REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: INCONSTITUCIONALIDADE E RETÓRICA UTILITÁRIA

REDUCTION OF CRIMINAL MAJORITY: UNCONSTITUTIONALITY AND
UTILITARY RHETORIC

André Luís Mendes Evangelista¹
Alisson Daniel Mendes Evangelista²

RESUMO

O presente estudo cuidou de analisar a PEC 171/93 e seus aspectos utilitaristas, bem como suas implicações e consequências, tanto para a coletividade como para os adolescentes, em relação aos aspectos psicológicos, físicos e sociais. O foco da pesquisa foi analisar a inconstitucionalidade de uma eventual redução da maioria penal e, para tanto, partiu-se de uma análise dos artigos 228 e 60, §4º, IV, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, observando essencialmente as cláusulas pétreas e sua extensão ao longo do corpo da Constituição Federal.

Palavras-chave: utilitarismo; cláusulas pétreas; maioria penal.

ABSTRACT

The present study took care to analyze PEC 171/93 and its utilitarian aspects, as well as their implications and consequences, both for the community and adolescents, in relation to the psychological, physical and social aspects. The focus of the research was to analyze the unconstitutionality of a possible reduction in the age of criminality and, to this end, started with an analysis of Articles 228 and 60, §4º, IV, both of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, essentially clauses and their extension along the body of the Federal Constitution.

Keywords: utilitarianism; stone clauses; criminal majority.

1. INTRODUÇÃO

A PEC 171/93, revestida de cunho utilitário, trouxe ao Congresso Nacional a busca pela redução da maioria penal, dos 18 para os 16 anos. Ainda, resta saber se ela possui amparo constitucional e qual é seu fundamento de legitimidade.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo (FAC). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário, também pela FAC. Advogado. E-mail: andremendes.ev@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Campus Serro. Procurador Municipal. E-mail: alissonmendes.mendes@gmail.com.

A Constituição Federal de 1988 é fonte de garantias individuais e coletivas, em que o Constituinte muito se preocupou com os direitos humanos e fundamentais, o que se constitui em uma forma de limitação do poder de atuação do Estado, ou seja, garantir ao cidadão que o Estado no qual está inserido não irá atuar de forma arbitrária frente a vida de cada um. Os direitos fundamentais, deste modo, afastam a arbitrariedade e o poder ilimitado, devendo todas as ações estatais estar atreladas à fiel observância dos preceitos constitucionais.

A ideia da redução da maioria penal encontra respaldo nos anseios da população que, cansada da criminalidade, vê em toda forma de repressão uma solução. Porém, a punição nunca resolveu o problema da criminalidade, sendo perceptível que a lotação dos presídios não tem logrado êxito em garantir a efetividade da segurança pública.

O Congresso, com a PEC 171/93, revela a busca de um fim através de qualquer meio, revelando incoerência com a CF/88, haja vista que um poder ilimitado acaba conduzindo para a tirania, absoluto controle de corpos e ingerência desmedida na vida de todos, utilizando do poder de punição para afetar liberdades individuais e criar um controle maciço. A punição é medida ultrapassada e não atende as finalidades de um Estado Democrático de Direito, o qual zela pelas liberdades e possibilidade de emancipação do indivíduo. O Estado, ao reduzir a maioria penal, estaria se desonerando de uma grande culpa, qual seja, a sua omissão no atendimento e realização de direitos fundamentais, sobretudo no que tange à educação.

A inimputabilidade penal dos menores de 18 anos encontra previsão no art. 228 da CF/88, sendo uma garantia de que esses adolescentes não serão punidos penalmente, já que deveriam receber tratamento adequado, conforme legislação especial, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Destarte, o artigo supracitado constitui um direito e garantia individual, de sorte que é uma norma “petrificada”, ou seja, uma cláusula pétrea. Ademais, situação como a da redução da maioria penal deve ser olhada com foco nos direitos humanos e não na punição, que é insuficiente e inapropriada para ressocializar e de fato retirar uma pessoa da criminalidade.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO FONTE DE GARANTIA DE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A PEC 171/1993 trouxe uma grande polêmica no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo no âmbito constitucional, ao apresentar proposta cuja finalidade é alterar a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos), de modo que, grosso modo, equipara adolescentes a adultos, imputando a eles tipos penais que ora são incidentes sobre indivíduos com faixa etária a partir de 18 anos completos.

