

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES NORMATIVOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Gabriel Saad Travassos do Carmo¹

RESUMO: O artigo busca analisar os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário e pelos tratados internacionais de direitos humanos sobre qualquer medida legislativa que tenha por objetivo a redução da maioria penal e a sujeição de adolescentes ao sistema processual penal e ao sistema de execução penal adulto. Para isso, em uma análise preliminar, examinar-se-á a legislação atual pátria no que tange aos atos infracionais. A seguir, serão delineadas a normativa internacional sobre a matéria, a jurisprudência das Cortes Internacionais e a responsabilidade assumida pelo Estado brasileiro. Ao fim, destacará os mecanismos de controle dos desvios democráticos aptos a evitar a sobreposição dos direitos das minorias.

PALAVRAS CHAVE: Maioridade Penal. ECA. Constituição. Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Filtros democráticos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve análise sociológica: sob o véu da demagogia da punição. 3. O ECA e a proteção constitucional conferida aos adolescentes em conflito com a lei. 4. A responsabilidade internacional do Estado Brasileiro. 5. Conclusão crítica e propositiva. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo, com base na historicidade, progressividade e universalidade dos direitos humanos, a demonstração de barreiras normativas à tentativa de alteração do artigo 228 da Constituição Federal brasileira, por meio de projeto de emenda constitucional, reduzindo a idade para ingresso no sistema penal, sujeitando adolescentes às normas atinentes ao Direito Penal.

¹ Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

O foco da dialética são os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em relação à doutrina de proteção integral da criança e do adolescente. Nessa seara, é importante confrontar a tentativa de redução da maioria penal com a barreira imposta pelo Poder Constituinte Originário e pelos Tratados de Direitos Humanos sobre a matéria.

Em breves linhas, a partir de uma abordagem sociológica e jurídica, também são apontados os principais argumentos de desconstrução do falacioso discurso punitivista.

Nesse sentido, diversos são os argumentos que rechaçam a redução da idade de imputabilidade, seja do ponto de vista sociológico (em que a violência estatal é reprodutora e não contendora de violência); do ponto de vista psicológico (já que o adolescente não se desenvolveu na exata proporção dos adultos); do ponto de vista político (o encarceramento de jovens abarrotará os nossos presídios, que já não comportam a atual quantidade de presos); do ponto de vista ontológico (o sistema penal adulto tem um índice de reincidência bastante superior ao sistema socioeducativo juvenil).

Todavia, prioriza-se no presente artigo um enfoque jurídico, construído a partir das normas internacionais sobre a matéria que, assim como em outros direitos fundamentais, exercem força cogente em nosso ordenamento.

Desse modo, a problemática desenvolvida ao longo do texto analisará se, na perspectiva constitucional e internacional dos direitos humanos, é (im)possível a redução da idade mínima para a imputabilidade penal. A fim de lograr os objetivos da pesquisa, utilizou-se como metodologia básica a pesquisa de doutrina e jurisprudência – tanto nacional quanto das cortes internacionais - sobre o tema.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, percorre-se uma análise do contexto social de produção dos sentimentos de medo e necessidade de vingança. O papel dos meios de comunicação e sua ação discursiva no sentido de irracionalizar a massa populacional atomizada.

Já no segundo capítulo do desenvolvimento, será exposto qual é o tratamento conferido atualmente pela lei e pela Constituição em relação aos atos infracionais praticados por adolescentes. O capítulo procura *a)* desconstruir o discurso do senso comum de que não há punição aos infantes autores de atos infracionais e *b)* analisar o *status* constitucional atribuído ao limite etário de responsabilização penal disposto no artigo 228 da CRFB.

O terceiro capítulo do desenvolvimento colaciona pormenorizadamente os tratados internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que dão respaldo jurídico na ordem internacional à defesa da inimputabilidade dos menores de dezoito anos.

Ao fim do texto, busca-se, a partir das barreiras normativas já desenvolvidas, entender o funcionamento dos mecanismos jurídicos de controle dos desvios democráticos. A limitação do Poder Constituinte Derivado encontra eco na doutrina e jurisprudência contemporâneas, da mesma maneira, a necessidade de um filtro paradigmático internacional tem o respaldo das recentes mudanças legislativas e do papel de controle difuso da convencionalidade das normas.

