*). (BULOS, 2014, p. 869).

Nesse sentido, trazemos à baila trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do RE nº 163.727, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, reforçou o caráter igualitário do voto<sup>5</sup>:

O art. 32, § 42, da Lei Complementar nº 59/90, do Estado do Rio de Janeiro, ao exigir a observância do quórum de comparecimento em cada um dos distritos envolvidos num único processo de emancipação, não ofendeu o princípio da igualdade de voto, consagrado no art. 14 da Carta Federal, que nada tem a ver com valor proporcional de cada voto, cuidando, ao revés, de simples aplicação, no campo do direito político, do princípio da igualdade de todos perante a lei, de molde a assegurar que o voto de cada cidadão tenha o mesmo peso político e a mesma influência, qualquer que seja sua idade, suas qualidades, sua instrução e seu papel na sociedade. (STF, RE 163.727, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 20-4-2001).

### 2.3. Da capacidade civil

O Código Civil de 2002, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro do mesmo ano, tratou da personalidade e da capacidade das pessoas naturais dentro do Título I do Livro I de sua Parte Geral, estatuinto em seu artigo 1º o seguinte: *“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”*

Tal declaração decorre do reconhecimento pela ordem jurídica de que toda pessoa, sem exceção, é dotada de personalidade jurídica, que, por sua vez, pode ser definida como qualidade ou atributo inerente a todo ser humano, ou, conforme ensina o ilustre civilista

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20215>> Acesso em: 07 abr. 2015.

Carlos Roberto Gonçalves: “(...) *Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil.*”<sup>6</sup>

Sobre a personalidade jurídica, Haroldo Valladão, citado por Gonçalves, leciona o seguinte:

É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. (GONÇALVES, 2014, p. 206.)

Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acrescentam à noção de personalidade jurídica o seguinte:

Enfim, além de servir como fonte de afirmação da aptidão genérica para titularizar relações jurídicas, a personalidade civil traduz o valor maior do ordenamento jurídico, servindo como órbita ao redor da qual gravitará toda a legislação infraconstitucional. É valor ético, oriundo dos matizes constitucionais, especialmente a *dignidade da pessoa humana*. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 174. grifos dos autores).

Feitas essas breves considerações sobre o conceito de personalidade jurídica, passemos ao exame da capacidade jurídica, que, consoante a lição de Gonçalves: “*É a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa. É, portanto, a medida da personalidade.*”<sup>7</sup>

A par disso, verificamos que os conceitos de uma e de outra se relacionam, sendo a personalidade um valor jurídico reconhecido a todas as pessoas e a capacidade jurídica a projeção desse valor, conforme ensina o citado autor, apoiado em Francisco Amaral: “*Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um quantum. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa.*”<sup>8</sup>

Sobre os conceitos em apreço, insta destacar a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por quão esclarecedora e de grande valia é para a compreensão do assunto:

Em síntese apertada, porém completa: enquanto a personalidade tende ao exercício das relações existenciais, a capacidade diz respeito ao exercício de relações patrimoniais. Exemplificando, ter personalidade é titularizar os direitos da

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Esquematizado v. 1.), p. 206.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>8</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., loc. cit.

personalidade, enquanto ter capacidade é poder concretizar relações obrigacionais, como o crédito e o débito. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 174.)

Nessa ordem de ideias, tratando da capacidade jurídica, verificamos que esta se divide em capacidade de direito, também chamada de capacidade de aquisição ou de gozo, e capacidade de fato, ou de exercício.

### **2.3.1 Da capacidade de direito ou de gozo**

O legislador civil, ao enunciar no citado artigo 1º do CC/2002 que todas as pessoas são capazes de direitos e deveres na ordem civil, esta a referir-se à capacidade de direito ou de gozo, pois apenas esta é reconhecida indistintamente a todas as pessoas, consoante o magistério de Flávio Tartuce:

A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos. (TARTUCE, 2014, p. 75.).

A capacidade de direito, como visto, é uma projeção da personalidade, inerente a todas as pessoas; é dizer: todo ser humano a possui desde o nascimento com vida, independentemente de seu grau de desenvolvimento intelectual e higidez mental, ou de possuir discernimento para a prática dos atos da vida civil, por esse motivo é também chamada por alguns autores de capacidade de aquisição de direitos.

### **2.3.2 Da capacidade de fato ou de exercício**

A capacidade de fato ou de exercício, por sua vez, pressupõe a de direito e consiste na aptidão para praticar, *de per se*, os atos da vida civil, sendo que algumas pessoas dela não dispõem em sua plenitude, embora possuam a capacidade de direito, inerente a todos, sendo, por via de consequência, chamadas de incapazes, o que será mais bem analisado neste capítulo em tópico próprio.

Anote-se que, ao tratar dessa temática, o civilista argentino Ricardo Rabinovich-Berkman, citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, propõe que seria mais

próprio e correto falar em “*capacidade de titularizar direitos e capacidade de exercer direitos.*”<sup>9</sup>.

Por oportuno, embora tenhamos bifurcado a análise da capacidade civil em capacidade de direito e de fato, cumpre anotar que neste trabalho iremos deter nossa análise na capacidade de fato, ou de exercício, pois a de direito ou de gozo, como visto, é reconhecida a todas as pessoas, sem distinção de qualidade, idade ou condição.

Ademais, o foco neste trabalho é demonstrar que o legislador civil valeu-se da idade cronológica como requisito ou condição para conferir às pessoas, de forma abstrata, a aptidão (traduzida em capacidade de fato) para exercer pessoalmente diversos atos jurídicos, de cuja relevância social e jurídica não se pode olvidar. Isso, em derradeira análise, em cotejo com a adoção da idade de 18 anos que marca a maioridade penal, revela a falta de unidade, coerência e harmonia no sistema jurídico brasileiro.

O Código Civil de 2002 tratou da capacidade de fato ou de exercício *a contrario sensu*, dispondo sobre as incapacidades, a fim de conferir especial proteção àqueles que, por motivos de saúde, reduzido grau de desenvolvimento mental e intelectual ou outras deficiências naturais, não dispõem do necessário discernimento à prática dos diversos atos jurídicos da vida civil; o que, a nosso ver, afigura-se necessário e razoável.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz, citada por Carlos Roberto Gonçalves, de forma clara e objetiva ensina que: “*Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.*”<sup>10</sup>.

Acerca dessa proteção deferida pelo legislador civil aos incapazes, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam que esta encontra supedâneo nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito da igualdade ou isonomia:

---

<sup>9</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Civil: parte general*. Bueno Aires: Astrea, 2003, p. 409. apud FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 326.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 140. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., p. 222.

Com isso, importa perceber que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 330.)

Nessa toada, asseveram os autores supracitados: “*Sem dúvida, o respeito ao princípio constitucional da igualdade substancial, reclama tratamento diverso aos cidadãos somente quando estejam em situação de desigualdade.*”<sup>11</sup>.

Dentro desse espírito protecionista, a norma privada dispôs expressamente sobre quem são os absolutamente (art. 3º) e os relativamente incapazes (art. 4º) de exercer pessoalmente os atos da vida civil, *in verbis*:

CC/2002, Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

A seguir, analisaremos quem são os incapazes de exercer pessoalmente uma série de direitos, consubstanciados em atos jurídicos em geral, de acordo com os dispositivos acima transcritos, abordando quais são as causas geradoras das incapacidades, suas formas de suprimento, bem como as consequências da inobservância de tais preceitos.

### **2.3.2.1 Dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil**

Os absolutamente incapazes são aqueles proibidos de exercer por si só os atos da vida civil, eis que desprovidos da capacidade de fato, sendo, portanto, imprescindível para o exercício válido e regular dos atos que sejam de seus interesses, a figura do representante legal, o qual os representará e praticará o ato em nome e no interesse do representado (absolutamente incapaz), consoante previsão do art. 116 do Código Civil: “*A manifestação de*

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 332.

*vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.”.*

Assim, temos que a representação legal é o instituto vocacionado sobretudo a conferir proteção jurídica aos interesses dos absolutamente incapazes, bem como de suprir a incapacidade para o exercício válido e regular dos atos da vida civil em que figurem, sendo, portanto, exigível, uma vez que a inobservância da proibição de praticar determinado ato jurídico por si próprio, que recai sobre uma pessoa absolutamente incapaz, leva à declaração de nulidade do ato, nos termos do art. 166, I, do CC/2002, *in verbis*: “*É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)*”.

Em remate, veremos a seguir quem são os absolutamente incapazes para os atos da vida civil de acordo com o CC/2002:

#### **a) Os menores de dezesseis anos:**

Tópico de relevo singular para o presente estudo, o dispositivo em tela demonstra a escolha do legislador civil da idade cronológica como parâmetro que distingue as pessoas em absolutamente e relativamente incapazes, estabelecendo, dessa forma, em função apenas da idade, os níveis de incapacidade para o exercício dos atos jurídicos em geral.

Houve o tempo em que a menoridade civil era marcada pela puberdade, isto é, os menores púberes eram considerados relativamente incapazes, ao passo que aqueles privados de procriar, chamados impúberes, eram considerados absolutamente incapazes no sistema jurídico então vigente.

Tratava-se, pois, do direito civil pré-codificado (anterior ao Código Civil de 1916), que considerava absolutamente incapazes em razão da condição de impúbere os indivíduos do sexo masculino com menos de 14 anos de idade e as mulheres com menos de 12 anos, consoante se extrai da lição de Gonçalves:

No direito pré-codificado, levava-se em conta a puberdade para distinguir a menoridade. Eram absolutamente incapazes os menores impúberes: o varão de menos de 14 anos e a mulher de menos de 12, porque privados de aptidão para procriar. (GONÇALVES, 2014, p. 224.).

O Código Civil de 1916, rompendo com o critério da puberdade até então adotado para distinguir a menoridade civil, fixou a idade de 16 (dezesesseis) anos como o limite que separa os absolutamente dos relativamente incapazes, aplicando-o a ambos os sexos.

