



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ELIZABETE SOARES DE AMORIM

**CLÁUSULA PÉTREA E MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO
DO ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Fortaleza – Ceará
Nov/2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ELIZABETE SOARES DE AMORIM

**CLÁUSULA PÉTRETA E MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO
DO ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Dr. Daniel Maia.

Fortaleza – Ceará

Nov/2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A543c Amorim, Elizabete Soares de.

CLÁUSULA PÉTREA E MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO
DO ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL / Elizabete Soares de Amorim. – 2018.
48 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Maia .

1. Maioridade Penal.. 2. Cláusulas Pétreas.. 3. Direitos Fundamentais.. 4. Artigo 228 da
CRFB/88.. 5. Evolução Histórica. . I. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

Defesa do trabalho de conclusão de curso da graduação de **ELIZABETE SOARES DE AMORIM**, intitulado: **CLÁUSULA PÉTREA E MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, orientado pelo Prof. Dr. Daniel Maia, apresentado à banca examinadora, em 13 de novembro de 2018, às 19h00min.

Os membros da Banca Examinadora consideraram a candidata **APROVADA**.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Maia (orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Mestre Tiago Pinho Andrade
Unichristus

Prof.^a Mestre Érica Regina Albuquerque de Castro Brilhante
Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem o escopo de avaliar a redução da maioria penal, sob o prisma constitucional, tendo como paradigma a Constituição Federal de 1988, no tocante, em especial, às cláusulas pétreas ali predispostas, as quais têm, como efeito imediato, limitar o poder constituinte reformador, analisando, também, os elementos identificadores de direitos e garantias fundamentais. Para se alcançar essa finalidade, o estudo se iniciará pela realização de investigação histórica dos direitos e garantias fundamentais, suas principais características e apontamentos, bem como da maioria penal no direito brasileiro, verificando, ainda, a transição entre a doutrina da situação irregular ultrapassada e a atual doutrina da proteção integral, além da constitucionalização da inimputabilidade penal, fixada em 18 anos pelo poder constituinte originário de 1988. Será examinada, também, a extensão das cláusulas pétreas e se o artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) está coberto por tal proteção, haja vista a sua natureza jurídica de direito fundamental das crianças e dos adolescentes, bem como dos limites e hipóteses de redução ou abolição da norma. Ao final, constata-se que não há possibilidade de alteração do referido artigo, em razão de sua natureza jurídica de direito fundamental.

Palavras-chave: Maioria Penal. Cláusulas Pétreas. Direitos Fundamentais. Artigo 228 da CRFB/88. Evolução Histórica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO.....	14
2.1. Direitos e garantias fundamentais: histórico e apontamentos.....	19
2.2 Direitos e garantias fundamentais no Brasil.....	24
2.3 Características dos direitos e garantias fundamentais.....	26
3. IMPUTABILIDADE PENAL: UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	28
3.1 Evolução da maioria penal na legislação brasileira.....	33
4. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	39
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	47

**A Deus, por ser seu desígnio a minha graduação, e à minha família, maior
incentivadora da minha formação.**

**“Não me entrego sem lutar
Tenho, ainda, coração
Não aprendi a me render
Que caia o inimigo então
Tudo passa, tudo passará”**

(Renato Russo / Dado Villa-lobos)

INTRODUÇÃO

O tema maioridade penal vem sendo discutido com bastante frequência, tanto nos ambientes mais formais, como no Congresso Nacional e o meio acadêmico, quanto nos informais. Isto decorre do aumento exponencial da criminalidade no Brasil e, paralelamente, da sensação de medo, sendo contributos disso a ampla divulgação dos eventos criminosos nos fólios locais e nacionais.

É inegável que o contexto social atual enseja terror, com a ocorrência de tantos crimes violentos, torna-se uma reação natural. Os governos não conseguem combatê-los eficazmente, evidenciando a fragilidade do Estado perante as organizações criminosas. Apesar dos competentes servidores que atuam na área da segurança pública, o número de profissionais reduzido, bem como o suporte material modesto, não lhes permitem melhor aproveitamento.

Percebe-se, também, que a delinquência infantojuvenil cresceu assustadoramente, o que se deve a vários fatores, mas, devido ao desconhecimento, atribui-se exclusivamente à própria existência da maioridade penal. Nega-se, de início, intervenções outras que não sejam através da legislação penalista.

Os debates sobre a redução da maioridade penal são sempre enriquecedores, apesar de certa emoção envolvida, existem bons argumentos para ambos os raciocínios e de todos os vieses: político, social, histórico ou jurídico. Faz-se interessante para diversos ramos do conhecimento, o que causa esse aspecto multifacetado.

Exerce-se no presente trabalho de conclusão de curso, porém, a análise sob a ótica jurídica, desvinculada de quaisquer posicionamentos pessoais. O que se busca é tratar da maioridade penal de forma técnica, sem sofrer com as influências externas que poderiam forçar certo entendimento.

Assim, como esse ditame encontra previsão na própria Constituição Federal de 1988, faz-se mister investigar, primeiramente, a natureza jurídica da norma, pois influenciará na possibilidade de alteração futura. Por essa razão, o debate a ser feito deverá ser pautado tão somente na juridicidade, pois se constituirá como um prognóstico da questão dentro dessa perspectiva.