Sem a pretensão de encerrar o debate, estabelece-se uma conclusão crítica acerca da proposta legislativa de redução da maioria penal, de modo a buscar contribuir para a discussão doutrinária e social do atual momento democrático.

2 BREVE ANÁLISE SOCIOLÓGICA: SOB O VÉU DA DEMAGOGIA DA PUNIÇÃO

De início, cumpre destacar o contexto social e político que circunda a proposta de redução da maioria penal. Por isso, no presente capítulo procura-se delinear os mecanismos e as agências responsáveis pela construção do medo social, principal vetor estimulante da proposta legislativa punitiva.

É certo que a definição de adolescente não será alterada pela norma penal incriminadora, haja vista que se trata de um conceito biológico, e, portanto, inalterável por meras disposições normativas. Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define a adolescência como o período que compreende dos dez aos dezenove anos do ser humano (WHO, 2016).

De fato, então, o que se busca com a presente proposta é permitir que o Estado se aproprie de sua máquina punitiva para captar jovens desviados para o sistema prisional.

Diferentes argumentos podem ser levantados pela inconstitucionalidade, inconveniência, ineficácia e danosidade dessa medida, mas a sociedade parece imersa em uma cortina de fumaça, na qual só se consegue enxergar por uma perspectiva vingativa a solução para o problema.

Ressalte-se que o problema que se busca combater não é de ordem social. Os próprios defensores da redução reconhecem que ela não é solução para o problema da violência, haja vista que representará o encarceramento em massa dos jovens, permitindo-lhes um contato ainda mais cedo com a violência e a criminalidade reproduzida no ambiente carcerário.

A discussão gira em torno do falacioso discurso da impunidade. Perfaz a necessidade de vingança pelo mal cometido, sem qualquer preocupação com a inserção desse adolescente ao corpo social e a prevenção de novos atos infracionais.

Renasce a lei de talião, adotada no Código de Hamurabi, e a punição, como menciona José Henrique Pierangeli, tem a razão pura e simples de retribuir o mal causado (PIERANGELI, 1992, p. 06).

Estelionatários dos sentimentos de dor e angústia - que naturalmente recaem sobre as vítimas - a mídia espetaculariza-os e se apropria dessa dor para vender jornais. Os jornais reproduzem e disseminam o discurso do medo, incutindo cotidianamente a ideia de que precisamos nos proteger do “inimigo” que ameaça as nossas vidas, nosso patrimônio, nossa paz.

Como bem observa Malaguti, “o senso comum criminológico punitivo inculcado pela grande mídia produziu uma ferocidade crescente na mentalidade dos jurados brasileiros” (MALAGUTI, 2016).

Digna de nota ainda a análise de Jean Baudrillard sobre a reação das massas a esse específico tipo de difusão da informação. O autor aponta que:

À fissão das estruturas simbólicas pelo social e sua violência racional sucede hoje a fissão do próprio social pela violência “irracional” dos meios de comunicação e de informação – o resultado final sendo exatamente a massa atomizada, nuclearizada, molecularizada -, resultado de dois séculos de socialização acelerada e que aí chega inapelavelmente ao fim (BAUDRILLARD, 2004, p.26).

As agências políticas aproveitam-se desse discurso, e encontram nele a artimanha para encobrir a ineficácia e o fracasso do Estado com o desenvolvimento de políticas públicas indispensáveis a qualquer ordem que se propõe democrática. A incompetência em realizar o **mínimo existencial** é maliciosamente velada pela demagogia do aumento de penas e maior punição.

Nesse contexto, a defesa da estabilidade democrática enfrenta a resistência e a antipatia dos meios de comunicação de massa e do senso comum criminológico. Defender os direitos humanos torna-se um desafio diário para os integrantes do sistema de justiça.

A superficialidade dos discursos é coetânea à barbárie, por isso, a progressividade e a luta histórica pelos direitos humanos deve impulsionar o aprofundamento dialético.

3 O ECA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONFERIDA AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Diante do contexto social e político atual, não se deve olvidar que o poder jurisdicional deve servir como barreira infranqueável dos direitos humanos. Neste capítulo, desdobrar-se-ão as normas internas que impedem um retrocesso social em matéria de direitos humanos, afetando diretamente o cerne da discussão sobre a redução da maioridade penal.