Sobre essa mudança de paradigma, ensina Gonçalves, apoiado em Beviláqua: “(...) *que não se deve ter em vista, nesse caso, a aptidão para procriar, mas o desenvolvimento intelectual e o poder de adaptação às condições da vida social.*”<sup>12</sup>.

Nessa esteira, o atual Código Civil, ao tratar do assunto, não inovou em relação à legislação que o antecedeu quando dispôs sobre a incapacidade civil, mantendo a idade de 16 anos prevista no diploma anterior como o divisor de águas em matéria de incapacidade civil.

Nesse diapasão, mais uma vez destacamos a lição de Gonçalves (grifo nosso):

O Código de 2002 também considera que o ser humano, até atingir os dezesseis anos, não tem discernimento suficiente para dirigir sua vida e seus negócios e, por essa razão, deve ser representado na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores. (GONÇALVES. Op. cit., loc. cit.).

Da lição do autor retrocitado, pode-se concluir, *a contrario sensu*, que a escolha da idade de 16 anos como marco da incapacidade absoluta, implica no reconhecimento por parte do legislador civil de que as pessoas, ao atingirem essa idade, já dispõem de algum discernimento e maturidade necessários, mas não suficientes, para o exercício de alguns atos da vida civil, pois se assim não fosse, aos indivíduos com idade entre 16 e 17 anos não seria deferido, por esse mesmo legislador, o exercício de importantes direitos, de cujo impacto e relevância sociais, frise-se, não se pode olvidar.

Essa escolha a que nos referimos, a nosso ver, a exemplo da escolha do legislador penal, seguida pelo constituinte de 1988 no que toca à maioria penal, fio condutor deste trabalho, também é fruto de opções políticas, que se baseiam em um conhecimento empírico da realidade e, diga-se *en passant*, refletem a ideologia política do governo, na medida em que tal escolha é igualmente carecedora de critérios científicos que a fundamentem, justifiquem e apontem para a necessidade de se proceder ao exame acurado de elementos ligados ao desenvolvimento mental, intelectual e ao psiquismo dos sujeitos nessa faixa etária, para que então se possa afirmar se são ou não incapazes na órbita civil.

---

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 224.

Neste sentido, novamente nos apoiamos nas valiosas lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (grifamos): “A fixação da idade é uma opção legislativa, tanto que o direito argentino estabelece a incapacidade absoluta para os menores de quatorze anos de idade.”<sup>13</sup>

Gonçalves, por sua vez, apoiando-se em Silvio Rodrigues ensina que: “*O novo Código Civil brasileiro, como visto, fixou em 16 anos a idade da maturidade relativa, e em 18 a da maioridade, baseando-se naquilo que habitualmente acontece.*”<sup>14</sup>.

Em síntese, tais inferências permitem concluir, e corroboram nosso entendimento, que o Direito brasileiro, enquanto conjunto ou sistema de normas, resente-se de unidade e coerência, na medida em que utiliza diferentes idades como requisitos, ou condições, para assinalar de maneira abstrata o limite das incapacidades (absoluta ou relativa) na ordem civil e também da inimputabilidade penal.

Por fim, em se tratando de atos jurídicos que envolvam interesses de indivíduos absolutamente incapazes, tem-se que observar a necessária aplicação do instituto da representação legal, sobre o qual já nos debruçamos acima, que no caso das incapacidades relacionadas à idade, incumbe, via de regra, aos pais do menor, consoante se extrai dos dispositivos da Codificação de 2002.

Nesse tocante, insta trazer à baila recentíssima alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.058, publicada em 24 de dezembro de 2014, que procurou estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” bem como dispor sobre sua aplicação, dando ao art. 1.634 do CC/02 a seguinte redação:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (...) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (...).

Nessa toada, temos ainda o art. 1.690 do mesmo *Codex*, que assim dispõe em seu *caput*: “*Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos*

---

<sup>13</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 334.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., loc. cit.

*menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.”.*

**b) Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos:**

O Código Civil de 2002 inovou em relação à Codificação anterior ao dispor sobre aqueles privados do necessário discernimento para os atos da vida civil em razão de doença ou deficiência mental, pois o diploma de 1916, ao se referir a pessoas que se encontravam em tais situações, utilizava a expressão “*loucos de todo gênero*”, designação que recebia duras críticas da doutrina.

O atual diploma, agasalhando conceitos dados pela psicologia moderna, utiliza a expressão genérica constante do dispositivo em apreço para referir-se àqueles que não têm o necessário discernimento (como consequência) para a prática dos diversos atos da vida civil em razão de doença mental, congênita ou adquirida, ou deficiência mental decorrente de distúrbios psíquicos (como causas permanentes geradoras das incapacidades).

**c) Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade:**

Aqui também se verifica a utilização pelo legislador civil de expressão genérica que tem por fim abarcar situações nas quais figure pessoa de condição psíquica normal, mas que se encontre impossibilitada, de fato, de expressar sua própria vontade em razão de causas transitórias que lhe retirem a consciência e/ou discernimento.

A doutrina aponta como exemplos de causas transitórias que acarretam a incapacidade absoluta para a prática dos atos jurídicos e, por via de consequência, levam à declaração de nulidade dos atos eventualmente praticados: o uso eventual e excessivo de álcool ou de outras substâncias entorpecentes ou alucinógenas, a arterioesclerose, a paralisia, o coma, a hipertensão arterial excessiva, a hipnose, entre outras.

A seguir, trataremos dos relativamente incapazes do art. 4º da atual norma privada, com ênfase na incapacidade relativa que decorre da adoção do critério etário.

### 2.3.2.2 Dos relativamente incapazes para os atos da vida civil

A incapacidade relativa prevista na norma privada consiste, em verdade, numa gradação da incapacidade civil, como a própria adjetivação (relativa) está a sugerir, e permite àqueles considerados relativamente incapazes a prática de alguns atos da vida civil, não por si sós, mas desde que assistidos por seus representantes legais que, em regra, são os pais, consoante disposto nos citados artigos 1.634 e 1.690 do CC/02.

Assim, tal como a representação aplicável aos absolutamente incapazes, a assistência é o instituto que também visa proteger o interesse daqueles que não gozam de plena capacidade de fato para o exercício dos atos da vida civil, mas que se encontram em situação intermediária em relação aos absolutamente incapazes do art. 3º do CC/02.

Em síntese, a assistência constitui-se, portanto, nos termos do que dispõe o art. 1.634 da norma privada, em forma de suprimento do consentimento dos relativamente incapazes para o exercício válido dos atos jurídicos que vierem a praticar ou, em outros termos, em forma de suprimento da própria incapacidade relativa, de cuja ausência, *in casu*, enseja a anulabilidade do ato jurídico, por força do disposto no art. 171, inciso I, da norma privada: “*Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; (...)*”.

São considerados relativamente incapazes para o exercício dos atos da vida civil de acordo com o CC/02: *os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.*

Cumprido anotar que para não perdermos o “*fio da meada*”, abordando outras causas geradoras da incapacidade civil relativa que não guardam relação com a menoridade, iremos analisar de maneira mais detida a causa relativa à menoridade, porquanto esta utiliza o mesmo critério (etário ou biológico) de que se valeu o legislador penal, seguido pelo constituinte de 1988, ao dispor sobre a inimputabilidade penal e a correlata maioridade.

Nesse mister, iniciamos a análise do disposto no primeiro inciso do precitado art. 4º da Codificação de 2002, *in verbis*: “*São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (...)*.” (grifei).

Tópico igualmente relevante para a adequada compreensão da proposta deste trabalho, na medida em que utiliza a idade cronológica como fator distintivo da incapacidade relativa e da capacidade civil plena, permite concluir o entendimento já esposado neste trabalho no sentido de que o legislador civil, também aqui, presume serem dotados de discernimento e maturidade e, portanto, capazes para o exercício válido dos atos jurídicos em geral, os indivíduos em função de se encontrarem na faixa etária legalmente estabelecida, ressalvadas as hipóteses de doença, deficiência mental ou outras anomalias psíquicas.

Prosseguindo com nossa análise, observamos que os indivíduos com idade entre 16 e 17 anos se enquadram no conceito de menor púbere do direito pré-codificado, e a eles foi deferido pelo legislador o exercício pessoal de uma série de atos jurídicos (*lato sensu*), mas desde que assistidos por seus representantes legais, que subscreverão os documentos que materializem os atos jurídicos de que forem partes os referidos menores, sob pena de anulabilidade do ato, por força do disposto no precitado art. 171, I, do CC/02.

Observa-se, ainda, que o Código Civil de 1916 considerava relativamente incapazes para os atos da vida civil os indivíduos maiores de 16 e menores de 21 anos, bem como os pródigos e os silvícolas, *in verbis*: “Art. 6º. São incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – Os maiores de 16 e os menores de 21 anos; II – Os pródigos; III – Os silvícolas.”. (grifamos).

Por seu turno, o atual diploma legal manteve a idade de 16 anos como o limite que distingue a incapacidade civil absoluta da relativa, como fora visto quando tratamos dos absolutamente incapazes, porém inovou em relação ao seu antecessor ao estabelecer no dispositivo ora analisado, e também em seu art. 5º, *caput*, que a incapacidade relativa cessa quando o indivíduo completa 18 (dezoito) anos de idade (“A *menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.*”), e não mais aos 21 anos como preconizava a Codificação de 1916.

Essa redução de 21 para 18 anos operada, não sem razão, pelo atual Código Civil, justifica-se ante a notória diferença de maturidade que existe entre os jovens daquela época (1916) em cotejo aos de 2002, ano de publicação do atual Código Civil, dentre outros motivos, em função da evolução da sociedade, fruto de profundas transformações econômicas, sociais e culturais que o mundo experimentou nesta última quadra da história,

devidas, sobretudo, aos avanços tecnológicos que propiciaram um intenso intercâmbio de informações e do conhecimento.