Desta feita, por ser a liberdade o cerne do artigo 228, pois impede que ela seja suprimida, mesmo na forma e hipóteses permitidas por lei, já que trata-se de pessoa com idade inferior à permitida, o estudo se iniciará a partir da temática direitos e garantias fundamentais.

Estes direitos e garantias, os quais não se confundem, recebem tratamento diferenciado pela Constituição brasileira, dada a sua sobressalente importância, que apenas se é compreendida quando analisada desde sua origem, observando a conjuntura histórica que propiciou esse nascimento, no âmbito mundial e mais detidamente no Brasil, chegando-se até os dias atuais.

Nesse diapasão, adianta-se que estas prerrogativas fundamentais tiveram, em primeiro lugar, a função de dirimir a ingerência estatal na vida privada, tornando-se a liberdade individual o principal direito dessa época, a qual, posteriormente, passou a denominar-se geração.

Assim, como o nosso país foi o pioneiro no tocante a positivar e subjetivar direitos em sua Lei Maior, deduz-se que, com o decorrer dos anos, tenha avançado muito na percepção sobre estes, refletindo-se na sua produção normativa.

Desse modo, ocorreu com a liberdade infantojuvenil, que culminou com a previsão no art. 228 da Constituição Federal atual. Essa disposição, contudo, já existia desde o ano de 1940, no Código Penal que vige até os dias atuais. Nesse interregno, a sociedade brasileira corroborou com tal entendimento e, quando surgiu a oportunidade de inovar originariamente em matéria constitucional, preferiu garantir essa liberdade do que silenciar.

Ademais, o histórico do tratamento dispensado às crianças e adolescentes é pertinente para ambientar o leitor ao tema, apresentando o cenário social, as influências sobre os pensamentos da época e como isso se converteu em previsão normativa.

Houve grandes modificações, adotando-se um critério diferente de aferição, qual seja, o do discernimento, importado do Código Francês. Ademais, o que se nota com a referida análise, é que a percepção sobre os atos cometidos pelos jovens ficou cada vez mais humana, buscando-se atender, na medida do possível, em maior grau seus direitos.

A idade foi fixada em diferentes patamares e, posteriormente, optou-se por regimes especiais aos que tinham menos de 18 anos de idade. Modificou-se, também, a ótica sobre os jovens pobres ou em que viviam na chamada “situação irregular”, que recebiam do Estado a mesma resposta que os infratores.

Portanto, distanciando-se da discussão menos técnico-jurídica e primando pela contribuição ao mundo acadêmico, se analisar a possibilidade de alteração, por meio de emendas ao texto constitucional, da idade lá estabelecida ou do critério adotado pelo Brasil.

O presente trabalho tem como objetivo geral realizar o cotejo entre a maioria penal estabelecida constitucionalmente, em sede de poder constituinte originário, com a primazia da vontade do Poder Legislativo atual. Segue-se a análise de sua natureza jurídica, que pretende-se provar ser um direito fundamental, acompanhada de uma garantia perante o poder de império do Estado.

Já como objetivos específicos, tem os seguintes: analisar, historicamente, a conjuntura social que ensejou o surgimento dos direitos e garantias fundamentais, buscando alcançar a sua finalidade, respectivamente, no plano mundial e nacional; apontar os elementos caracterizadores dos direitos e garantias fundamentais, segundo a melhor doutrina, bem como sua classificação; avaliar se as prerrogativas com *status* fundamental são *numerus clausus*, ou se admitem extensão, tendo em vista a doutrina, mas também o que a jurisprudência consagra; definir a maioria penal brasileira ao longo dos anos, os critérios de aferição da responsabilidade para ser processado e executado criminalmente, bem como a resposta dada pelo Poder Público às crianças e jovens infratores e analisar a possibilidade e limites ao poder constituinte reformador, além de discorrer sobre as cláusulas pétreas, apontando conceituações, efeitos e a possibilidade de relativização.

Quanto à metodologia, observa-se que assunto proposto para ser abordado, devido à atenção grandiosa depositada pela sociedade sobre ele, passa por significativas mudanças a nível legislativo, social e político.

Foram estabelecidos os objetivos alicerçados sobre as premissas da objetividade e clareza do conhecimento apresentado, portanto serão realizadas abordagens teóricas necessárias para elucidação de dúvidas sobre a conceituação dos termos a serem utilizados, bem como a menção a fatos históricos correlatos a eles, a fim de contextualizar o leitor sobre a criação, permanência e evolução dos direitos e garantias fundamentais e da instituição da socioeducação, encontrando, ao final, dados concretos que reflitam a situação atual de sua aplicação, trazendo uma abordagem crítica e prática sobre o tema.

Para tanto, a metodologia empregada perpassa, necessariamente, pela pesquisa bibliográfica, com o fito de precisar os conceitos dos institutos e princípios abordados e suas características, além da pesquisa histórica a respeito destes.

Ainda, faz-se imperiosa a utilização da consulta jurisprudencial, observando como se consagrou a controvertida questão, atinente, também, às prerrogativas fundamentais e a possibilidade de extensão e alteração destas.

Por fim, examinar-se-á como a maioria penal foi tratada desde sua introdução no direito brasileiro, além das mudanças legislativas mais relevantes que tinham como escopo modificar a sua estrutura, com a ampliação ou redução de sua incidência, através de investigação legislativa.