Em uma vertente, o capítulo desconstrói premissas equivocadas sobre a resposta do Estado diante de atos infracionais praticados por adolescentes, como, por exemplo, a falácia de que inexistente punição ou de que a punição existente é demasiadamente branda. Por vezes, a punição ao adolescente chega a ser mais gravosa do que a punição ao adulto, conforme será demonstrado ao longo do capítulo.

Por outra vertente, o capítulo desenvolve a proteção constitucional conferida à idade de inimputabilidade, considerada por renomados autores **cláusula pétrea** de nossa Constituição Federal, integrante do bloco de constitucionalidade.

A proteção constitucional conferida à idade de inimputabilidade é considerada por renomados autores **cláusula pétrea** de nossa Constituição Federal. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini destacam que “a inimputabilidade do menor de dezoito anos foi constitucionalizada (CF, art. 228). Há discussão sobre tratar-se (ou não) de cláusula pétrea (...). Pensamos positivamente, tendo em vista o disposto no art. 5º, §2º, da CF, c/c arts.60, §4º e 228” (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 07).

Entretanto, sem embargo de não recair sobre o menor de dezoito anos o juízo de culpabilidade, não se pode dizer que os adolescentes entre 12 e 18 anos não são responsabilizados por seus atos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz um extenso rol de medidas socioeducativas a serem aplicadas aos adolescentes autores de atos infracionais. Nesse viés, os atos infracionais são as condutas descritas como crime ou contravenção, levadas a efeito pelos adolescentes (art.103, ECA).

Assim, diante da prática de um fato típico e ilícito, sujeita-se o indivíduo até 18 anos incompletos ao cumprimento de medidas restritivas de direitos, incluindo a restrição de liberdade.

Destaca-se, entre as medidas socioeducativas, a internação (art.112, VI, ECA), aplicada na hipótese de ato infracional cometido com grave ameaça ou violência à pessoa, reiteração no cometimento de infrações graves, ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

A internação constitui medida privativa de liberdade – tal qual a reclusão, no direito penal adulto – e pode durar pelo período máximo de 03 (três) anos (art.121 §3º, ECA).

Note-se, por exemplo, que o adulto condenado por homicídio, em sua modalidade simples, está sujeito à pena mínima de 06 anos. Em se tratando de progressão de regime de pena, poderá migrar do regime fechado para o regime semiaberto após 1/6 do cumprimento da pena (art.112, LEP). Ou seja, o adolescente em conflito com a lei, por vezes, está sujeito a um regime fechado – a internação – mais gravoso do que o próprio adulto.

Com isso, desconstroem-se duas premissas falaciosas do discurso atual: i) que não há punição para aquele adolescente que comete ato infracional; ii) que essa punição é branda.

De outro giro, a perspectiva de que a inimputabilidade penal é um direito fundamental implica em seu reconhecimento como **cláusula pétreia**, devendo ser resguardada a partir de uma função contramajoritária de defesa das minorias indispensável a um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, exsurge a necessidade de reafirmar a inimputabilidade dos menores de 18 anos como um direito fundamental, e, portanto, cláusula pétreia (art.60, §4º, CF) talhada no artigo 228 da CF. A previsão constitucional funciona exatamente como um limite intransponível que, independentemente do momento político ou social, não pode ser rompido, sob pena de sacrifício do regime democrático.

Portanto, malgrado haja um aparente apoio de grande parcela da população – baseada na superficialidade do raciocínio punitivista – a menoridade penal, como direito fundamental que é, encontra-se fora da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos em dado momento histórico.

Ainda, o artigo 60 §4º da CF traz um rol de cláusulas pétreas, não se admitindo deliberação de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais. Esses direitos e garantias, como se sabe, não se encontram insculpidos exclusivamente em um rol taxativo disciplinado no artigo 5º da CF, mas estão dispostos por todo o corpo constitucional.