Nesse sentido, mais uma vez nos valem das lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que concluem o seguinte:

Presume a legislação que, aos dezoito anos de idade, a pessoa já tem o discernimento necessário para responder pelos próprios atos, por conta da facilidade de acesso às informações e ao conhecimento no mundo contemporâneo. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 358.).

De outro giro, temos atos jurídicos “*lato sensu*” (a abranger também os negócios jurídicos) previstos no CC/02 e na CF/88, de cuja possibilidade de exercício pelos relativamente incapazes, com idade entre 16 e 17 anos, prescinde da assistência de representante legal.

Nesse diapasão, a fim de ministrar evidências ao leitor deste trabalho do aduzido alhures reconhecimento do legislador civil no sentido de que o jovem situado na faixa etária que vai dos 16 aos 18 anos incompletos já possui discernimento e maturidade necessários e suficientes ao exercício de alguns atos jurídicos que envolvam seus interesses, sejam eles existenciais ou de natureza eminentemente patrimonial, destacaremos os principais dispositivos do CC/02 que permitem concluir pela existência desse reconhecimento, pois, indubitavelmente, refletem o posicionamento do legislador civil.

Assim, aos jovens com mais de dezesseis anos de idade são deferidos os seguintes direitos, todos previstos expressamente na atual norma privada: testemunhar em processo judicial: “Art. 228. Não pode ser admitido como testemunhas: I – **os menores de dezesseis anos;**”; ser mandatário nos termos do art. 666: “**O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, (...).**”; contrair matrimônio: “Art. 1.517. O homem e a mulher **com dezesseis anos podem casar, (...).**”; ser adotante: “Art. 1.619. O adotante há de ser **pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado.**”; ser testador: “Art. 1.860. **Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.**” (grifos nosso).

Outrossim, no parágrafo único do art. 5º do CC/02 há um rol de acontecimentos que encerram a incapacidade relativa dos indivíduos que contam com mais de dezesseis anos e menos de dezoito. Trata-se de hipóteses nas quais ocorrerá a antecipação dos efeitos da maioridade civil (emancipação), culminando, assim, nos termos do dispositivo em tela, na

cessação da incapacidade daqueles que, devido à tenra idade, ainda seriam considerados relativamente incapazes para os atos da vida civil.

Posto isso, passemos à análise das hipóteses de emancipação previstas no CC/02, classificando-as, de acordo com a classificação adotada por Carlos Roberto Gonçalves (p. 247), conforme a causa determinante ou a origem da emancipação nas seguintes espécies:

**I) *Emancipação voluntária*:** é a hipótese de antecipação dos efeitos da maioridade civil concedida por ambos os pais no gozo do poder familiar ou, na falta de um deles, pelo outro, ao menor que contar com mais de dezesseis anos de idade, devendo o instrumento de outorga ser público e consubstanciar-se através de *escritura pública* para que o ato emancipatório seja considerado válido e, para fins de se conferir eficácia ao ato perante terceiros e liberar sua produção de efeitos, deve tal instrumento, ainda, ser levado a registro no Cartório de Registro Civil do domicílio do menor-emancipando, averbando-se essa nova situação jurídica no respectivo assento do seu registro de nascimento.

A emancipação voluntária independe de homologação judicial em não havendo conflito de interesses entre os pais do menor, todavia, havendo divergências entre os genitores, caberá ao juiz dirimi-las e, guiado por seu prudente arbítrio e tendo em vista a salvaguarda dos interesses e dos direitos do menor, entre os quais, sobreleva-se o direito à proteção integral, decidir pela conveniência ou não da emancipação.

Uma vez outorgada a emancipação em função dos interesses do menor, torna-se irrevogável, em qualquer de suas espécies. Sobre essa irrevogabilidade, destacamos a pertinente lição de Gonçalves:

A emancipação, em qualquer de suas formas, é irrevogável. Não podem os pais, que voluntariamente emanciparam o filho, voltar atrás. Irrevogabilidade, entretanto, não se confunde com invalidade do ato (nulidade ou anulabilidade decorrente de coação, p. ex.), que pode ser reconhecida na ação anulatória. (GONÇALVES, 2014. p. 249).

Por fim, cumpre anotar que a emancipação voluntária, e somente esta, não isenta os pais do menor emancipado da responsabilidade civil, e do correlato dever de indenizar, pelos danos causados a terceiros em decorrência de atos ilícitos que o menor venha a praticar, pois, consoante o autor supracitado, aceitar que os pais estejam retirando dos ombros a responsabilidade ali colocada pela lei, ao emancipar voluntariamente os filhos menores, seria admitir emancipações maliciosas.

**II) Emancipação judicial:** é a hipótese de emancipação que ocorre, necessariamente, através de sentença judicial, a qual é proferida em procedimento de jurisdição voluntária e deve se pautar, sobretudo, na proteção dos interesses do menor relativamente incapaz, com mais de dezesseis e menos de dezoito anos de idade; bem assim, deve ainda considerar os níveis de maturidade e discernimento existentes no emancipando para gerir a própria vida e seus bens.

Neste sentido, mais uma vez invocamos a lição de Gonçalves:

Provando o menor que tem capacidade para reger sua pessoa e seus bens, o juiz concederá a emancipação, por sentença, depois de verificar a conveniência do deferimento para o bem do incapaz, formando livremente o seu convencimento sem a obrigação de seguir o critério da legalidade estrita (CPC, art. 1.109). (GONÇALVES, 2014, p. 250.).

Em remate, observa-se que esta hipótese está reservada aos menores que estejam sob a tutela de incapazes. Com efeito, serão chamados a juízo para manifestarem-se a respeito da conveniência do deferimento da emancipação (tendo-se em vista, frise-se, o interesse do menor) o tutor do menor e o representante do Ministério Público, após o que decidirá o juiz pelo seu livre convencimento.

**II) Emancipação legal:** as hipóteses de emancipação legal decorrem de acontecimentos previstos expressamente em lei, motivo pelo qual é chamada de legal. Tais hipóteses encontram-se previstas no Parágrafo Único do art. 5º, incisos II ao V, do CC/02, *in verbis*:

CC/02, Art. 5º, Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: (...) II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; e V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A emancipação legal, portanto, tem lugar nas hipóteses em que o menor incapaz vem a praticar determinados atos tidos como incompatíveis com sua condição de incapaz, dado o impacto que têm na sociedade e na esfera de direitos de terceiros, revelando, dessa forma, um grau de discernimento acima da média em relação aos jovens que se encontram na mesma faixa etária do emancipando.

Sobre esse prisma, trazemos à baila importante lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por quão rica em significado:

É que, em determinadas situações, entende-se que a prática de certos atos, por si só, implica no reconhecimento da plena capacidade, conferindo ao titular um grau de discernimento incompatível com a condição de incapaz. São atos, portanto, que colidem frontalmente com a incapacidade. Estes acontecimentos, que trazem consigo uma presunção implícita de amadurecimento psicológico, obviamente, estão taxativamente previstos em lei, especificamente no Parágrafo Único do art. 5º da Codificação de 2002. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 361.).

Nessa esteira, em apertada síntese, teceremos breves comentários acerca das hipóteses de emancipação legal, naquilo que nos parece mais relevante: a emancipação legal é instituto aplicável aos menores relativamente incapazes com idade entre 16 e 17 anos; quanto à hipótese do casamento, a idade está prevista no já citado art. 1.517 do CC/02 e, ainda que se dissolva o vínculo conjugal, pela viuvez ou divórcio, subsistirá a emancipação, não retornando o menor à condição de incapaz.

O casamento nulo, por sua vez, não faz cessar a menoridade, eis que não possui o condão de produzir nenhum efeito, todavia, em se tratando de casamento nulo ou anulável, mas contraído de boa-fé pelo emancipado, este também não retornará à condição de incapaz uma vez declarada a nulidade, pois estar-se-à diante da hipótese de *casamento putativo*, como é chamado pela doutrina, previsto no art. 1.561 do CC/02, cujo parágrafo 1º diz o seguinte: “*Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.*”.

Em relação às demais hipóteses, destacamos o *exercício de emprego público efetivo*, por se tratar de situação de difícil verificação na prática, porquanto está sedimentada em leis em nosso país a exigência de idade mínima de 18 anos para ingresso, a título efetivo, no funcionalismo público, o que torna, portanto, inócuo e desajustado tal dispositivo diante da redução da maioridade civil de 21 para 18 anos, operada pela Codificação de 2002.

A *colação de grau em curso de ensino superior*, por sua vez, é hipótese factível, embora de difícil verificação, que demonstra o atingimento de maturidade pelo menor, o que justifica seja ele emancipado. Já o *estabelecimento civil ou comercial*, bem assim a *relação de emprego*, para fins de emancipação, devem propiciar ao menor relativamente incapaz economia própria (condições de prover, por si só, a própria subsistência, sem depender de outras pessoas), sem o que não será deferida a antecipação dos efeitos da maioridade.

A seguir, apresentamos o seguinte quadro comparativo com as semelhanças e diferenças entre as causas geradoras da inimputabilidade penal e das incapacidades civis:

<b>QUADRO COMPARATIVO DAS CAUSAS GERADORAS DA INIMPUTABILIDADE PENAL E DAS INCAPACIDADES CIVIS</b>			
<b>INIMPUTABILIDADE</b>	<b>SEMI-IMPUTABILIDADE</b>	<b>INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA (CC/02, art. 3º)</b>	<b>INCAPACIDADE CIVIL RELATIVA (CC/02, art. 4º)</b>
Menoridade (menores de 18 anos) (CP, art. 27)	Não há correspondência	Menoridade (menores de 16 anos)	Menoridade (menores de 18 anos)
Doença Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado. (CP, art. 26, caput)	Perturbação da Saúde Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado. (CP, art. 26, § único)	Enfermidade ou Doença Mental.	Alcoolismo, Dependência Química e Deficiência Mental.
Embriaguez Completa Involuntária. (CP, art. 28, § 1º)	Embriaguez Incompleta Involuntária. (CP, art. 28, § 2º)	Causa impeditiva de exprimir a própria vontade, ainda que transitória.	Desenvolvimento Mental Incompleto e Prodigalidade.