No tocante à referência bibliográfica, haja vista que a abordagem do presente estudo requer primor nas conceituações a serem realizadas, tendo em vista a relevância de cada um dos institutos para a construção do entendimento satisfatório do tema.

Diante desse desafio, busca-se a qualidade do material produzido, através da utilização da doutrina produzida pelo douto professor Paulo Bonavides, em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, publicado pela Malheiros Editores, na qual se discorre, especificamente, sobre os direitos e garantias fundamentais, apontamentos histórico relevantes e, principalmente, sobre a classificação destes em gerações.

Nesse diapasão, o renomado autor José Afonso da Silva acrescenta, com as lições presentes no livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”, também publicado pela Malheiros Editora, ao assunto, fornecendo outras ocorrências históricas e os efeitos das normas constitucionais, das cláusulas pétreas e extensão dos direitos fundamentais.

Para desenvolver bem a temática, mister que se compreenda a existência das prerrogativas concedidas pela Constituição Federal de 1988, bem como em que consistem precisamente, como informa o outro constitucionalista de prestígio Uadi Lammêgo Bulos, extraído-se do seu “Curso de Direito Constitucional”, publicada pela editora Saraiva.

Fornecem seus préstimos, também, o ministro Alexandre de Moraes em sua obra “Aulas de Direito Constitucional” e os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, com os ensinamentos constantes no seu “Direito Constitucional Descomplicado”.

Ainda, especificamente sobre o tema da maioria penal, traz-se à baila o livro “A maioria Penal nos debates parlamentares – motivos do controle e figuras do perigo”, do doutor em criminologia Ricardo Cappi, o qual contribui com os apontamentos históricos importantes para a compreensão da socioeducação brasileira atual, demonstrando o percurso até o momento.

A obra “Maioria Penal – cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988?”, dos professores Daniel Maia e Danilo Ferraz, enfrenta a problemática frontalmente, propiciando ao presente, contribuição inominável.

Ademais, a conceituação precisa da imputabilidade penal e como se estabelece no ordenamento jurídico nacional, fica a cargo do ilustríssimo professor Cezar Roberto

Bitencourt, em seu livro “Lições de direito penal – parte geral”, além do autor Rogério Greco, que discorre ainda mais em seu “Curso de Direito Penal Parte Geral”.

Comentários de Luiz Flávio Gomes, em seu artigo “Redução da maioridade penal” e a nota pública do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM sobre a manutenção, aplicação e fortalecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Finalizo, retomando o aspecto constitucional e citando ensinamentos do célebre professor José Joaquim Gomes Canotilho, em sua famosa obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”.

2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 dita, em seu preâmbulo, que os “(...) representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade (...)”.

Já em suas primeiras linhas, o legislador constituinte originário revelou as premissas em que se funda todo o texto da CF/88, quais sejam: assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, entre outros.

Mas, como se verá adiante, a adoção desse viés ideológico foi resultado de uma longa trajetória histórica, marcada por lutas e revoluções, as quais objetivaram libertar o povo das amarras do poder absoluto do Estado, tolhendo-lhe excessivamente suas faculdades.

Os direitos sobreditos são dotados de sobressalente importância, prenunciados desde o exórdio constitucional, o qual servirá de orientação para o intérprete, dirimindo possíveis ambiguidades, revelando que espírito de que estava imbuída aquela assembleia.

Todavia, são de tormentosa conceituação, tarefa especialmente dificultada em razão do emprego de variadas expressões pela doutrina, cada uma com justificativa de ser a mais correta por fazer presente determinado aspecto. Porém, não se pode afirmar que é frívolo preciosismo, tendo em vista a necessidade das ciências jurídicas utilizarem-se de terminologias adequadas. SILVA (2005, p. 176) relaciona as mais relevantes, como se lê a seguir:

“(...) *Direitos naturais* dizem-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; *direitos inatos* que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Não se aceita mais com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas. São *direitos positivos*, que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico. Sua *historicidade* repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado, para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo.

Direitos humanos é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia *direitos do homem*, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais.

Direitos individuais dizem-se os direitos do indivíduo isolado. Ressumbra *individualismo* que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII.

É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Contudo, é ainda empregada para denotar um grupo de direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis. É usada na Constituição para exprimir o conjunto de direitos fundamentais, concernentes à *vida*, à *igualdade*, à *segurança* e à *propriedade*.

Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão “direitos individuais”, à concepção individualista do homem; por isso também se tornara insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais. *Direito subjetivo* conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo. Nesse sentido, seu exercício, ou não, depende da simples vontade do titular, que deles pode dispor como melhor lhe parecer, até mesmo renunciá-los ou transferi-los, além de serem prescritíveis, situações essas incompatíveis com os direitos fundamentais do homem. Cunhou-se, depois, a expressão *direitos públicos subjetivos* para exprimir a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, visando colocar os direitos fundamentais no campo do Direito Positivo. 'A figura do Direito Público subjetivo [alerta Pérez Luño com razão] é uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de determinado tipo de Estado, o liberal, e a umas condições materiais que foram superadas pelo desenvolvimento econômico-social de nosso tempo'. Entendida como *autolimitação estatal* em benefício de determinadas esferas privadas, tal categoria acha-se superada pela própria dinâmica econômico-social do nosso tempo, em que o desfrute de qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos. Pois, ainda na lição do citado autor, tudo aquilo que, para a ideologia liberal, aparecia como direitos públicos subjetivos, ou como esferas de atividade privada contraposta à atividade pública, ou como liberdades limitadoras do poder, passa a ser considerado, sob o prisma do Estado Democrático de Direito superador da involução do Estado Social de Direito, como momentos do exercício do próprio poder, a este coexistencial e não a ele contraposto. Cumpre, no entanto, advertir, para recusar razão a uma corrente reacionária que nega valor jurídico eficaz aos enunciados dos direitos fundamentais, neles vendo apenas valor moral, que a eles se aplica a expressão *direitos subjetivos*, sem importar com qualificativo de privado ou público, quando ela é empregada no sentido de direitos oponíveis ou exigíveis, isto é, quando considerada *situação jurídica subjetiva de vantagem* dotada de eficácia jurídica, porque devidamente garantida como capaz de ser efetivada em favor de seu titular. *Direito subjetivo* no sentido de *permissão concedida* pelo Direito Constitucional objetivo ao homem.

Liberdades fundamentais e *liberdades públicas* são também expressões usadas para exprimir direitos fundamentais. São conceitos limitativos e insuficientes. A primeira é ainda mais restrita, referindo-se apenas a algumas liberdades. A última é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com conceitos *liberdade-autonomia* (igual aos direitos individuais clássicos) e *liberdade-participação* (também chamada *liberdades políticas*, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos). Consideradas na doutrina francesa como direitos do homem despidos de sua concepção jusnaturalista pela positivação estatal, as liberdades públicas não têm o mesmo conteúdo deles, como observa Rivero, não se incluindo no seu conceitos direitos econômicos e sociais. É um conceito ainda pobre de conteúdo, muito ligado à concepção dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formulação tradicional individualista.

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta

e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17.

A expressão *direitos fundamentais do homem*, como também já deixamos delineado com base em Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas *limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*. Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve por em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momentos histórico. A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: *Estado Democrático de Direito*. O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em dado ordenamento (restou dar, na Constituição, consequências coerentes na ordem econômica) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, como dissemos acima, na expressão também se contêm princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos. (...)"

Superando-se a questão prejudicial quanto ao momento oportuno de se fazer uso de certa expressão, bem como o sentido que se deseja alcançar, passemos para a análise da conceituação. Igualmente árduo é o encargo de se dar definição a algo, mais ainda de tamanha relevância.

BULOS (2011, p. 515) fornece-nos sua percepção sobre estes, afirmando que podem ser entendidos como:

"(...) 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. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. (...)"

Logo, resta evidente para o autor que esse direitos regem a boa convivência entre os indivíduos, protegendo de mazelas social de ordem gravíssima, tais como todas as formas de discriminação, seja ela de natureza religiosa ou racial, seja quanto à origem do outro ou sua condição econômica. Enfim, transparece que o fundamental reside no respeito aos diferentes modos de pensar e agir perante à sociedade.

Ato contínuo, BULOS (2011, p. 516), adentra na discussão quanto à qual vocábulo ou locução enseja maior exatidão, sugerindo, por conseguinte, o uso da expressão "liberdades públicas em sentido amplo", as quais são entendidas como:

"(...) conjunto de normas constitucionais que consagram limitações jurídicas aos Poderes Públicos, projetando-se em três dimensões: civil (direitos da pessoa humana), política (direitos de participação na ordem democrática) e econômico-social (direitos econômicos e sociais). Outras dimensões: José Carlos Vieira de Andrade, por sua vez, detectou as liberdades públicas em três perspectivas: filosófica ou jusnaturalista (direito de todos os homens, em todos os tempos e em

todos os lugares), universalista ou internacionalista (direitos de todos os homens em todos os lugares, num certo tempo) e estadual ou constitucional (direitos dos cidadãos num Estado concreto). (...).”

Pelo segundo, prossegue com seu raciocínio, declarando que os direitos fundamentais têm como escopo a defesa e a instrumentalização. Quanto àquele, a finalidade é permitir o processamento em juízo de lesões aos bens protegidos, vedando a ingerência estatal na esfera privada dos sujeitos. No que se refere a este, objetiva-se fornecer ao particular os meios de reivindicar do Estado tutela de, entre outros interesses:

“(...) o cumprimento de prestações sociais (saúde, educação, lazer, moradia etc.); a proteção contra atos de terceiros (segurança, inviolabilidade de domicílio, dados informáticos, direito de reunião etc.); e a tutela contra discriminações (desrespeito à igualdade, proibição ao racismo, preconceito religioso, distinções de sexo, origem, cor etc.). (...)”

Assim, há uma finalidade dúplice, uma de natureza paralisante ou negativa, pois visa-se garantir a omissão dos poderes estatais no que tange questões de foro íntimo ou que não gerem quaisquer prejuízos; outra comissiva ou positiva, guarnecendo os cidadãos de mecanismos para exigir contraprestações do governo e, por conseguinte, efetivar suas prerrogativas.