O art.5º traz predominantemente os direitos fundamentais de primeira dimensão, as liberdades individuais; mas outros artigos trabalham com essa dimensão de direitos e também outras dimensões. O art.6º, por exemplo, enumera os direitos sociais, vistos como de segunda dimensão; o artigo 225 consagra como direito transindividual, inerente à terceira dimensão dos direitos fundamentais, o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Denota-se, então, que não se pode reduzir o âmbito de emanção dos direitos fundamentais, aliás, essa é uma interpretação que se extrai do §2º do artigo 5º da CF. Em especial, destacamos o **artigo 228 da Constituição Federal** que dispõe: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Nesse cenário, SARLET aponta “a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático, como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder” (SARLET, 2012, p.48). O ilustre autor trabalha com a ideia de que maiorias eventuais, em dados contextos históricos, tencionam pela primazia de seus direitos e sufocamento das minorias, mas o sentido de democracia substancial deve primar pelo respeito à evolução dos direitos humanos e a vedação ao retrocesso na ordem democrática.

É a partir do ponto de vista jurídico que se veda esse retrocesso, à luz dos direitos humanos universais e da emergência dos direitos fundamentais, estes vistos como a incorporação em nosso ordenamento jurídico de limites irretroativos ao poder e ao arbítrio estatal em face do indivíduo: o status negativo do Estado, segundo Ingo Sarlet (SARLET, 2012, p.143).

Portanto, o limite imposto pelo Poder Constituinte Originário à responsabilização de criança e adolescentes trata-se de um direito fundamental, cláusula pétrea construída à luz da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, que não pode ser afastada por emenda constitucional.

Essa disposição na Constituição reverbera o compromisso assumido pelo Estado brasileiro com a ordem mundial acerca dos direitos humanos, não admitindo afastá-la, pois nesse caso o país violaria todos os compromissos assumidos no que tange à proteção das crianças e adolescentes, sujeitando-se inclusive à responsabilização perante a comunidade internacional.

4 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

No capítulo anterior foram trabalhados aspectos jurídicos que tornam o tema da redução da maioria penal dentro do ordenamento jurídico nacional. Neste capítulo buscar-se-á sintetizar o arcabouço de tratados internacionais, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que conferem proteção ao infante.

Na mesma análise, com a citação de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, será demonstrado como a proposta em trâmite no Congresso Nacional é objeto de veemente reprovação em âmbito internacional.

A interpretação histórica feita a respeito do dispositivo do artigo 228 CF conduz-nos à conclusão de que a inimputabilidade foi erigida pelo nosso constituinte como regra fundante do nosso modelo democrático.

Essa disposição na Constituição reverbera o compromisso assumido pelo Estado brasileiro com a ordem mundial acerca dos direitos humanos, não admitindo afastá-la, pois nesse caso o país violaria todos os compromissos assumidos no que tange à proteção das crianças e adolescentes, sujeitando-se inclusive à responsabilização perante a comunidade internacional.

Entre os tratados de direitos humanos que conferem tal proteção, de suma importância se apresenta a **Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1989**, incorporada em nosso ordenamento a partir do Decreto nº 99.710/1990 (BRASIL, 1990).

Referido diploma define, em seu artigo 1º, criança como “todo ser humano com **menos de dezoito anos de idade**, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. (grifamos).

É sabido que a legislação pátria só atribui a maioridade a partir dos 18 anos, quando o indivíduo é considerado absolutamente capaz para a prática dos atos da vida civil.² Dessa forma, é possível afirmar que no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de sua estrutura sistêmica, todo aquele menor de 18 anos está sob a proteção da Convenção em análise.

Avançando no estudo, o artigo 3º da Convenção anuncia, em seu item 1: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou **órgãos legislativos**, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**”. (grifo nosso).

Deve ser ressaltado, ainda, o artigo 37, especialmente o que se apõe em suas alíneas b e c. Segundo a Convenção, os Estados Partes zelarão para que nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como **último recurso**, e durante o **mais breve período de tempo que for apropriado (alínea b)**.

Consagra-se aí os **princípios da excepcionalidade e da brevidade das medidas socioeducativas**, reproduzidos no art.121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A seguir, a Convenção dispõe que toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e respeito à sua dignidade, em especial, por sua condição peculiar. Determina que toda criança privada de sua liberdade **ficará separada dos adultos**, a não ser em caso de interesse maior da criança, sendo-lhe conferido o direito de manter contato com a família, salvo em circunstâncias excepcionais (alínea c).

Nesse viés é que se pode afirmar categoricamente que qualquer medida tomada por órgão legislativo que, deixando de considerar o interesse maior da criança (compreendida, à luz da Convenção, como indivíduo menor de 18 anos), importe na privação de liberdade da criança em conjunto com adultos (como ora se propõe) é uma clara violação aos direitos humanos.