## **NORMAS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDAS NA ADEQUAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL**

### **3.1. Introdução**

Iniciamos este Capítulo fazendo um esboço histórico da evolução e tendência da legislação brasileira que tratou da maioridade penal no Brasil, desde a edição do primogênito Código Criminal do Império, até chegarmos ao final dessa esteira legislativa com o diploma penal em vigor, datado de 1940.

Em seguida analisaremos a natureza jurídica da mais recente norma que versa sobre a maioridade penal no Brasil, a qual se encontra insculpida no texto da Constituição Federal de 1988, a fim de verificar se essa norma consagra ou não um direito fundamental, do que, como se verá, implicará na admissibilidade ou não de alteração desse preceito constitucional que veicula a maioridade penal, para tanto, abordaremos a noção conceitual de direitos fundamentais, com suas principais classificações doutrinárias.

Nessa toada, analisaremos também outras normas de direito constitucional implicadas na eventual redução da maioridade no Brasil, ainda que não expressamente previstas no texto de nossa Constituição, mas decorrentes do regime, dos princípios e valores por ela adotados, os quais se irradiam por todo o sistema jurídico, bem assim, apresentaremos os principais argumentos favoráveis e contrários à redução da maioridade penal, pugnando em defesa daqueles que militam a favor dessa pretensão, todavia, com delineamentos que achamos necessários à luz da razoabilidade, cuja acepção neste trabalho se traduz numa relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

### **3.2. Esboço histórico da legislação brasileira que tratou da maioridade penal**

Desde o seu descobrimento no ano de 1500, e até 1830, vigorou no Brasil o Direito Lusitano, e nesse período vigoraram em Portugal, em apertada síntese, as *Ordenações Afonsinas* (1446-1512), sucedidas pelas *Ordenações Manuelinas*, que vigoraram até o advento do Código de Dom Sebastião no ano de 1569, o qual, por sua vez, teve sua vigência

encerrada no ano de 1603, quanto então foi substituído pelas *Ordenações Filipinas*, legislação que regeu Brasil e Portugal até 1830, ano em que foi publicado o Código Criminal do Império.

Sobre os ordenamentos lusitanos, destacamos o magistério de Cezar Roberto Bitencourt, que leciona o seguinte: “*Os ordenamentos jurídicos referidos não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes na imensa colônia.*”<sup>1</sup>.

A respeito das Ordenações Filipinas, destaca o citado autor:

Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos. (BITENCOURT. Op. cit., loc. cit.).

### 3.2.1. O Código Criminal do Império

A primeira Constituição do Brasil, promulgada após o país ter se proclamado em Estado independente no ano de 1822, vindicava em seu art. 179, XVIII, que fossem elaborados um Código Civil e um Criminal, *in verbis*: “*Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.*”.

Com efeito, o Código Criminal do Império, inspirado no Código Penal Francês de 1810, foi sancionado pelo então Imperador Dom Pedro I, em 16 de dezembro de 1830, em obediência à incipiente ordem constitucional que se instalava no Brasil.

Sobre a novel codificação, Julio Fabbrini Mirabete observa o seguinte (grifei):

Proclamada a Independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse nova legislação penal e, em 16-12-1830, era sancionado o Código Criminal do Império. De índole liberal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela força, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos. (MIRABETE, 2001, p. 23.).

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172-173.

No que concerne à maioria penal, o *Codex* em apreço dispunha em seu art. 10 que não seriam julgados os criminosos menores de 14 anos: “*Tambem não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos.*” (grifei).

Todavia, se restasse provado que os menores de 14 anos que perpetraram crimes possuíam discernimento suficiente para saber o que estavam fazendo, deveriam ser recolhidos a casa de correção por tempo determinado pelo juiz, mas desde que esse recolhimento não excedesse a idade de 17 anos. Era o que estatuiu o art. 13 daquela codificação, *in verbis*, (grifamos): “*Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.*”.

Essa sistemática presente no Código Criminal do Império, de inspiração francesa, consistia no chamado sistema ou teoria do discernimento, que remete à ideia do sistema biopsicológico de aferição da inimputabilidade, e atribuía ao juiz a difícil tarefa, à época, de verificar se os menores de 14 anos que cometiam crimes possuíam, ou não, discernimento; o que culminava, não raras vezes, em injustiças, conforme criticava o ilustre filósofo, poeta, e jurista sergipano Tobias Barreto (grifos do autor):

E', porém, para lastimar que, aproveitando-se da doutrina do art. 60 e seguintes do *Code Pénal*, o nosso legislador tivesse, no art. 13, consagrado a singular *theoria do discernimento*, que pode abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espectáculo doloroso. (BARRETO, 2003, p. 14.).

Nessa toada, cotejando os dispositivos presentes no Código Criminal do Império com o contido no *Code Pénal* Francês, fonte de inspiração do primeiro, asseverava o citado autor o seguinte (grifos do autor):

O *Code Pénal*, é singular e digno de reparo, o *Code Pénal* mesmo, que lhe prestou bons serviços, não foi ouvido nesta parte. O art. 66 desse Código eleva a idade, aquém da qual não existe imputação, a dezeseis annos. Disposição esta muito mais salutar, e cuja importância é apenas atenuada pela subtil distincção estabelecida entre o menor que obrou *sans discernement* e o que obrou *avec discernement*. Mas não seria ao certo o nosso legislador, quem pudesse, por esse lado, justificar-se de haver abandonado o *Code Pénal*. Porquanto o conceito do *discernimento*, de difficilima apreciação, elle o aceitou, ainda que lhe conferindo, com muita infelicidade, um outro valor jurídico. (BARRETO, 2003, p. 16.).

Da crítica de Tobias Barreto, infere-se o seu entendimento no sentido de que a adoção da idade de 14 anos pelo Código Criminal do Império não afigurava-se-lhe o mais justo e adequado à realidade do Brasil no início do século XIX, tendo-se em vista o grau de

desenvolvimento do país à época, porquanto no Código Penal da França pós-revolucionária, berço do Iluminismo, tal idade era elevada aos 16 anos.

Proclamada a República no ano de 1889, foi editado, no ano seguinte, um novo estatuto repressor, denominado Código Penal, ao qual passaremos à análise naquilo que se relaciona à maioria penal, fio condutor deste trabalho.

### 3.2.2. O Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890 foi promulgado em 11 de outubro daquele ano, alguns meses antes da edição da primeira Constituição da República do Brasil, que ocorreu em 24 de fevereiro de 1891. Referido Código foi alvo de ferrenhas críticas em razão de sua má sistematização e de outras falhas que apresentava, sendo, por isso, considerado o pior diploma penal que já existiu.

Neste sentido, Bitencourt: *“Como tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história;”*<sup>2</sup>.

No que toca à maioria, estatuiu o Código Penal de 1890 o seguinte: *“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; (...).”*. Estabelecia, dessa forma, O *Codex* em apreço, uma graduação da imputabilidade penal concernente à menoridade, na medida em que considerava absolutamente imputáveis, a despeito de eventualmente possuírem discernimento, os menores de 9 anos completos, ao passo que, aqueles que se situavam na faixa etária acima dos 9 e abaixo dos 14 anos só seriam considerados imputáveis se ficasse provado que agiram sem discernimento, o que constituía, em certo ponto, a imputabilidade relativa; e uma vez que ficasse provado que agiram com discernimento, seriam tidos como imputáveis.

Com isso, verifica-se a adoção por esse Código, a exemplo do seu antecessor, da criticada teoria do discernimento, que exigia fossem os menores de 14 anos que cometessem crimes submetidos à análise do discernimento, tarefa demasiadamente difícil para os juízes àquela época.

---

<sup>2</sup> Ibidem, p. 175.

Dispunha ainda o Código em seu art. 30 o seguinte: “*Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos.*”.

Nessa esteira, sob os influxos do aprofundamento verificado nos estudos afetos à Criminologia, notadamente os relacionados à gênese do crime e aos mecanismos de controle social do ato criminoso, aliado a motivos de política criminal, começa a surgir uma nova maneira de lidar com a delinquência infanto-juvenil, que tinha como pauta a reeducação dos menores delinquentes, conforme observou Aníbal Bruno<sup>3</sup>.

Com efeito, em 5 de janeiro de 1921, uma lei orçamentária, a de nº 4.242, regulamentada pelo Decreto nº 16.272/23, autoriza o governo a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente. Neste ponto, cabe ressaltar que referida lei pode ser considerada o embrião do sistema de proteção especial a crianças e adolescentes que hoje temos positivado em nosso ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, o Decreto nº 16.272/23 revogou dispositivos do Código Penal de 1890 dirigidos aos menores de 14 anos autores de crimes (maiores de 9 anos), rompendo com a criticada teoria do discernimento e disciplinando em seu art. 24 e seguintes o tratamento, de caráter eminentemente educativo, que deveria a partir de então ser a eles dispensado, do que se destaca a não sujeição a processo penal de espécie alguma, *in verbis*:

Art. 24. 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 cuja guarda viva.

Observa-se que com o referido Decreto houve uma gradação da irresponsabilidade penal, pois os infantes de 9 anos de idade continuavam sendo considerados absolutamente inimputáveis (sequer eram considerados criminosos) e, em situação intermediária, isto é, num degrau acima, havia os menores com mais de 9 anos e menos de 14, os quais não seriam submetidos a processo penal algum caso viessem a praticar crime ou contravenção, mas apenas a tratamento especial se o caso recomendasse, enquanto os sujeitos com mais de 14

---

<sup>3</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, t. 2, p. 543.

anos e menos de 18 seriam submetidos a processo especial, por força do disposto no art. 25 do Decreto:

Art. 25. 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.