Cumprido ressaltar que, o renomado autor BULOS (2011, p.521), esclarece que não se pode confundir direitos e garantias fundamentais. São conceitualmente distintos e, portanto, materializam produtos singulares, a saber:

“(...) Direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal. Exemplo: art. 5º, XVI e XXII. Garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado. Exemplo: art. 5º, XXXV a LXXVII. Na lição de Ruy Barbosa, os direitos fundamentais consagram disposições meramente declaratórias (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos). Já as garantias fundamentais contêm disposições assecuratórias (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos). Embora o Título II da Carta Maior tenha mencionado a terminologia ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, não distinguiu uma categoria da outra. Resta o intérprete fazê-lo. (...)”

Nessa toada, SILVA (2005, p.186) tece críticas ao legislador constituinte, pois não enfrentou a problemática eficazmente, delegando aos doutrinadores a correção, *a posteriori*, do que fora posto na CF/88. Senão vejamos:

“(...) A Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: ‘Dos direitos e garantias fundamentais’, mas deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias. O Capítulo I desse Título traz a rubrica: ‘Dos direitos e deveres individuais e coletivos’, não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se garantias. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os. (...)”

Este autor afirma, ainda, que a soma das garantias “(...) forma o sistema de proteção deles: proteção social, proteção política e proteção jurídica. (...)”. Destarte, as subdivide em duas espécies: gerais e específicas. As primeiras vedam o quaisquer abusos de poder que violem os direitos que asseguram, a exemplo da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF/88). As últimas procedimentalizam o acesso aos direitos assegurados de forma geral, dando aos seus titulares o meio necessário para o cumprimentos de suas prerrogativas, como se observa com a previsão do *habeas data* ou da ação popular, instrumentos hábeis a proteger os interesses individuais e coletivos dadas as circunstâncias em que ocorreram as violações.

Leia-se, *in verbis*, a lição de SILVA (2005, p.189):

“(...) As garantias fundamentais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais. As garantias constitucionais especiais são normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direitos principais. (...)”

Cumprido, por fim, esclarecer a quem se destinam os direitos e garantias fundamentais. BULOS (2011, p. 525) defende que estas voltam-se, em primeiro lugar, aos 3 poderes estatais, haja vista que, quando do exercício de suas funções, sejam típicas ou atípicas, tornam-se os destinatários imediatos da norma constitucional. Vejamos a referida lição:

“(...) As normas constitucionais são voltadas, primeiramente, para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, ao exercer suas respectivas funções, tornam-se os destinatários diretos, primeiros ou imediatos das liberdades públicas. Ao aplicar os dispositivos da Carta Maior às situações concretas, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário efetivam os direitos e garantias fundamentais. É nesse estágio que o povo passa a ser receptor do Texto Supremo. (...)”

Prossegue BULOS (2011, p. 525), afirmando que é “(...) ilusório e utópico dizer que as liberdades públicas são voltadas, num primeiro momento, aos cidadãos. Estes são os destinatários indiretos, secundários ou mediatos dos direitos e garantias fundamentais (...)”, tendo em vista que, como se vê na disposição “todos são iguais perante a lei” contida no art. 5º, *caput*, da CF/88, é indispensável que, para se concretizar o ditame referido, o Estado deve movimentar-se para tal fim, passando previamente pela análise da autoridade executora e, depois, tão somente, tocar a realidade dos

particulares.

Diz BULOS (2011, p. 525), ainda, que a proteção compreende tanto as pessoas físicas, quanto as jurídicas no que couber, sem realizar distinção no tocante à origem, podendo ser nacionais ou estrangeiras, desde que estas se encontrem no território nacional, ou no que tange meros preconceitos religiosos, raciais ou políticos.

2.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: HISTÓRICO E APONTAMENTOS.

A Constituição brasileira de 1988 declara, em cinco capítulos, os direitos e garantias fundamentais assegurados por nosso país. Eles estão dispostos dos artigos 5º ao 17, subdivididos em categorias, as quais são: direitos individuais e coletivos – capítulo I, direitos sociais – capítulo II, direitos da nacionalidade – capítulo III, direitos políticos – capítulo IV e direitos relativos à participação político-partidária, bem como à existência dos partidos e sua organização.

Estes direitos fundamentais ou humanos correspondem a um conjunto de prerrogativas, exigidas pelas premissas da dignidade, igualdade e fraternidade, a fim de propiciar ao indivíduo o desenvolvimento de suas faculdades, seja considerado isoladamente, seja visto sob o prisma social, resguardando o direito de participar da vida política ou do gozo de sua liberdade em conjunto com o respeito ao arbítrio do outro.

Entretanto, a previsão de tais direitos, apesar de sua indiscutível imprescindibilidade, não foi constante em todas sociedades politicamente organizadas do mundo. Descortinou-se, gradualmente, a necessidade de afirmação destes, sujeitando parcela da humanidade, por séculos, a prejuízos irreparáveis.

Segundo o duto constitucionalista CANOTILHO (1948, p.197), a positivação destes valores históricos e filosóficos, entendidos como universais, ocorreu, tão somente, no ano de 1789, com Revolução Francesa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem.

Diz CANOTILHO (1948, p.197), ainda, que não se pode olvidar as declarações de direitos realizadas pelos Estados Americanos, intitulada como “Virgínia Bill of Rights”, no ano de 1776, ocasião em que firmaram-se como independentes, frente ao domínio inglês.