² Vide arts.3º e 4º CC.

Mais ainda: o alargamento desmedido do período de internação implica na violação ao princípio da excepcionalidade e da brevidade, também consagrados pelos tratados internacionais os quais o Brasil se comprometeu a respeitar.

O artigo 40, item 3 da Convenção firma o compromisso dos Estados Partes, entre eles o Brasil, de estabelecerem leis, procedimentos e instituições específicas para a acusação de crianças que tenham infringido a lei.

A alínea 'a' ainda predispõe que os países deverão adotar um limite de idade em que se presume que a criança não tem capacidade para violar leis penais, e o limite adotado, em consonância com o sistema legislativo civil, são os dezoito anos de idade.

Prosseguindo no desenvolvimento da normativa internacional, destacam-se as Regras Mínimas da ONU para Proteção de Jovens Privados de Liberdade e para Administração da Justiça da Infância e da Juventude, também conhecidas como as **Regras de Beijing, de 1985** (ONU, 1985).

Como princípio, as Regras de Beijing dispõem que os Estados-membros esforçar-se-ão por criar condições que assegurem ao menor uma vida útil na comunidade fomentando, durante o período de vida em que o menor se encontra mais exposto a um comportamento desviante, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação afastado tanto quanto possível de qualquer contato com a criminalidade e a delinquência (regra 1.2).

Apesar de o dispositivo padecer de certo caráter utilitarista, destoante da doutrina de proteção integral, nele fica clara a preocupação em distanciar o jovem de ambientes criminógenos. Nesta leitura, em hipótese alguma a imersão desses meninos e meninas no ambiente carcerário evitará o contato com as práticas delitivas, haja vista que é notória em nosso país a característica criminógena das penitenciárias.

A regra 4.1, sobre a responsabilidade penal, determina que a responsabilidade penal sobre os menores não pode ser fixada em um nível demasiadamente baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual.

O referido instrumento indica, ainda, que os jovens, tanto aqueles privados de liberdade provisoriamente, como aqueles uma vez institucionalizados – definitivamente segregados – serão alocados em **estabelecimentos distintos dos adultos (itens 13.4 e 26.3)**.

Outra importante fonte internacional da política de responsabilização e proteção dos jovens acusados da prática de atos infracionais análogos a crimes são as **Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, as Diretrizes de Riad, de 1990 (ONU, 1990)**.

Aqui o documento global é claro no sentido de que a criminalização não corresponde ao tratamento adequado para lidar com condutas “desviantes” por parte dos jovens. Reconhece sobretudo o papel fundamental de um aparato social que permita à criança e ao adolescente o livre desenvolvimento de sua personalidade, estruturado a partir de condições sociais de dignidade humana.

Assim, prescreve, entre os princípios fundamentais, a necessidade de se reconhecer a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência **que evitem criminalizar e penalizar a** criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais (Item 04 das Diretrizes de Riad).

Estabelecem as diretrizes supramencionadas que as políticas públicas deverão ter como finalidade reduzir os motivos, a necessidade e as oportunidades de cometer infrações ou as condições que as propiciem.

Ainda, reconhecem que o “comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade” (item 4, alínea e).

No mesmo item, o referido diploma prega a consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de “extraviado”, “delinquente” ou “pré-delinquente” geralmente **favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamentos indesejados (Diretrizes de Riad, item 04, alínea f)**.

Logo, a política atualmente defendida de responsabilização penal dos jovens representa o desconhecimento de suas condições peculiares e do processo transitório de eventuais práticas contra *legem*. Além disso, o etiquetamento, levado a cabo à medida que se condena o jovem ao ostracismo de nossas masmorras penitenciárias, favorece a evolução de um processo de criminalização.

Faz-se a ressalva de que o presente artigo não adota uma postura lombrosiana no sentido de associar a pobreza à criminalidade, mas não olvida dizer que há um processo bifronte: por um lado a sistemática criminalização primária e secundária sobre os jovens da periferia, por outro, a negligência do poder público com a formação educacional dos mesmos, que, se não importa para a maioria o caminho criminoso, acaba atraindo um pequeno percentual daqueles cujas oportunidades nunca vieram do Estado ou da sociedade que os excluem.