Assenta o artigo 228 da CF/88 (BRASIL, 1988): “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Essa disposição constitucional, conforme será devidamente demonstrado, é uma cláusula pétrea implícita, não podendo ser objeto de alteração que a restrinja. Ora, modernamente entende-se, com acerto, que o rol dos direitos e garantias fundamentais não se limitam ao que se esquadrinhou no art. 5º da CF/88. Inclusive, direitos e garantias fundamentais, além de serem encontrados em outros capítulos da Lei Maior – como é o caso, defende-se, do seu art. 228 – lastreiam-se também pelas várias convenções e tratados internacionais e até mesmo em leis infraconstitucionais como o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), que no seu art. 6º enuncia que “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

A toda evidência, a interpretação que se faz aqui é a expansiva, lançando-se mão, ainda, do método sistemático, ou seja, não se pode permitir uma interpretação da Constituição isolada e fora do seu tempo, mas sistemática, considerando valores e fatos sociais, desde fragmentos econômicos à educação e ao reconhecimento social.

O que está assegurado no artigo 228 da CF/88, insiste-se, é uma limitação ao poder de atuar do Estado, um direito de defesa. Trata-se de uma garantia individual, pois esta não está restrita somente no artigo 5º da CF, mormente pelo que enuncia o §2º do mesmo artigo, o que torna impossível que se leve adiante a PEC 171/1993, haja vista que o artigo 60, §4º, da CF/88, é claro ao determinar que qualquer proposta de emenda à constituição que tenha por objetivo abolir os direitos e garantias individuais não serão passíveis de deliberação. As palavras do professor José Emílio Medauar Ommati são claras e merecem ser citadas:

Por fim, a Constituição fixa algumas matérias ou conteúdos de seu texto cuja alteração apenas pode se dar para ampliar tais conteúdos ou matérias. [...] Sem dúvida, se não haverá proposta de emenda tendente a abolir, pode-se pensar que será constitucionalmente possível proposta de emenda tendente a aumentar, ampliar, melhorar, aprofundar, ou qualquer outro verbo que revele a proposta de melhoria dos conteúdos ali constantes. (OMMATI, 2013, p. 50).

Garantias individuais não devem ser reduzidas nem suprimidas, mas melhoradas, é dizer, mais sensato seria a construção de uma diretriz sólida de longo prazo de educação e assistência social do que construir uma política retrógrada.

2.1. A supremacia constitucional como forma de efetivação do Estado Democrático de Direito e sua relação com a redução da maioria penal

A tentativa do Congresso de atender ao clamor social não pode se sobrepor à supremacia constitucional, que deve ser preservada em sua integridade a fim de que se conserve a segurança jurídica, não podendo ser violada em hipótese alguma, sob pena de comprometer a própria estabilidade do Estado Democrático de Direito.

A segurança jurídica é um conceito determinadamente vinculado à efetivação do texto constitucional, não um mero elemento que seja manipulável ou instrumentalizado por uma maioria, sob o risco de se cair em uma tirania. A ideia da democracia muitas vezes é usada como pano de fundo para a consecução de finalidades nada democráticas. É como reflete Frank Cunningham, a partir de Aristóteles (2009, p. 30): “O que preocupava a Aristóteles é que esse poder não controlado podia facilmente ser cooptado por indivíduos jogando e manipulando a opinião pública”.

A democracia pode se tornar um jogo perigoso quando manipulada, deturpada, podendo ser um objeto de tirania e dominação, muitas vezes apoiada pelo próprio povo. Em nome de um “bem comum” vige a demagogia e surgem verdadeiros “líderes” como sinônimo de salvação. Cunningham assevera (2009, p. 30): “Isso torna possível não somente a demagogia do tipo frequentemente aspirado por políticos populistas, mas também autoritarismo mascarado de democracia”. O uso da democracia, quando utilizado como demagogia, pode ser o início da tirania, do poder absoluto, que paulatinamente dará espaço para a opressão.