Portanto, os direitos fundamentais têm sua aurora vinculada à premência de se impor limites à ingerência estatal na vida privada. De certo, buscou-se tutelar legalmente as liberdades, conferindo-lhes maior segurança perante o poder governamental. A exigência, nesse momento histórico, resumia-se a, tão somente, a abstenção do Estado,

elevando o grau de autonomia de alguns setores da sociedade.

Nesse sentido, explica SILVA (2005, p. 159) o contexto social em que ocorreu esta mudança:

“(...) As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí por que as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como *liberdades-resistência* ou como meio de limitar o poder, que, então era absoluto. (...)”

Assim, a burguesia foi determinante para perfazer os primeiros contornos da atuação do poder estatal. Reduziu-se a abrangência deste, o que somente foi possível devido à emancipação de ordem econômica desse setor, transformando-se na força motriz necessária para principiar uma revolução. O estado de coisas era desagradável à classe burguesa, a qual gerava muita riqueza ao tesouro, sustentando os que, por herança, mantinham luxos que não conquistaram.

Somando-se o descontentamento generalizado com o suporte material advindo do setor, rompeu-se uma revolução, conhecida como francesa, ou de 1789, a qual culminou com a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, conforme leciona SILVA (2005, p.158):

“(...) O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da *liberdade*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *legalidade* e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecera, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista. (...)”

Nesse viés, BONAVIDES (2005, p. 563) classifica os direitos, advindos desse período revolucionário, com o nome de “primeira geração”, pois ele ensina que os direitos fundamentais:

“(...) passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. Enfim se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. (...)”

Tal processo, segundo BONAVIDES (2005, p. 563), equivale, respectivamente, ao lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”, o qual “(...) exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais,

profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização (...).”

Isto posto, BONAVIDES (2005, p. 563) ensina que direitos surgiram deste episódio histórico, os quais têm como titular o indivíduo, oponíveis ao Estado, correspondendo aos atributos pessoais do sujeito, bem como guardam grande carga de subjetividade, de acordo com o que a seguir se expõe:

“(...) Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na condição política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder. (...)”

Estes direitos são concernentes à liberdade pública, qualificadas como clássicas, assim como aos direitos de participar da vida política. A liberdade, logo, demonstrar ser o tema central da referida geração, está relacionada indissociavelmente a uma omissão do Estado. Objetivava-se, por conseguinte, o efeito negativo da norma, implicando omissão estatal relativa, prioritariamente, à classe burguesa emergente à época.

Empós a gloriosa vitória sobre o absolutismo monárquico, a sociedade se encaminhou para um novo modelo econômico, marcadamente comercial, no formato industrial, demandando volumosa mão de obra, a custos baixíssimos e de acordo com os ditames do proprietário do negócio.

Desta feita, com a ausência do Estado alcançada na revolução que propiciou a geração da liberdade, os detentores do capital passaram a explorar a atividade comercial de forma indiscriminada, subjugando o trabalhador a condições sub-humanas, a fim de obterem, por um custo menor, altos valores, ou seja, maiores lucros.

Nesse cenário, as mulheres trabalhavam cerca de 16 horas por dia, o dobro do que a legislação brasileira permite em situações normais. Insatisfeitas com essa rotina intensa de atividades, com intervalo intrajornada de apenas 8 horas, um grupo de trabalhadoras iniciou uma manifestação, em que se protestava por melhorias, destacando-se a redução da jornada de trabalho em 2 horas.

Os patrões, então, ordenaram que as portas fossem trancadas e, em seguida, que se ateasse fogo na fábrica com as funcionárias dentro, com o intuito de utilizar tal evento como exemplo para os demais e reprimir quaisquer protestos futuros. A repercussão ganhou proporções mundiais e, desde então, a cada novo ano, o dia 8 de março

representa o Dia Internacional da Mulher.

Diante desse quadro, PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 103) afirmam que alguns movimentos sociais do século XIX propiciaram a transição do Estado liberal para o Estado social, o qual buscava assegurar, minimamente, o suporte básico aos hipossuficientes. Além disso, promovia-se, também, a igualdade material entre os indivíduos, através da intervenção estatal, distanciando-se daquela meramente formal que, até então, era estabelecida.

Para ilustrar, SILVA (2005, p. 159) explicita como o desenvolvimento econômico trouxe novas características ao tecido social, a saber:

“(...) No entanto, o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas *liberdades formais*, de sentido negativo, como resistência e limitação ao poder. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições *materiais* para exercê-las. (...)”

Desse modo, as liberdades formalmente garantidas à classe burguesa não se mostraram suficientes para os operários, os quais não contavam com qualquer poderio, subjugados às ordens dos industriais. Desenhava-se, então, outra forma de opressão: o capitalismo incontido, oposto ao Estado, mas igualmente cerceador do direito à liberdade.

A miséria do proletariado, decorrente da concentração da riqueza nas mãos de poucos, bem como o quadro de pós Primeira Grande Guerra (1914-1918), em que a Europa ficou destruída, levou à necessidade de implementação de políticas públicas para resgatar a economia e trazer o desenvolvimento.