As Convenções da ONU em relação ao tratamento diferenciado de crianças e adolescentes privados de liberdade influenciaram os sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Merece menção o fato de que a normativa internacional adota como limiar da juventude a idade de 18 (dezoito) anos, e por isso, confere a tais indivíduos proteção especial em relação aos adultos.

As Regras Europeias para jovens infratores sujeitos a sanções ou medidas (Recomendação CM/2008) explicitam, em seu artigo 21.1, que “jovem ofensor” é qualquer **pessoa com idade inferior a 18 anos que é acusado de ter ou que tenha cometido um delito (Conselho Europeu, 2008, tradução livre).**

Especificamente quanto ao distinto tratamento em relação aos adultos, o artigo 59.1 determina que os jovens não devem ser detidos em instituições destinadas a adultos, mas em instituições especialmente concebidas para eles. Impreterivelmente, **os jovens não poderão estar segregados no mesmo espaço destinado aos adultos.**

Essas regras consagram no âmbito europeu uma recomendação explicitamente contrária a qualquer medida legislativa que pretenda impor aos menores de 18 anos o mesmo tratamento dispensado aos adultos, uma vez que é notória que sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento carece de um cuidado especial, o qual não conseguiria ser conferido dentro do sistema penal adulto.

No âmbito americano, o **Pacto de San José da Costa Rica** atribui ao Estado, à sociedade e à família o dever de adotar as medidas de proteção a toda criança (BRASIL, 1992, artigo 19). Outrossim, a **jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos** é sólida no sentido de considerar **violação aos direitos humanos a submissão de menores de 18 anos aos mesmos procedimentos e penas estabelecidos para os adultos.**

Fundamental nesse ponto abordar a decisão exarada na **Opinião Consultiva nº17 de 28 de agosto de 2002 (CIDH, 2002, p.87), in verbis:**

Los menores de 18 años a quienes se atribuya a La comisión de conductas previstas conocimiento respectivo y la **adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.** Así, La Convención sobre los Derechos del Niño contempla el ‘establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes’”. (grifamos)

Com esse entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também fixou como idade penal mínima os 18 anos, já que determinou que os menores de 18 anos a quem se impute determinada infração penal devem estar sujeitos a procedimentos em órgãos distintos dos adultos.

Consignou ainda que a criança e o adolescente, à luz do artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, devem ser vistos como sujeitos de direito, e não tão somente como objeto de proteção. Nesse sentido, advertiu que todos os princípios e garantias processuais penais se aplicam aos menores de idade, como a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A ideia desenvolvida coaduna-se com o novo paradigma de reconhecimento da participação social, e a peculiar importância na formação de um povo, que representam as crianças e os adolescentes: a doutrina da proteção integral. Dessa maneira, devem ser vistos como sujeitos de direito, aptos a ter-lhes conferida a proteção integral por parte do Estado e da sociedade.

Nessa perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou e responsabilizou a Argentina no **caso Mendoza e outros**, julgado em 14 de maio de 2013 (CIDH, 2013).

O caso Mendoza trata-se do acontecimento envolvendo César Alberto Mendoza, que foi condenado, junto com outros adolescentes, à pena de prisão perpétua. Além disso, ficaram **todos sujeitos aos procedimentos penais típicos dos adultos e no mesmo ambiente prisional ficaram reclusos.** Na Penitenciária da cidade de Mendoza, um dos menores – Ricardo David Videla – foi assassinado (CIDH, 2013).

A Argentina foi condenada a oferecer tratamento médico e psicológico às vítimas, a desenvolver opções educacionais para o aprimoramento intelectual e para a reinserção no seio social de crianças e adolescentes privados de liberdade.

Ademais, a Corte determinou que o Estado ajuste seus parâmetros legais para erradicar a pena de prisão perpétua em matéria de justiça penal juvenil e garantir que a delinquência juvenil seja combatida por investimento em políticas sociais voltadas ao melhor interesse da criança, **afastando a reclusão conjunta entre os jovens e adultos.**

Cumpra ainda asseverar que, na fundamentação do julgado, a Corte corroborou o entendimento de que **“se entende por niño toda persona que há cumplido 18 años de edad”**, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CIDH, 2013, p. 51).