A essa regulamentação, sucedeu o Código de Menores, instituído pelo Decreto Legislativo nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926, que consolidou as leis de assistência e proteção aos menores e estabeleceu medidas de guarda, tutela, vigilância, educação e preservação aos menores abandonados e delinquentes.

Dentre as disposições referentes aos menores delinquentes, o Código de Menores manteve a idade de 14 anos como o marco da irresponsabilidade penal, aquém da qual os infantes que cometiam crimes não podiam se submeter a nenhuma espécie de processo penal. Da mesma sorte, o Código em comento proibiu expressamente o recolhimento à prisão comum, do menor com mais de 14 anos e menos de 18 que fosse por qualquer motivo preso.

### **3.2.3. O Código Penal de 1940**

O Código Penal de 1940, promulgado através do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942 e sucedeu a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 14 de dezembro de 1932, estatuto que reunia os vários diplomas legais que, de maneira confusa, modificavam o reprecensível Código Penal de 1890.

O Código Penal de 1940, inspirado no Código Penal da Itália, o chamado *Código Rocco*, e também no Código Penal Suíço, este de índole mais liberal que o primeiro, é fruto do Projeto de Código Criminal de autoria do jurista paulista Alcântara Machado, e foi apresentado durante o Estado Novo, em 1937, sancionado por meio de decreto do Presidente Getúlio Vargas em 1940, passando a vigorar como nossa legislação penal fundamental desde 1942 até os dias atuais, sofrendo, entretanto, importantes alterações, dentre as quais se destacam as processadas por meio da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou as disposições do Código referentes a sanções penais, e em 1984, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho do mesmo ano, que reformou toda a sua Parte Geral.

No que concerne à maioria penal, o Código Penal de 1940, com a reforma processada pela já citada Lei nº 7.209 de 1984, assentou em 18 anos a idade aquém da qual não existe imputação penal, conforme a dicção de seu art. 27: “*Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*”, com isto, verifica-se a opção do legislador penal ordinário pelo sistema biológico de imputabilidade penal.

Ademais disso, a codificação penal em vigor manteve a atenuante genérica prevista no diploma anterior, de 1890, para os sujeitos menores de 21 anos (maiores de 18):

CP/40, Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (...).

Conforme já vimos sustentando ao longo deste trabalho, a escolha do legislador penal baseia-se em motivos de política criminal, e não em investigações, dotadas de rigor técnico-científico, a respeito do grau de desenvolvimento mental e das condições psíquicas (sanidade, maturidade e discernimento) dos jovens delinquentes, consoante se depreende da leitura da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código em comento, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.209, de 1984.<sup>4</sup>

Neste sentido, Bitencourt afirma que “*Razões de política criminal levaram o legislador brasileiro a optar pela presunção absoluta de inimputabilidade do menor de dezoito anos.*”<sup>5</sup>.

Cabe destacar que o Código Penal Militar, introduzido pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, estatuiu a inimputabilidade penal aos 18 anos, a exemplo do Código Penal de 1940, todavia, distanciava-se deste diploma ao estabelecer a ressalva de que se o menor, que já contasse com 16 anos de idade, revelasse desenvolvimento psíquico suficiente para compreender a ilicitude do fato, bem como para determinar-se de acordo com essa compreensão, seria considerado imputável, mas digno de receber uma diminuição de pena, que variava de um terço até a metade; dispositivo que representava a exumação do chamado sistema do discernimento, no que dizia respeito à faixa etária dos 16 aos 18 anos incompletos.

Com a entrada em vigor da Carta Republicana de 1988, esse dispositivo do Código Penal castrense caiu por terra, eis que não foi recepcionado pela nova ordem constitucional

---

<sup>4</sup> Vide nota contida na pág. 15.

que passou a vigorar no país, a qual também assentou em 18 anos a idade que distingue a maioria penal, mas sem fazer qualquer ressalva, consoante previsão do seu art. 228, que passamos a analisar a seguir.

### **3.3. Natureza jurídica da norma insculpida no art. 228 da Constituição Federal**

A maioria penal no Brasil foi alçada à categoria de norma constitucional com a Carta Política de 1988, a qual, seguindo o que fora assentado pelo Código Penal de 1940, introduziu no Capítulo que trata da *Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso*, o seguinte preceito, *in verbis*: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”.

Assim, iniciamos a análise da admissibilidade jurídico-constitucional da redução da maioria penal estabelecendo como ponto de partida uma premissa maior, que consiste na afirmação de que a categoria das normas constitucionais que veiculam direitos e garantias fundamentais integra um núcleo imodificável de normas da Constituição, chamado pela doutrina de *cláusulas pétreas*.

A respeito das cláusulas pétreas, destacamos a lição de Bulos:

As proibições materiais ao poder reformador, portanto, integram o *cerne intangível* da Constituição brasileira, ele é *imodificável, irreformável, inalterável* por quaisquer emendas que pretendam aboli-lo, direta ou indiretamente. É precisamente esse *cerne intangível, imodificável, irreformável, inalterável* que se convencionou chamar de *cláusulas pétreas*. Com efeito, a doutrina convencionou denominar as limitações materiais *cláusulas pétreas*, também chamadas de *garantias de eternidade, cláusulas permanentes, cláusulas absolutas, cláusulas intangíveis, cláusulas irreformáveis, cláusulas imodificáveis* etc. (BULOS, 2014, p. 415. grifos do autor).

Em seguida iremos confrontar essa premissa com a natureza da norma contida no art. 228 da CR, proposição que, no nosso estudo, constitui a premissa menor, a fim de verificarmos a consistência e a validade dos argumentos de que este dispositivo também consagra um direito fundamental, a ser revestido, portanto, do manto da imutabilidade inerente a esses direitos.

---

<sup>5</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. op. cit., p. 1036.

De outro giro, uma vez que a norma constante do texto do art. 228 da CR não seja considerada um direito fundamental, não receberá a marca indelével da imodificabilidade, o que torna possível, do ponto de vista jurídico-constitucional, a alteração do preceito da maioria penal.

Nessa ordem de ideias, cumpre anotar, em linha de princípio, que qualquer alteração relacionada à maioria penal no Brasil deve perpassar, necessariamente, pelo processo de reforma da Constituição Federal, porquanto rege nosso ordenamento jurídico, com todo o seu vigor, o *Princípio da Supremacia da Constituição*, que se traduz em um vínculo de subordinação entre a Constituição e os atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, que a ela (Constituição) devem obediência, desde o momento em que são concebidos e enquanto permanecerem vigentes no sistema jurídico, sob pena de serem declarados inconstitucionais.

Com isso, podemos afirmar que a Constituição é soberana e possui hegemonia dentro do ordenamento jurídico, o qual informa e conforma, irradiando sua pauta de valores sobre os diferentes ramos do direito e sobre as mais diversas atividades humanas e fatos dotados de relevância jurídica.

Neste sentido, mais uma vez nos valem do magistério do ilustre constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos:

É que o ordenamento se compõe de normas jurídicas situadas em planos distintos, formando um escalonamento de diferentes níveis. E, no nível mais elevado do Direito Positivo, está a constituição, que é o parâmetro, a lei fundamental do Estado, a rainha de todas as leis e atos normativos, a *lex legum* (lei das leis).

Consequência disso: sendo a constituição a lei máxima, a lei das leis, o fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem agressões à sua magnitude. Tomemos, como ilustração, a *Lex Mater* de 1988. Em virtude de sua supremacia, subordinam-se a ela os atos materiais exercidos pelos homens e os atos jurídicos que criam direitos e estabelecem deveres. (BULOS, 2014, p. 128.).

Entrelaçado ao Princípio da Supremacia da Constituição, temos o *Princípio da Rigidez Constitucional*, o qual, com o fito de impedir violações à supremacia da Constituição, torna mais dificultosa qualquer alteração de seu texto. Assim, o processo de reforma da Constituição é deveras mais complicado e solene em relação ao processo de modificação das leis comuns.

Com efeito, as espécies desse processo de reforma: *Revisão Constitucional* e *Emenda à Constituição*, previstas, respectivamente, no art. 3º do ADCT e no art. 60 da CF/88,

encontram limitações que não se aplicam ao processo de alteração de outras leis comuns, as quais, a par da ideia de supremacia e hierarquia constitucionais, são chamadas infraconstitucionais.

No que tange às limitações que o poder de reforma encontra, estas podem ser: *temporais* (lapso temporal em que a Constituição não pode ser alterada); *formais*, também chamados *procedimentais* (quanto à iniciativa e deliberação das proposições, número de turnos de votação e quórum de aprovação); *materiais* (matérias imodificáveis) e *circunstanciais* (circunstâncias fáticas ligadas a questões de segurança nacional ou instabilidade institucional, nas quais a Constituição não pode ser alterada), *in verbis*:

CF/88, 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.

Ainda sobre a rigidez constitucional, invocamos novamente o magistério de Bulos, que leciona o seguinte:

As vantagens do princípio da rigidez são indiscutíveis. No plano jurídico-formal, sua incidência proíbe reformas constitucionais inoportunas, assegurando a estabilidade da constituição. E, ao dificultar a realização de revisões e emendas constitucionais, o princípio da rigidez resguarda os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à defesa da ordem jurídica. Nesse particular, cumpre a tarefa de balizar o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, impedindo violações à supremacia dos preceitos constitucionais. (BULOS, 2014, p. 127.).

Desse quadro decorre a seguinte conclusão: para se tornar possível, do ponto de vista jurídico, a adequação da maioria penal ao novo contexto sociocultural que o Brasil apresenta, com a conseqüente alteração do sistema de imputabilidade penal relativa aos

adolescentes, é *conditio sine qua non* a alteração textual do preceito contido no art. 228 da CR, após o que toda a legislação infraconstitucional correlata deve a ele se ajustar.