Desse modo, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919 passaram a incorporar os direitos sociais, como continua demonstrando o renomado autor, SILVA (2005, p.160):

“(...) a Constituição mexicana de 1917 que, por primeiro, sistematizara o conjunto dos direitos sociais do homem, restrita, no entanto, ao critério de participação estatal na ordem econômica e social, sem romper, assim, em definitivo, com o regime capitalista. A Declaração dos Direitos Sociais (trabalho e previdência social) consta do extenso art. 123 daquele documento constitucional, ainda em vigor. No mesmo sentido, seguiu-se a Constituição alemã de Weimar, de 1919, abrindo seu Livro II com a rubrica dos *Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães*, sob a qual inclui os *direitos da pessoa individual* (cap. I), os *direitos da vida social* (cap. II) os da *vida religiosa* (cap. III), os da *educação e escola* (cap. IV) e os da *vida econômica* (cap. V). Os direitos sociais e econômicos, dentro do regime capitalista, estão reconhecidos e garantidos ao lado dos direitos individuais, como na Constituição mexicana, que é mais avançada do que aquela. Mas foi a de Weimar que exercera maior influência no constitucionalismo de pós-Primeira Guerra Mundial, até na brasileira de 1934. (...)”

À vista disso, apenas no século XX se reconheceu os direitos fundamentais sociais, tendo o Estado abandonado a postura abstencionista que outrora fora bastante requisitada, para então intervir à favor dos trabalhadores.

Nesse viés, BONAVIDES (2005, p. 564) tece considerações importantes sobre essa nova geração de direitos, a saber:

“(...) Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado, São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os amparar e estimula. Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sem resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. (...)”

Ato contínuo, o professor SILVA (2005, p.565) ensina que, nessa geração, germinou-se a consciência de que salvaguardar o indivíduo tem a mesma importância que proteger a instituição, entendida esta como: “uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista”.

Disto, surgiram as garantias institucionais, de acordo com SILVA (2005, p.565), como um novo conteúdo dos direitos fundamentais, as quais resultaram da percepção do sujeito inserido socialmente, o que lhe confere maior “(...) densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude (...)”. A existência dessas garantias evidenciou que não apenas são direitos fundamentais os relativos à liberdade.

Ainda, PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 103) dispõem que os direitos de segunda geração são implementados por políticas e serviços públicos, sendo estes chamados de direitos positivos, por imporem ao Estado a obrigação de adimpli-los. Porém, não se diferenciam dos de primeira geração apenas pela atuação comissiva governamental, mas por possuírem objeto absolutamente distinto, qual seja: “intervencionismo estatal em defesa do mais fraco”.

Superada essa fase, BONAVIDES (2005, p. 569) apresenta um novo panorama:

“(...) A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e

subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais e coletivos. Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. (...)"

Esta, denominada de terceira geração, ganhou importância no fim do século XX, ocasião em que se buscou cristalizar o humanismo e a universalidade em maiores proporções, revelando, assim, a preocupação com os direitos desvinculados das órbitas individualista ou grupal, ou seja, com aqueles que partiam do pressuposto de que somos seres sociais e sociáveis.

Explica BONAVIDES (2005, p. 569), ainda, que essa geração tem o escopo de tutelar, em primeiro lugar, os interesses do "(...) gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (...)", identificados pelo autor como o direito ao "(...) desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (...)".

A figura central deixa de ser o sujeito, seja entendido individualmente, seja devido ao seu pertencimento a determinado setor da sociedade, seja, ainda, por seu vínculo com alguma nação, denotando o caráter universal, conforme BONAVIDES (2005, p. 569). Tem-se, por conseguinte, o foco na coletividade, destacando-se, aqui, a titularidade difusa. Vê-se, portanto, que tais direitos são caracterizados por sua meta ou transindividualidade.

Aponta BONAVIDES (2005, p. 569), também, uma quarta geração, a qual elege como seus direitos contemporâneos aqueles relativos à informação, à democracia e ao pluralismo. Esta é decorrente da chamada "globalização dos direitos fundamentais", correspondendo a universalização destes no âmbito institucional.

Enxerga o douto professor BONAVIDES (2005, p. 571) que, com os avanços da tecnologia, caminhamos para uma democracia direta, priorizando-se a comunicação e a circulação de informações. Compreendem os direitos dessa geração a evolução da cidadania e a liberdades dos povos que já se avizinha, oportunizando uma globalização política.

2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.

Segundo SILVA (2005, p. 170), o Brasil tem, desde a sua primeira constituição,

positivado os “(...) direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país (...)”, sendo, inclusive, a constituição do Império brasileiro a pioneira, mundialmente, a subjetivar e positivar tais direitos.

Desde o ano de 1824, temos, no seio da carta política nacional mais importante, a cristalização do interesse em assegurar ao povo os direitos e garantias individuais, já consignados quase de forma integral, não apresentando inovação absoluta nesse aspecto.

Continua o autor afirmando que a Constituição de 1891 continham, além dos direitos atinentes à liberdade, à segurança e à propriedade, certas garantias funcionais e militares e um artigo que sinalizava o caráter exemplificativo do rol, característica presente em todas as constituições que a sucederam.

A subsequente, de 1934, abriu um título específico para a “Declaração de Direitos”, dispondo sobre os direitos e garantias individuais, bem como os concernentes aos políticos e à nacionalidade, modelos copiados pelas demais constituições subsequentes, salvo a Carta Ditatorial de 1937.