Consagrou-se, perante a Corte, o **princípio da especialização**. Ele compreende o dever dos Estados signatários da Convenção de adotar procedimentos específicos para a apuração, processamento e execução de medidas em face de menores acusados da prática de atos análogos a algum crime.

Portanto, é notório que se repudia, no paradigma internacional de proteção de direitos humanos, a tentativa nefasta de submeter as crianças ao tratamento rigoroso e aflitivo do sistema processual penal e do sistema de execução penal dos adultos. Na hipótese concreta de uma emenda constitucional que reduza a maioria penal, o Estado brasileiro, por violar compromissos internacionais assumidos, sujeita-se à responsabilização pelos sistemas internacionais de proteção.

5 CONCLUSÃO CRÍTICA E PROPOSITIVA

Não há dúvida que, diante da jurisprudência apontada e de todos os tratados internacionais que abordam a matéria, a redução da maioria penal representa uma frontal violação dos direitos humanos concernentes aos menores de 18 anos, seja por abolir garantia individual consagrada como cláusula pétrea na Constituição, seja por contrariar os tratados de direitos humanos sobre a matéria.

Em especial, em se tratando da redução da maioria penal, é fundamental o manejo de mecanismos judiciais a fim de se evitar as nefastas

consequências para a população jovem do nosso país, as quais nitidamente acarretariam a **responsabilização do Estado brasileiro perante a comunidade interamericana e internacional em razão da violação dos direitos humanos**.

Dessa forma, não se olvida dizer que eventual emenda constitucional que proponha a redução da maioria penal não está sujeita tão somente ao **controle de constitucionalidade** pelo Supremo Tribunal Federal, mas também ao **controle de convencionalidade**, tanto em âmbito difuso interno, quanto concentradamente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sobre o controle de constitucionalidade, é pacífico na jurisprudência e na doutrina a possibilidade de o STF reconhecer a inconstitucionalidade de normas produzidas pelo Poder Constituinte Derivado que afrontam as premissas normativas do Poder Constituinte Originário.

Nesse sentido, Barroso assevera que uma Constituição deve conservar a essência de sua identidade original, o núcleo das decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação. Prossegue o autor, ancorando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 939/DF) que

“(...) em decisão que se tornou histórica, **por ser o primeiro precedente de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de emenda constitucional**, o Tribunal adotou posição ousada e louvada: a de que existem direitos protegidos pela cláusula do inciso IV do §4º do art. 60 que não se encontram expressos no elenco do art. 5º, inclusive e notadamente por força de seu §2º” (BARROSO, 2010, pp. 177-178) (grifo nosso)

Por outro lado, conforme destacamos, as ações do Estado que derrogam direitos humanos protegidos por tratados internacionais estão sujeitas ao controle de convencionalidade, que, segundo Mazzuoli, “é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país” (MAZZUOLI, 2009, p.114).

Dessa maneira, com respaldo no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, é obrigatório que o Estado brasileiro adeque seu ordenamento interno às disposições internacionais com a qual se compro-

meteu. A proposta de emenda constitucional de redução da maioria penal migra nosso país para o terreno da clandestinidade em âmbito internacional, pois rompe definitivamente com os preceitos definidos nos tratados de direitos humanos sobre a matéria.

Objetivando, portanto, readequar o curso democrático, não há dúvidas de que, mais do que um poder, é um dever do Judiciário zelar pelo respeito à Constituição e pela compatibilidade dessa mesma constituição com os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos.

Nesse espeque, o controle difuso, seja de constitucionalidade, seja de convencionalidade, realizado por juizes nas instâncias ordinárias, enquanto não analisado o (eventual) texto (in) constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, é uma importante ferramenta para estancar o sangramento democrático que representaria a supressão de direitos fundamentais decorrente da redução da maioria penal.

O trabalho percorreu sólida jurisprudência, normas internacionais e nacionais sobre o tema a fim de contribuir com a discussão e a problematização da proposta de emenda constitucional que atribui responsabilidade penal precoce aos adolescentes.

Não há dúvida que, diante da jurisprudência apontada e de todos os tratados internacionais que abordam a matéria, a redução da maioria penal representa uma frontal violação dos direitos humanos concernentes aos menores de 18 anos.

Malgrado o sentimento de grande parte da população traduza o medo cotidianamente construído pelos meios de comunicação, o Poder Judiciário não pode ser movido por sentimentalismos e irracionalidades de maiorias ocasionais, sob pena de permitir-se novamente regimes de exceção, tais como aqueles que precederam a II Guerra Mundial.