O que se deve buscar e garantir é a abolição de um Estado punitivista e reduzir a maioria penal iria contra a melhor tendência, que é a do abolicionismo penal, a

qual visa descriminalizar e despenalizar certas condutas, diminuindo o poder punitivo do Estado para dar espaço a um maior leque de direitos e garantias fundamentais e consagrar a inclusão ao invés da exclusão.

Para Roberto Lyra:

O que o penalista avançado idealiza e postula é a rota da descriminalização ou a visualização do Direito Penal Mínimo e neste Direito, não só um elenco de tipos penais quantitativamente mais reduzido, mas que acenem com um também mínimo de cominações de penas privativas de liberdade. (...). (LYRA, 2013, p. 9).

Uma vez que a tendência é despenalizar certas condutas, seria manifesto retrocesso impulsionar uma penalização de adolescentes, o que atingiria negativamente toda a coletividade. Estar-se-ia penalizando e criminalizando sobremaneira as vítimas do sistema, uma espécie de “bis in idem” de um sistema que exclui e marginaliza pessoas pobres e negras. O punitivismo representa grande retrocesso para as instituições democráticas, tendo em vista que um Estado que visa a punir o indivíduo a qualquer custo não promove as pessoas, busca-se a punição para tudo e cria a falsa sensação de bem-estar e segurança.

As palavras de Amilton Bueno de Carvalho merecem especial atenção, no sentido de que:

(...) Com a crença penal-cárcere, explode o que se tem denominado Direito Penal do Terror: todos, absolutamente todos, dentro deste modelo, são, foram ou serão delinquentes (aliás, ainda não conheci pessoa que não tenha cometido delito, estou, como Demóstenes, com a lanterna acesa em procura do “puro”, do “bom”). (...) (CARVALHO, 2013, p. 41).

A redução da maioria penal, a qual é buscada pela PEC 171/93, deve ser cuidadosamente analisada no que diz respeito aos seus impactos para a coletividade, vez que a supremacia da Constituição não seria respeitada, tirando ela do topo do ordenamento jurídico e simplesmente ignorando o respeito aos direitos fundamentais.

Um Estado Democrático deve acima de tudo zelar pela construção de direitos, conquistá-los a cada dia, mantê-los e ampliá-los e só assim ter-se-á a solução não só do problema da segurança pública, mas de todos os problemas sociais.

O que se percebe claramente na tentativa de redução da maioria penal é a responsabilização de adolescentes que caem no mundo do crime por não ter outra opção. O Estado se omite abandonando não só as crianças e adolescentes como muitas outras pessoas a própria sorte, que infelizmente se veem “seduzidas” por um mundo

que está sempre de portas abertas para aqueles que estão abandonados, sem um caminho de oportunidades e valorização para seguir.

2.2. Necessidade de políticas públicas eficientes de inclusão e em respeito aos preceitos constitucionais

É sabido que o Estado não cumpre seu papel com máxima efetividade no que diz respeito à segurança, criação de oportunidades, educação e inúmeros outros direitos sociais que colocariam os adolescentes a salvo das práticas delituosas.

Demandas tão urgentes como segurança, educação, lazer e saúde devem ser ampliadas, a todo tempo, por meio de políticas sociais inclusivas e que promovam o ser humano e não pelo fortalecimento de disposições punitivistas e falaciosas.

Amilton Bueno de Carvalho assim observa:

Com emergência da “criminalidade incontrolada” - como não ser se tudo que se pratica é crime ou quase crime — que deve ser de imediato e exemplarmente reprimida, há um mecanismo mitológico, milagroso, com a força insuperável dos deuses do Olimpo, que tudo solucionará: a forte repressão via leis cruéis. E por mais que a realidade demonstre o contrário (dane-se, pois, a realidade), a crença que leis cruéis derrotarão a criminalidade (real ou imaginária) continua vencedora, espetacularmente vencedora. (CARVALHO, 2013, p. 43).