Ocorre que há importantes vozes que dimanam da doutrina jurídico-constitucional brasileira, dentre as quais se destacam as de René Ariel Dotti e José Afonso da Silva, citados por Pedro Lenza<sup>6</sup>, que ao tratar da questão da maioridade penal, mais especificamente da discussão acerca da possibilidade jurídica de sua redução a partir da alteração textual do art. 228 da CR, posicionam-se no sentido de que tal dispositivo consagra uma garantia humana fundamental, na medida em que fixa uma idade mínima aquém da qual o adolescente é peremptoriamente considerado penalmente imputável, do que decorre a sua não sujeição à legislação penal diante da prática de um fato ilícito tipificado como crime, mas sim à legislação especial, leia-se: Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma que integra um sistema de proteção integral à criança e aos adolescentes.

Com efeito, os que perfilham esse entendimento não admitem a reforma do preceito constitucional que veicula a maioridade penal aos 18 anos de idade, uma vez que o consideram uma garantia fundamental que integra o núcleo imodificável das cláusulas pétreas, estando, assim, sob o manto protetor do art. 60, § 4º, IV, da CR, insuscetível de ser alterado, portanto, pelo poder constituinte derivado reformador, aquele que, como se viu, possui limitações jurídicas de toda ordem (formais ou procedimentais, materiais, temporais e circunstanciais).

Nessa senda, três importantes considerações teóricas relacionadas à validade da premissa de que o texto do art. 228 da CR veicula uma garantia fundamental devem ser realizadas, devido às implicações práticas que dessa afirmação decorrem. A primeira delas diz respeito ao conceito e às características dos direitos e das garantias fundamentais e guarda relação com a segunda, que respeita à classificação da Constituição Federal de 1988 quanto ao seu conteúdo.

A terceira consideração, por sua vez, busca aferir o sentido e o alcance, atribuídos pela doutrina e jurisprudência pátrias, notadamente a dos Tribunais Superiores, da vedação contida no § 4º do art. 60 da CR.

---

<sup>6</sup> LENZA, Pedro. Op. cit., loc. cit.

### 3.4. Conceito e características dos Direitos e das Garantias Fundamentais

Os Direitos e Garantias Fundamentais estão previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, que os dividiu em cinco grupos, a saber: no Capítulo I estão elencados, em rol não exaustivo, vários *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*; no Capítulo II estão arrolados os *Direitos Sociais*; no III os *Direitos de Nacionalidade*; as disposições referentes aos *Direitos Políticos* foram arroladas no Capítulo IV e no derradeiro Capítulo temos a disciplina dos *Partidos Políticos*.

Os direitos fundamentais distinguem-se das garantias quanto ao conteúdo, pois as disposições referentes a esses direitos encerram declarações de existência deles no plano jurídico-legal, enquanto que as garantias possuem conteúdo assecuratório, ou seja, prestam-se a salvaguardar de ameaças ou violações tais direitos, limitando o poder estatal.

Neste diapasão, ensina o Professor Pedro Lenza, com apoio nas lições de Ruy Barbosa: “Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.”<sup>7</sup>

Uadi Lammêgo Bulos, conceituando os direitos fundamentais, ensina que compreendem “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à **soberania popular**, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou **status social**.” (grifos do autor), asseverando que “Sem os direitos fundamentais o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.”<sup>8</sup>

E preleciona ainda o citado autor que tais direitos são conhecidos sob variados rótulos ou expressões, que tentam traduzir toda a substância que esses direitos encerram, tais como *direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas* etc., revelando sua preferência por esta última nomenclatura<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1031.

<sup>8</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 525.

<sup>9</sup> Ibidem, loc. cit.

Quanto às notas características dos direitos e garantias fundamentais, destacamos as principais apontadas pela doutrina<sup>10</sup>:

**a) *Historicidade***: possuem caráter histórico. Segundo Bulos “*não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se, a depender das circunstâncias.*” (BULOS, 2014, p. 533).

**b) *Universalidade***: todos os seres humanos, indistintamente, são destinatários dos direitos e das garantias fundamentais, independente de raça, credo, cor, etnia, sexo, idade, etc.

**c) *Irrenunciabilidade***: ainda que não sejam exercidos, jamais poderão ser renunciados por seus titulares sob qualquer pretexto.

**d) *Inalienabilidade***: decorre do fato de não possuírem conteúdo patrimonial, mas sim existencial, o que impede seus titulares de deles dispor, vendê-los ou de qualquer forma aliená-los.

**e) *Imprescritibilidade***: são imprescritíveis, isto é, não perdem sua exigibilidade pelo decurso do tempo (prescrição) em razão, por exemplo, do seu não exercício por longo lapso temporal, uma vez que possuem conteúdo existencial, personalíssimo.

**f) *Cumulabilidade ou Concorrência***: os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente, como no exemplo dado por Bulos: “*direito de informação e liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV e XXXIII)*”<sup>11</sup>.

**g) *Relatividade ou Limitabilidade***: direitos e garantias fundamentais não são absolutos ou irrestritos, podendo sofrer limitação num dado caso concreto, devendo ser observada, em caso de conflitos envolvendo esses direitos, conforme ensina Pedro Lenza, a regra da *máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos*, conjugada com a *mínima restrição* deles.

No que diz respeito à limitabilidade, ou relatividade, dos direitos e das garantias fundamentais, insta trazer à baila, por oportuno, o entendimento do STF fulcrado no *princípio da convivência harmônica entre as liberdades*, com base no qual decidiu o Pretório Excelso

---

<sup>10</sup> Caracterização feita por David Araujo e Serrano Nunes Júnior, citados por Pedro Lenza (p. 1032-1033) e acompanhados por Uadi Lammêgo Bulos. *passim*.

por ocasião do julgamento do MS 23.452, da lavra do Min. Celso de Mello, julgado em 12-05-2000, no sentido de que nenhuma liberdade pode ser exercida se colocar em risco a ordem pública ou desrespeitar os direitos e garantias fundamentais, que sofrem limitações de ordem ético-jurídica<sup>12</sup>.

Sobre o assunto, Bulos acrescenta o seguinte (grifo nosso):

Inegavelmente, há situações em que um direito ou garantia fundamental é absoluto, devendo ser exercido de maneira irrestrita. É o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Aqui não existe relatividade alguma. O marginal, assaltante, sequestrador, meliante, corrupto ou "monstro" da pior estirpe não pode ser torturado com o uso de expedientes psíquicos ou materiais. Aqui o inciso III do art. 5º da Carta Maior consagra, sim, uma garantia ilimitada e absoluta. Do contrário, fulminar-se-ia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), fomentando-se a cultura do "olho por olho, dente por dente". Mas, no geral, as liberdades públicas, a exemplo daquelas arroladas no art. 5º de nossa Constituição, são relativas. É nesse sentido que devemos compreender a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (BULOS, 2014, p. 534).

Neste mesmo sentido, destacamos interessante precedente oriundo da 6ª Turma do STJ<sup>13</sup>:

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas, depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares da vítima. (STJ, 6ª T., RHC 2.770-0/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole. Ementário de Jurisprudência nº 8, p. 721).

Ressalte-se que o rol dos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* não se esgota no Capítulo I da Carta Magna, leia-se: em seu art. 5º, pois, segundo a jurisprudência firmada no STF<sup>14</sup>, consolidando o entendimento que já predominava na doutrina, há outros direitos desse

<sup>11</sup> BULOS. Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 533.

<sup>12</sup> Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-05-2000). **Informativo do STF nº 163**. Brasília-DF: 20 a 24 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

<sup>13</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>14</sup> O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, § 2º e § 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos parágrafos 1º, 4º e 5º do aludido

grupo espriados pelo texto da Constituição e também decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, por força do que dispõe o § 2º do art. 5º, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Disso resulta a ampliação do alcance da vedação contida no art. 60, § 4º, da CR, que consagra cláusulas pétreas e constitui o limite material ao poder constituinte derivado reformador, argumento que é utilizado com veemência por aqueles que, por considerarem que o art. 228 consagra uma garantia fundamental das pessoas, defendem a impossibilidade jurídico-constitucional de se reduzir a maioria penal.

De outra sorte, há os que sustentam ser o preceito em análise uma regra de política criminal, eis que a Carta Política de 1988 classifica-se, quanto ao seu conteúdo, em formal, o que passaremos a analisar a seguir.

### 3.5. Classificação da Constituição quanto ao seu conteúdo

A classificação da Constituição quanto ao seu conteúdo varia em função do sentido em que é tomado o conceito de Constituição, podendo ser *material* ou *formal*. Assim, serão tomados em sentido material os textos da Constituição que veiculam normas fundamentais e estruturantes do Estado, que disponham sobre forma de Estado e forma de governo, regime político, que versem sobre a organização político-administrativa dos Poderes estatais bem como de seus órgãos, e disponham, ainda, sobre os direitos e as garantias fundamentais.

De outro lado, serão tomadas em sentido formal aquelas normas constitucionais que não tratem das matérias acima elencadas, mas que abarquem outros assuntos de menor relevância

---

artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado.” (RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2-2-2011, Plenário, DJE de 6-5-2011, com repercussão geral.). No mesmo sentido: “Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é de guarda da Constituição. A EC 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o Imposto Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, b, e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição).” (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-1993, Plenário, DJ de 18-3-1994.). **A Constituição e o Supremo.** 4. ed. Brasília-DF: Secretaria de Documentação. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>. Acesso em: 08 abr. 2015.

do ponto de vista constitucional, estranhos às matérias tipicamente constitucionais, levando a Constituição na qual estão inseridas, por conseguinte, a ser classificada em formal.