Nesse contexto, os operadores do direito têm por escopo principal a garantia da Constituição, que apregoa diversos limites ao poder estatal e diversas garantias fundamentais, entre elas, a idade mínima de responsabilidade penal.

Essa constatação decorre da flagrante violação à cláusula pétrea e aos tratados internacionais sobre o tema, abordados, respectivamente, nos capítulos 3 e 4. Cabe acentuar que os tratados referidos, que cuidam

dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, são inegavelmente tratados de direitos humanos.

Pois bem, defende-se a tese de que a maioria penal a partir dos 18 anos, elencada no art.228 da CF é cláusula pétrea, por isso, insuscetível de abolição, mesmo que essa abolição atinja somente parcela dos menores (jovens entre 16 e 17), conforme dispõe o artigo 60, §4º, IV.

Considerando que os tratados de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico têm natureza constitucional, expande-se ainda mais o bloco de constitucionalidade que serve como parâmetro para a aferição da violação que representa a proposta de redução da maioria penal.

Como a proposta de redução da maioria penal contraria os tratados de direitos humanos analisados (a Convenção sobre os Direitos das Crianças, as Regras de *Beijing*, as Diretrizes de *Riad*, o Pacto de São José da Costa Rica), qualquer disposição ordinária que atue nesse sentido será maculada por sua **inconvenionalidade**.

Isso porque as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança e demais tratados, bem como a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, são claras no sentido de não admitir a imputabilidade, o julgamento e o segregamento de menores de 18 anos conjuntamente com os adultos.

Qualquer dispositivo do Código Penal ou de legislação ordinária que permita a imputabilidade de menores de 18 anos afrontará os tratados de direitos humanos sobre a matéria, estando também sujeitos à eficácia paralisante dos referidos diplomas normativos. Nesse contexto, a emenda constitucional restará prejudicada em sua aplicabilidade.

Conscientes de que o processo legislativo democrático deve respeitar os direitos fundamentais que são o alicerce para a própria democracia, é imperioso o **reconhecimento de barreiras jurídicas intransponíveis de preservação dos direitos humanos de crianças e adolescentes sujeitos a responsabilização pela prática de ato infracional.**

A construção jurídica em torno dos direitos humanos foi especialmente protegida pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais. No que tange aos direitos de crianças e adolescentes, tanto a normativa constitucional quanto a legislação internacional impedem o retrocesso.

Em especial, em se tratando da redução da maioria penal, é fundamental o manejo de mecanismos judiciais a fim de se evitar as nefastas consequências para a população jovem do nosso país, as quais nitidamente acarretariam a **responsabilização do Estado brasileiro perante a comunidade interamericana e internacional em razão da violação dos direitos humanos**.

Espera-se, portanto, que o presente artigo tenha cooperado com debate a respeito do tema, contribuindo para a ampla discussão jurídica e sociológica da matéria, que não deve se resumir ao populismo eleitoral e ao discurso midiático-punitivista.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. **LoicWacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Disponível em: <<http://comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf>>. Acesso em 11 de junho de 2015.

BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosa. O fim social e o surgimento das massas**. São Paulo. Brasiliense, 2004.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Vade Mecum – OAB e Concursos. Ed. Saraiva. 9ª Edição. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva, 17ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069, de 13-7-1990). Dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 02 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 mar. 2016.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/Rec (2008)11. Disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/4a7058c02.pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2002. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em 26 mar. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2013. Caso Mendoza e outros vs Argentina. Sentença de 14 de maio de 2013. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. Acesso em 26 mar. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. A maioria e a maioridade penal. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p.7-12, abr./mai. 2007

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.46 n.181 jan/mar. 2009

ONU. Diretrizes orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad). Assembleia Geral. A/RES/45/112 de 14 de dezembro de 1990. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em 23 mar. 2016.

ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing). Res. 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseRegrasdeBeijing.pdf>. Acesso em 23 mar. 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Das penas: tempos primitivos e legislações antigas**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.5, nº3.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado. 11ªEd. Porto Alegre, 2012.

WHO. World Health Organization. Disponível em: http://www.who.int/topics/adolescent_health/en/. Acesso em 10 de março de 2016.