Como se pode ver escancaradamente no dia a dia, a punição no Brasil tem se tornado cada vez menos eficiente no que diz respeito ao caráter ressocializante, pois muito mais da metade daqueles que são presos voltam a cometer algum tipo de delito. É evidente que ainda que se trate de leis com caráter mais severo e cruel, o problema da criminalidade não será solucionado, pois demanda ações mais profundas, o que não é alcançado por meio de edição de leis, e sim de políticas públicas com máxima efetividade.

Conforme Roberto Lyra (2013, p. 9): (...) “Enquanto não se investir na educação para não delinquir, não se inicia o caminho para o Estado Democrático de Direito”. O que deve ser buscado para os adolescentes que ora são o alvo de tamanha atrocidade é a inclusão, a efetivação de direitos assegurados constitucionalmente e que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 estão apenas no papel.

Ainda, é importante assentar que não há a impunidade para com os adolescentes que cometem infração, ao contrário do que se lastreia no senso comum,

pois o Estatuto da Criança e do Adolescente traz como resposta às crianças e adolescentes que cometem infrações a possibilidade de medidas de proteção ou até mesmo a aplicação de medidas socioeducativas para aqueles que tenham entre 12 e 18 anos, conforme o artigo 112 do ECA.

Depreende-se, portanto, que não há a tão falada impunidade, há sim medidas compatíveis com a Constituição vigente e em respeito aos direitos e garantias fundamentais do adolescente e de sua situação peculiar, de modo que eles não estão isentos de qualquer medida que vise o próprio bem deles e da sociedade.

3. A ÉTICA UTILITÁRIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ética utilitarista é uma forma de se alcançar os objetivos, independente do meio que seja, através da normatização, com o objetivo de satisfazer as maiorias, sem se preocupar com as minorias e quais consequências irão ser desencadeadas com a tentativa de atender a um grande grupo sem se atentar para a questão da justiça e do direito³.

O utilitarismo tem por característica ser teleológico. Ele estabelece previamente um fim a ser alcançado e adapta o meio a esse fim para que se alcance o escopo desejado. Dessa forma, a partir da perspectiva da ética utilitária, seriam justificáveis decisões que envolvam o sacrifício de parte do corpo social para que se maximize a felicidade da maioria da sociedade. (ARCELO; BONFIM, 2015, p. 197).

A ética utilitária visa a satisfazer o que a maioria deseja, sem se preocupar com os meios que se utilizará para tanto e, partindo disso, qualquer forma que satisfaz um determinado anseio é aceitável.

Cumpre observar as palavras de John Stuart Mill:

A doutrina que aceita a Utilidade ou o Princípio da Maior Felicidade como fundamento moral, sustenta que as ações estão certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o

³ A crítica mais pertinente ao utilitarismo no presente caso é o desrespeito às cláusulas pétreas que ocorre em virtude desta, que ora se impregna tanto no legislativo quanto no judiciário, como é o caso interpretação das cláusulas pétreas, que não pode ser in pejus, para pior, como vem fazendo o STF em tantos casos recentes, o qual vem relativizando o direito a inviolabilidade de domicílio, o direito ao sigilo de dados bancários, cumprimento da pena após sentença de segunda instância, o que vem aumentando a população carcerária demasiadamente, o que fez com que mais de mais de 100 mil presos provisórios passassem a ser definitivos, sendo condenados sem o trânsito em julgado de sentença condenatória.

contrário da felicidade. Por felicidade entende-se prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e privação de prazer. (MILL, 2000, p. 30).

São acertadas as palavras de Salo de Carvalho quanto ao poder punitivo:

A crença na regularidade dos atos do poder, sobretudo do poder punitivo (*potestas puniendi*), define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias. (CARVALHO, 2008, p. 75).

O Estado punitivista e a normatização que levam a uma punição exacerbada em nada contribuem ao desenvolvimento social e a PEC 171/1993, que aqui se discute, representa uma visão retrograda a partir do momento que encontra no poder de punir um meio de paz social, o que é totalmente incoerente e ameaçador a uma garantia individual (cláusula pétrea).

Para Michel Foucault:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder. E com necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder do castigo. (FOUCAULT, 2009, p. 87).