Assim, serão consideradas formalmente constitucionais, porquanto submetidas ao mesmo processo de formação das normas materialmente constitucionais, aquelas normas que se encontram no texto da Constituição por opção política do poder constituinte originário, juridicamente ilimitado, ou ainda, do poder constituinte derivado reformador, o qual encontra nas normas materiais os limites à sua atividade normativa.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 é classificada como formal, pois possui em sua tessitura normas não fundamentais sob o prisma constitucional. O texto do art. 242, §2º, da CR clarifica esse entendimento: “*O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.*”. Com isso, depreende-se que nem toda norma contida no texto da Constituição revela um direito ou uma garantia fundamentais, a propiciar a proteção que dimana da cláusula pétrea do art. 60, §4º, IV, da CR.

Nessa senda, no que pertine às garantias humanas fundamentais que visam limitar o exercício por parte do Estado do *jus puniendi* e da *persecutio criminis*, verifica-se que todas elas foram arroladas no art. 5º da Constituição, que consagra os direitos e deveres individuais e coletivos<sup>15</sup>, ao passo que o dispositivo que versa sobre a maioria penal encontra-se alocado no Título VIII - *Da Ordem Social*, no Capítulo VII, que trata da *Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso*, não sendo, portanto, considerado uma garantia humana fundamental sob o prisma formal, conforme conclui Nucci:

Em primeiro lugar, não se encontra o dispositivo no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) da Constituição Federal. Insere-se, como vontade do constituinte, no Título VIII (Da ordem social), Capítulo VII (Da família, da criança, do adolescente e do idoso).

---

<sup>15</sup> Dentre as garantias fundamentais do Direito Penal, tomado em sentido amplo, previstas no art. 5º da CR, destacamos as seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...); XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Formalmente, pois, não é direito ou garantia humana fundamental. (NUCCI, 2014b, p. 44-45).

Por seu turno, não obstante o preceito contido no § 2º do supracitado art. 5º revelar não ser o rol deste dispositivo exauriente dos direitos e das garantias fundamentais, na medida em que procurou não excluir outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados por nossa Carta Política, ou dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, compartilhamos do entendimento esposado pelo citado autor, no sentido de que a norma insculpida no art. 228 da CR, que estabelece a maioria penal a partir dos 18 anos de idade, não consagra uma garantia fundamental da pessoa:

(...), poder-se-ia dizer que se trata de direito fundamental deslocado do seu contexto natural (art. 5.º da CF). Para que isso fosse possível, segundo nos parece, deveria ser considerado um direito ou garantia humana fundamental de conteúdo material, vale dizer, universalmente aceito como tal. Assim não nos parece. A idade de responsabilização penal varia no mundo todo, conforme os costumes e necessidades das nações. Cada legislação adota um patamar e nem por isso se pode acoimar de antidemocrática a posição daqueles que preveem a possibilidade de punição, com maior severidade, da pessoa menor de dezoito anos. Em suma, a idade de dezoito anos não pode ter o mesmo *status*, como direito ou garantia humana fundamental, que tantos outros valores, como a vida, a integridade física, a honra, a ampla defesa, o contraditório etc. (NUCCI, 2014b, p. 45).

### **3.6. Interpretação do sentido e do alcance do disposto no art. 60, § 4º, da CF**

Diz o art. 60, § 4º, da CR que não serão objeto de deliberação propostas de *emenda* tendentes a abolir: *a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.*

Desse modo encontram-se delineados os limites materiais ao poder derivado reformador, através das cláusulas pétreas, ou *garantias de eternidade*, como também são chamadas pela doutrina, as quais têm por fundamento garantir a manutenção do Estado politicamente organizado, da forma como foi arquitetado pelo poder constituinte originário e, bem assim, do seu regime político democrático e de seus valores e princípios fundamentais.

Todavia, não obstante haver matérias substancialmente constitucionais que se pretendem eternas em nosso ordenamento jurídico, não podemos desprezar a natureza normativa do Direito, enquanto ciência social aplicada que tem entre suas finalidades a regulação dos fenômenos naturais dotados de relevância jurídica e da vida em sociedade, desde as mais simples atividades humanas, até as mais complexas relações sociais que são travadas em um dado contexto histórico e cultural.

Neste sentido, nos apoiamos na lição do ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso, que ensina o seguinte:

O Direito não é uma ciência da natureza, mas uma ciência social. Mais que isso, é uma ciência normativa. Isso significa que tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a em função de certos valores objetivos. O Direito visa a criar sistemas ideais: não se limita a descrever como um determinado objeto é, mas prescreve como ele deve ser. (BARROSO, 2008, p. 188-189).

A par disso, depreende-se que tolher mudanças normativas necessárias do ponto de vista social, a pretexto de com isso se garantir a manutenção de determinadas estruturas políticas e sociais e a salvaguardar direitos individuais contra eventuais violações que podem advir com tais mudanças, as quais, longe de implicar no aviltamento de direitos e garantias humanas fundamentais consolidadas ao longo da história, prestam-se, antes, a adequar a determinado contexto histórico e cultural os ideais de justiça e equidade, pode representar, muitas vezes, o esvaziamento da função normativa do Direito, uma vez que a vedação ou o limite invocados contra a alteração pretendida se encontre escorada apenas em argumentos que tenham como pano de fundo questões afetas à política do governo, os quais refletem sua ideologia e desprezam a análise jurídica dos valores e princípios basilares do Direito enquanto ciência normativa.

Nessa linha, Ronald Dworkin, em sua obra intitulada *“Uma questão de princípio”*, ensina que (grifo nosso):

Quando questões políticas vão ao tribunal – como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem uma decisão que seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios. Devem ser decididas pormenorizadamente, na sua plena complexidade social, mas a decisão deve ser fundamentada como a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa. A análise jurídica, nesse sentido amplo, é mais concreta que a filosofia política clássica, mais embasada em princípios que a prática política. Ela proporciona o campo apropriado para a filosofia do governo. (DWORKIN, 2005, introdução).

Com efeito, entendemos ser indefensável à luz dos ditames da ordem constitucional vigente e da ciência do Direito, notadamente de suas projeções de justiça e equidade, o argumento, de viés jurídico, utilizado por aqueles que são contrários à alteração do preceito da maioria penal, de que o art. 228 da CR consagra uma cláusula pétrea, insuscetível, portanto, de ser alterado pelo poder constituinte reformador.

Esse entendimento vai ao encontro do exposto por Miguel Reale Jr., por ocasião de sua participação em audiência pública realizada no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e

Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados no ano de 1999, na qual se discutiu a admissibilidade de redução da maioria penal através da PEC 171/93<sup>16</sup>:

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 inimizabilidade. Ou seja, não há nada que justifique que se deva considerar como imutável, como fundamental, além da estrutura do Estado Democrático, porque 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., 2015, p. 5).

Nesse mesmo sentido, instado pela CCJC a dar seu parecer sobre o tema, o constitucionalista, e hoje ministro do STF, Luís Roberto Barroso, em nota emitida no ano de 2009, assim se posicionou:

(...) 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. (BARROSO, 2015, p. 6).

Ademais disso, temos que o disposto no § 4º do art. 60, em apreço, encerra uma vedação que tem por objeto propostas de emendas à Constituição tendentes a *abolir* aquilo que está enumerado nos seus incisos. Ocorre que, realizando-se um exercício de hermenêutica, sem despender muito esforço, temos que o vocábulo *adequar* ou *ajustar* não possuem em suas molduras semânticas o significado *abolir*, pois, de acordo com o dicionário Michaelis<sup>17</sup>, abolir significa: anular; suprimir; revogar; ab-rogar; afastar; por fora de uso; suprimir.

Corroborando esse entendimento, temos um *leading case* que serviu de paradigma para diversas decisões do STF, trata-se do MS 20.257-DF, julgado em 08/10/1980, impetrado

---

<sup>16</sup> Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93. Parecer vencedor emitido em 31-03-2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

<sup>17</sup> Michaelis. Dicionário de Português Online: Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=abolir>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

contra ato da Mesa do Congresso Nacional que admitiu a deliberação de proposta de emenda à Constituição que a impetração alegava ser tendente a abolir a República, cujo trecho da decisão do Tribunal Pleno transcrevemos a seguir:

Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. (STF, MS 20.257-DF, Rel. Min. Décio Miranda, DJ de 27-02-1981, p. 1.304, Ementário. v. 1201-02, p. 312.).

### **3.7. Documentos internacionais que dispõem sobre garantias penais fundamentais**

Neste tópico abordaremos alguns documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, naquilo que se relacionam com a imputabilidade penal concernente à maioria, visto que tais diplomas internacionais, com a reforma introduzida pela EC nº 45, de 2004, podem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional, conforme se poder extrair da dicção do § 3º do art. 5º da CR, *in verbis*: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*”.

Neste ponto, cabe esclarecer que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, e somente estes, ainda que não sejam equivalentes às emendas constitucionais, nos casos em que não são submetidos a idêntico processo de formação daquelas, possuem *status normativo supralegal*, isto é, situam-se num plano hierárquico normativo acima das leis ordinárias (e abaixo da Constituição).

A tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos é fruto de criação jurisprudencial realizada pelo STF, e foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, do RE 466.343-SP<sup>18</sup>, em 03-12-2008, no bojo do qual se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos contratos de

---

<sup>18</sup> EMENTA: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF, RE 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 05-06-2009, p. 37 e 38, Ementário nº 2362-6, p. 1106).

alienação fiduciária em garantia, prevista no art. 5º, LVII, *in fine*, da CR, em face do disposto no art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)<sup>19</sup>.

Anote-se que da decisão dada pelo Tribunal Pleno do STF no julgamento do RE 466.343-SP, no qual prevaleceu a tese do *status supralegal* do Pacto de San José da Costa Rica, que o situou num plano hierárquico normativo acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, as normas estritamente legais, disciplinadoras da prisão civil do depositário infiel<sup>20</sup>, tiveram sua eficácia paralisada e, com isso, tornaram-se inaplicáveis, e resultou também na edição da Súmula vinculante nº 25, cujo verbete diz o seguinte: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

Prosseguindo em nossa análise, cumpre destacar que até o presente momento apenas a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York em 30 de março de 2007, e promulgados através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, equivale à emenda constitucional, nada dispondo acerca do objeto desta pesquisa, situando-se os demais diplomas internacionais em outros níveis hierárquicos, a depender da matéria que veiculam.