Punir não é a forma de se alcançar aquilo que tanto se busca, que é a paz e a ordem, ademais o aspecto basilar por traz disso tudo é o utilitarismo, ardilosamente usado pelo Congresso Nacional para satisfazer uma parcela inconformada da sociedade. Com isso, o Congresso deixa de legislar tendo como parâmetro a Carta Magna e vem se igualando ao senso comum.

O senso comum é o grande propulsor da ideia de que a maioria penal é a solução para a criminalidade entre adolescentes infratores, Amilton Bueno de Carvalho alerta que:

O senso comum é agressivo: deve-se punir cada vez mais e cada vez mais a penas longas e cada vez mais com menos benefícios no momento da execução penal - com a banalização dos ditos “crimes hediondos” que, ao contrário de exceção, tende a se transformar em regra - e cada vez mais condutas devem ser tipificadas. (CARVALHO, 2013, p. 81).

O legislativo, que muitas vezes é movido por paixões fervorosas, defende a ideia de reduzir a idade para imputar a alguém o estigma de criminoso, sem ao menos preocupar em analisar a viabilidade do que se discute, quais benefícios poderiam trazer, e mais, quais os resultados drásticos acarretariam para todos.

3.1. A conjuntura do direito penal e do utilitarismo, seletivo e punitivista

Antes de tudo, é pertinente observar o que Foucault cognominou de *biopoder*, que constitui um estado de controle maciço da população num processo de docilização e adestramento, a fim de se controlar os corpos dos indivíduos com técnicas que visam ao controle geral de tudo o que faz parte da vida do ser humano. Cria-se então um modelo de sociedade disciplinar, com súditos e soberano.

O poder seria a ingerência e a vigilância na vida das pessoas. Para Michel Foucault (1988, p. 158): “a vida como objeto político foi de algum modo tomada ao pé da letra e voltada para o sistema que tentava controlá-la”. A redução da maioria penal tem relação íntima com a noção de biopoder e inclusive pode ser um exemplo deste, sendo uma busca de modelagem da sociedade, a busca da intensificação do controle e das sociedades disciplinares, gerando domínio sobre os corpos.

Esse biopoder se dará através da normatização, com fundamentos a princípio legítimos e legais, mas não necessariamente morais. No cenário pátrio o que se deve buscar é “o zelo pela vida e pelo bem comum”. Todavia, o Legislativo busca normatizar (regular e dominar) condutas oriundas de pessoas em formação, buscando solucionar o problema através de fins estrategicamente políticos. O resultado é inequívoco: tolher-se-á definitivamente condições de possibilidade de desenvolvimento de jovens, expurgando do alcance deles oportunidades que edifiquem sua dignidade, reconhecimento e valorização pessoal e social.

A criminalidade não é algo decorrente da idade, mas sim construído pela falta de assistência e direitos essenciais que o Estado deveria oferecer, mas é omissivo, sendo ilógico ver na redução da maioria penal a solução para problemas sociais entre crianças e adolescentes, os quais devem ser destinatários de oportunidades e direitos e não de punição à própria vítima do descaso estatal.

Acerca da seletividade do direito penal, Alessandro Baratta pondera que:

O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda

antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação de uma carreira criminosa. (BARATTA, 2002, p. 167).

Percebe-se que há no Brasil um direito penal utilitário, seletivo e punitivista, e o Congresso vem utilizando da voz do povo para atropelar e suprimir direitos e garantias individuais a todo custo, ignorando totalmente a Constituição Federal para alcançar um fim independente do meio que seja.

Tem-se atualmente uma sociedade excludente, alimentada pela ira, a qual não se preocupa em momento algum em olhar o cerne do problema dos adolescentes que vivem à margem da sociedade, e que por vez, acabam sendo demonizados e recebendo a imputação de culpa quando se envolvem na criminalidade.

Reforçando mais ainda o caráter seletivo e punitivista do direito penal, Alessandro Baratta esclarece:

No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o “caráter fragmentário” do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objetivo a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder. (BARATTA, 2002, p. 165).

Aqui, cabe observar a razão de Estado como um meio do Estado atuar, uma forma de regular um comportamento, interferindo na vida de cada pessoa e surgindo um controle de conduta, ou seja, a criação de um novo comportamento, e assim, estabelecendo uma razão de Estado.

Michel Foucault apresenta o conceito de razão de Estado da seguinte forma:

(...) O Estado é ao mesmo tempo o que existe e o que ainda não existe suficientemente. E a razão de Estado é precisamente uma prática, ou antes, uma racionalização de uma prática que vai se situar entre um Estado apresentado como dado e um Estado apresentado como a construir e a edificar. A arte de governar deve então estabelecer suas regras e racionalizar suas maneiras de fazer propondo-se como objetivo, de certo modo, fazer o

dever-ser do Estado tornar-se ser. O dever-fazer do governo deve se identificar com o dever-ser do Estado. O Estado tal como é dado - a ratio governamental - é o que possibilitará, de maneira refletida, ponderada, calculada, fazê-lo passar ao seu máximo de ser. O que é governar? Governar segundo o princípio da razão de Estado é fazer que o Estado possa se tornar sólido e permanente, que possa se tornar rico, que possa se tornar forte diante de tudo o que pode destruí-lo. (FOUCAULT, 2008, p. 6).

A redução da maioria penal encontra forte relação com a razão de Estado, como sendo uma prática visando estabelecer regras e um meio de conduzir o agir das pessoas, neste caso, os adolescentes, estabelecendo aquela regra e racionalizando-a para que então possa aplicá-la, ou seja, mostrar que é racional punir adolescentes como meio de suprimir a violência e maximizar a segurança, aumentando assim o poder de controle do Estado, o poder de punir e interferir.

O utilitarismo se aproveita daquele clamor por mudanças, como a crença de que a solução é o endurecimento das leis, onde o senso comum acredita ser essa a saída para os problemas, a solução para os males, e nisso surge a possibilidade de se criar leis que visam suprimir direitos e alavancar o poderio e domínio estatal na vida do indivíduo, e assim, frise-se, busca-se alcançar tal objetivo independente do meio que for, qual seja, o desrespeito à Constituição Federal, aos direitos e garantias individuais.

4. O ART. 228 DA CF/88 COMO CLÁUSULA PÉTREA

O art. 228 da Constituição Federal de 1988 determina a inimputabilidade dos menores de 18 anos, os quais serão amparados por legislação especial, sendo este papel, atualmente, realizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 228 da CF/88 trata-se de um direito e garantia individual, a qual não pode ser suprimida, mas ampliada e melhorada, somente.

Bem lembram Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2015, p. 123): “o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição”. O legislador, com isso, quis assegurar a máxima proteção dos direitos e das garantias individuais, as quais são de inegável valor para a edificação de um Estado pautado na ordem democrática, em que é inadmissível a não observância constitucional.

A importância do art. 228 é gigantesca. É a partir dele que se tem a proteção da inviolabilidade de um direito individual dos adolescentes, os quais devem ser

destinatários de direitos e oportunidades, como garantia de um pleno desenvolvimento, não permitindo que qualquer legislação infraconstitucional os vilipendie de modo tão abrupto, causando verdadeiro retrocesso no que tange aos direitos e garantias individuais, e mais, desferindo grave descumprimento do que é garantido constitucionalmente.

Ademais, partindo de uma análise do art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988 tem-se que o artigo 228 está protegido como cláusula pétrea, destarte, Alexandre de Moraes afirma:

(...) assim, o artigo 228 da Constituição Federal encerraria a hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao artigo 150, III, b (Adin 939-7 DF) e consequentemente, autentica cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4.º, IV. (MORAES, 2005, p. 2176).

Diante disso, o art. 228 da CF/88 é um dispositivo que se encontra insuscetível de mudança que represente retrocesso e supressão de direitos e garantias individuais no nosso ordenamento, o que se dá pelo fato do mesmo ser uma cláusula pétrea.

4.1. O rol aberto das cláusulas pétreas

As cláusulas pétreas compõem um rol aberto, elas se encontram espalhadas no corpo da Constituição, não estando restritas a um único capítulo ou artigo. Se assim fosse, bastante fragilizada seria a proteção da Constituição Federal.