Feitas essas considerações, passemos, pois, à análise dos principais diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro que, em alguma medida, dispõem sobre a maioria penal.

### **3.7.1. Da Convenção Americana de Direitos Humanos**

A *Convenção Americana de Direitos Humanos*, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário, foi aprovada através do Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro do mesmo ano.

---

<sup>19</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Art. 7º - Direito à liberdade pessoal. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

<sup>20</sup> Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406/2002. Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

O Pacto de San José, no que diz respeito aos menores, estipula em seu art. 4º, que trata do direito à vida, que não se deve impor pena de morte aos menores de 18 anos, admitindo, portanto, a imposição de outras espécies de pena: “Art. 4º, § 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.” (grifei).

Referido diploma internacional, no que diz respeito à redução da maioridade penal, não apenas silencia, mas deixa aberta essa possibilidade aos países que lhe são signatários, conforme se depreende da leitura de seu art. 5º, § 5, *in verbis*: “Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.” (grifei).

### **3.7.2. Do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**

O *Estatuto de Roma*, que criou o Tribunal Penal Internacional, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112, de 06 de junho de 2002, e promulgado através do Decreto presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do disposto no art. 5º, § 4º, da CR: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo referido instrumento e tem por fim, nos termos do seu artigo 1º, o julgamento de pessoas responsáveis por crimes de maior gravidade com alcance internacional, sendo a sua jurisdição complementar em relação à dos seus Estados Partes. Nos termos do art. 5º do seu Estatuto, são considerados crimes graves os de genocídio; contra a humanidade; de guerra e de agressão.

Também não se verifica no Estatuto em comento nenhum dispositivo que impossibilite a redução da maioridade penal para um patamar abaixo do que nele está fixado para ter afastada sua jurisdição<sup>21</sup>, ou que consagre a maioridade penal como uma garantia humana fundamental, insuscetível de ser alterada.

---

<sup>21</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Artigo 26. Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos. O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

### 3.7.3. Convenção sobre os Direitos da Criança

Em derradeira análise, temos a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro do mesmo ano, que estatui em seu art. 1º que é considerado criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, ressalvando, nesse mesmo dispositivo, a legislação interna dos Estados Partes na Convenção que estabelece a maioria antes de se alcançar os 18 anos: “*Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes*”.

Da leitura do art. 37 da Convenção, observa-se que referido diploma internacional se restringe apenas a impedir a imposição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes às crianças<sup>22</sup>, nada dispondo acerca da impossibilidade de imposição de outras espécies de penas, tais como as privativas da liberdade ou restritivas de direito, bem assim, não veda eventual redução da maioria penal, deixando ao alvedrio de cada Estado Parte a escolha da idade aquém da qual a pessoa é considerada criança, como verte da análise do art. 1º supra.

---

<sup>22</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança. Artigo 37 - Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade.

## CONCLUSÃO

Visando ao objetivo desta pesquisa, que consiste em demonstrar a possibilidade jurídico-constitucional de adequação do preceito contido no art. 228 da Constituição da República ao atual contexto sociocultural no qual o Brasil se encontra inserido, no capítulo primeiro deste trabalho, a fim de situar o tema concernente à maioria penal dentro do estudo do Direito, notadamente do Direito Penal, foi realizada uma abordagem do instituto da imputabilidade penal, dos seus diferentes sistemas ou critérios de aferição, com seus requisitos, elementos e implicações para o exame da culpabilidade, um dos elementos do crime, que tem por fim fundamentar e limitar a punição estatal, isto é, o exercício do *jus puniendi*, bem como prevenir o cometimento de delitos.

Por seu turno, no capítulo seguinte foi feita uma explanação acerca dos direitos civis e políticos de cujo gozo o ordenamento jurídico brasileiro defere aos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos incompletos, considerados relativamente incapazes na órbita civil, dentre os quais destacamos: o direito ao sufrágio através do exercício do voto; ser admitido como testemunha em processos judiciais; ser mandatário; adotante; testador e, bem assim, contrair matrimônio; o que implica no reconhecimento por parte do Estado de que tais jovens possuem discernimento e maturidade, suficientes o bastante, a ensejar o exercício de *per se* de tais direitos e, nessa ordem de ideias, também fundamenta a redução da maioria penal dos 18 para os 16 anos, na medida em que dotará o Direito brasileiro, enquanto sistema ou conjunto de normas jurídicas, de maior unidade e harmonia entre os diferentes ramos que o compõe.

No terceiro capítulo, as questões jurídicas de envergadura constitucional que a proposta de redução da maioria penal desafia foram enfrentadas, e verificado que o principal argumento jurídico contrário à pretendida redução baseia-se na consideração de que a inimputabilidade penal revela uma garantia humana fundamental, insuscetível de ser alterada, portanto, pelo poder constituinte derivado reformador, por força do disposto no art. 60, § 4º, IV, da CR.

E, no sentido da admissibilidade de redução da maioria penal, foi demonstrada que tal argumento não possui fundamentos dogmáticos consistentes em face da missão da ciência do Direito de normatizar as relações sociais através da adequação de seus textos legais aos novos contextos históricos e culturais que vão surgindo, porquanto o Direito erigiu-se ao

longo da história como ciência social aplicada que tem por finalidade regular a vida em sociedade, retirando das relações sociais, políticas, econômicas e culturais, os substratos fáticos que lhe servem de embasamento teórico em sua atividade normativa, bem assim, enquanto ciência do dever-ser, também se presta a conformar as atividades e os comportamentos humanos, a fim de ajustá-los aos princípios e valores objetivos em que se funda o Estado de Direito.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, considerar que o art. 228 da CR consagra uma cláusula pétrea, e em razão disso tolher toda e qualquer mudança do preceito nele contido, significa, de um lado, alargar o sentido e o alcance do vocábulo *abolir* contido no § 4º do art. 60 da Carta Política de 1988, de ordem a abranger, e com isso impedir, adequações ou ajustes necessários da maioria penal aos novos contextos socioculturais do país; de outro giro, representa também a negação da força normativa da Constituição, a qual não foi elaborada apenas para uma geração, mas sim para gerações.

Nesse diapasão, a redução da maioria penal dos 18 para os 16 anos encontra razão, a nosso ver, considerando-se os adolescentes de hoje, comparativamente aos de 1940, ano em que a idade de 18 anos passou a constar no texto do Código Penal em vigor como marco da *irresponsabilidade penal*, termo que com a reforma produzida pela Lei nº 7.209, do ano de 1984, foi substituído e atualizado pelo termo *inimputabilidade penal*; tendo-se em vista o atual estágio em que se encontra a sociedade contemporânea, impulsionada pelos avanços advindos com a revolução tecnológica que o mundo experimentou nesta última quadra da história, marcada pela rápida difusão das ideias, do conhecimento e da informação e; bem assim, com os avanços havidos no campo dos direitos e das liberdades fundamentais, que propiciaram o incremento de melhores condições de desenvolvimento intelectual, moral e social dos adolescentes, na medida em que valores como a liberdade e a igualdade foram se consagrando.

Por fim, uma vez admitida a possibilidade jurídico-constitucional de redução da maioria penal dos 18 para os 16 anos, com arrimo nos argumentos acima delineados, afigura-se razoável que a sujeição dos adolescentes situados na faixa etária que vai dos 16 aos 18 anos à legislação penal deva ocorrer de forma mitigada, fazendo-se incidir a atenuação de pena prevista no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, dada a condição de pessoa em desenvolvimento que os adolescentes ostentam, o que atenderia aos ditames da razoabilidade

e da proporcionalidade, tomados como a relação de equivalência que deve existir entre a medida adotada (redução da idade) e o critério que a dimensiona (evolução dos jovens ao longo dos tempos) e consistiria no estabelecimento de uma graduação da imputabilidade penal, a exemplo da que existe em relação à capacidade civil, isto é, até os 16 anos de idade incompletos o sujeito continuaria sendo considerado absolutamente inimputável, ao passo que a partir dos 16 anos, e antes de atingir os 18, enquadrar-se-ia numa situação de “*inimputabilidade relativa*”, o que, com efeito, ensejaria fosse a ele aplicada a referida atenuação de pena caso condenado ao final do processo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARAÚJO REIS, Alexandre Cebrian, RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. **Direito Processual Penal Esquemático**. Coordenador Pedro Lenza, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal v. 2). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/100931>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93. Parecer vencedor emitido em 31-03-2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoLegislacaoAnotada>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 1. t. 2.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral: (arts. 1º a 120)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção esquematizado v. 1.)

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

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**, Madrid: Editora Reus, 1927 e 1929. t. 2

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP**. 17. ed. rev. e atual. até outubro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho Civil: parte general**. Bueno Aires: Astrea, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. único.

## GLOSSÁRIO

Caput – cabeça

Carta Federal, Carta Magna, Política ou Republicana – Constituição da República Federativa do Brasil

Codex – código

Code Pénal – Código Penal Francês de 1810

Contrario sensu – em sentido contrário

Conditio sine qua non – condição sem a qual não

De per si – por si só; pessoalmente; individualmente

En passan – de passagem

Estatuto repressor – Código Penal

In casu – na espécie; no caso

In fine – na parte final; no fim

In verbis – nestes termos ou nestas palavras

Jus puniendi – direito de punir do Estado

Leading case – precedente ou caso que serve para firmar jurisprudência

Lato sensu – em sentido amplo

Lex Mater – Lei Mãe ou Lei Maior, Constituição Federal

Nulla poena sine culpa – não há pena sem culpabilidade

Norma privada – Código Civil

Persecutio criminis – persecução penal ou criminal

Prima facie – à primeira vista