Ademais, o que é pertinente salientar, frise-se, é que as cláusulas pétreas não devem estar limitadas, elas são amplas e estão espalhadas, sendo certo que não são somente aquelas do art. 5º da CF/88. Assim, através de uma interpretação em conformidade com o que consta no próprio art. 5º, §2º, da CF/88, o art. 228 da Constituição Federal de 1988 resta concebido como uma cláusula pétrea, por tratar de um direito e garantia individual, estando rigorosamente protegido. Piovesan (2015, p. 149) elucida: “Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional”. Com base nisso, infere-se que as cláusulas pétreas são de grande importância na ordem constitucional, não podendo sofrer alterações, do contrário, grave atentado democrático ocorreria.

Alterar uma cláusula pétrea para reduzir a maioria penal, além de desobedecer ao que definiu o Poder Constituinte Originário, não traria os resultados que a sociedade tanto quer, ou seja, além de atropelar a Constituição, restringindo uma matéria protegida constitucionalmente, nada seria resolvido, ao contrário, os reflexos poderiam ser catastróficos.

O fato do art. 228 da CF/88 se enquadrar como uma cláusula pétrea, mesmo que fora do art. 5º, faz com que tal disposto seja protegido contra alterações que limitem seu alcance. Portanto, diante disso, a PEC 171/93 é absolutamente inconstitucional, pois coloca em ameaça um dos principais aspectos de uma Constituição democrática que são as cláusulas pétreas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A PEC 171/93 representa grave atentado ao Estado Democrático de Direito, haja vista que visa a limitar um direito fundamental. A proposta tem como escopo a redução da maioria penal para os 16 anos, ou seja, objetiva tratar adolescentes como adultos, os sujeitando a tratamento cruel, degradante e desumano.

O art. 228 da CF/88 determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, representando uma forte proteção à garantia de direitos fundamentais dos adolescentes, procurando garantir que estejam a salvo de um ambiente tão cruel como uma penitenciária, que em nada ressocializa e contribui para com um adolescente, pois estaria potencialmente em contato direto com criminosos dos mais variados tipos.

Lançando-se mão desses impactos nada viáveis na vida de um adolescente há que se observar que o art. 228 da CF/88, cláusula pétrea que é, está insuscetível de mudança para pior. Ainda, é bem verdade que o referido artigo se encontra fora do extenso rol do art. 5º, porém, podem estar esparsas no corpo da Constituição Federal, sendo elas verdadeiras cláusulas pétreas implícitas.

Partindo dessa premissa, a situação de inimputabilidade penal dos menores de 18 anos não pode ser alterada, devendo preservar esse estado, sendo aceitas mudanças apenas para melhorar e ampliar um direito protegido por uma cláusula pétrea, como é o presente caso, não podendo tal direito ser restringido ou totalmente suprimido, mas ampliado e melhorado, realizando o papel primordial de um Estado Democrático de Direito que é a garantia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Fato é que o Estado se omite naquilo que deve oferecer e por isso boa parte da população cai em situação degradante, sobretudo as populações marginalizadas, os moradores de periferia, os quais não recebem atenção nenhuma do Estado. Um Estado de Direito deve ter uma legislação que não vise punir a todo tempo, penalizar toda conduta, mas oferecer subsídios para que a população alcance pleno desenvolvimento, já que encarcerar definitivamente não é a solução para um problema estrutural como a entrada de adolescentes para o mundo crime, o que só será resolvido com políticas públicas avançadas e eficientes.

REFERÊNCIAS

ARCELO, Adalberto Antônio Batista; BONFIM, Vinícius Silva. A ética utilitarista e o funcionalismo sociológico como eixos genealógicos do decisionismo. **XXIV Congresso Nacional do Conpedi - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara**. PP. 191-211, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de maio de 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Promulgado em 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 07 de maio de 2019.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Lumen Juris, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 37ª ed., Petrópolis: Vozes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Biopolítica**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da Democracia: uma Introdução Crítica**. Artmed, 2009.

LYRA, Roberto. **Penitência de um Penitenciário**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILL, John Stuart. **O Utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2000.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 2^a ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.