Além disto, inovou ao inscrever o título “Da Ordem Econômica e Social”, decorrente do contexto social da época, qual seja, o pós-Primeira Guerra Mundial, identificando os direitos econômicos e sociais do homem.

A Constituição do ano de 1946 dispôs sobre o direito à vida, bem como melhor estruturou os direitos já reconhecidos previamente, evolução percebida nas consecutivas, até se chegar ao modelo adotado pela que vige nos dias atuais em nosso país.

A Constituição Federal brasileira mais moderna é datada do ano de 1988, e possui extenso rol de incisos no artigo 5º, bem como os artigos 6º, 12, 14 a 17, 193 e seguintes, os quais dispõem expressamente sobre os direitos eleitos como fundamentais pelo legislador constitucional originário.

Apesar de estarem listados, esse rol é meramente exemplificativo, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal, quando julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7-MC/DF, característica presente em todas as constituições desde a do ano de 1891.

Assim, podemos afirmar que eles se sobrepõem aos demais direitos em importância, sendo por essa razão que a Constituição Federal de 1988 veda qualquer restrição ao seu texto, conforme seu artigo 60, § 4º.

O autor BULOS (2011, p.117), assim como a doutrina majoritária, aponta que a CF/88 seja rígida, com grau de rigidez médio. Há um quórum necessário para modificá-la,

conciliando o progresso e a sua estabilidade, consistindo em um processo legislativo especial. Contudo, ela consagra um núcleo intocável, o qual jamais poderá ser modificado, chamado de *cláusulas pétreas* e, dentre essas, estão os direitos e garantias individuais, o que não a caracteriza como superrígida.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Consoante o ensinamento do professor SILVA (2005, p.181), são reconhecidos quatro caracteres comuns a esses direitos, a saber:

(...) (1) Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

(2) Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(3) Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

(4) Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados. (...)"

Desse modo, pode-se afirmar que os direitos têm origem remota e, há longo tempo, evoluem, passando por atualizações e adaptações. Outros surgem com o decorrer dos anos, bem como a interpretação sobre os existentes previamente se modifica em compasso com a conjuntura histórica.

Para exemplificar, se discute modernamente se temos o direito fundamental à internet, conforme o fundamento da ADPF n.403, STF, a qual fora ajuizada para questionar decisões judiciais que bloqueiam o uso de aplicativos de relacionamento, ferramentas de mídias sociais, como forma de forçar o cumprimento de determinação de acesso aos dados de suspeitos de crimes.

A inalienabilidade diz respeito à impossibilidade de transferi-los para outro titular, haja vista pertencerem à esfera de necessidades humanas que se congrega à dignidade da pessoa humana, tal como o direito à vida.

Ademais, estes não podem ser avaliados economicamente. Exatamente por essa razão, por não possuírem caráter patrimonial, também não prescrevem. Não se perde,

portanto, a capacidade de exercer estes direitos, ainda que por desuso ou qualquer motivo. Mantém-se, em potencial, por toda a vida do indivíduo, não se falando em decadência ou prescrição.

Nessa perspectiva, fala-se que, haja vista a faculdade de exercê-los ser permanente, ainda que o sujeito se abstenha de usá-los, não se permite a renúncia. A despeito de admitir-se restrições pontuais, jamais estas poderão ser definitivas.

Apesar da peculiar condição desses direitos, situação que lhes garantem *status* diferenciado dos demais, estes permanecem sendo relativos. Não há a permissão para exercê-los de modo irrestrito, pois, a depender da lide, estar-se-á diante de direitos, com estatura fundamental, e absolutamente colidentes.

Quanto ao direito à vida, discutiu-se doutrinariamente se poderia considerá-lo absoluto. Contudo, o nosso próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade da pena de morte, em caso de guerra declarada, restando superada essa divergência.

Ainda, a própria CF/88, no artigo 5º, § 1º, diz que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, demonstrando a força normativa presente no texto, mesmo as normas tidas como programáticas.

Sobre isso, o referido autor, SILVA (2005, p. 180) diz que: “(...) A eficácia e a aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado (...)”, revelando que, a despeito da disposição contida no art. 5º, § 1º da CF/88, a simples afirmação não expurga quaisquer problemas. Não se coaduna com a lógica jurídica, visto que temos, por exemplo, algumas normas definidoras de direitos, tais como os sociais, que dependem de legislação ulterior para serem aplicadas.

Nesse viés, BULOS (2005, p. 529) diz que:

“(...) Está escrito no art. 5º, § 1º, da Carta de 1988 que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Analisando esse parágrafo vemos que nem todos os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. É o caso dos incisos VIII, XIII, XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º, que precisam de leis para se tornar plenamente exequíveis. Assim, o § 1º do art. 5º deve ser interpretado *cum granun salis*, porque as liberdades públicas têm aplicação imediata se, e somente se, a Constituição Federal não exigir a feitoria de leis para implementá-las. (...)”

Portanto, na medida do possível, eles têm aplicação direta e integral, sendo autoexecutáveis tão somente quando a própria Constituição Federal não impuser obstáculos, tal como aquele à liberdade de trabalho prevista no art. 5º, inciso XIII, o qual condiciona-o à elaboração de lei.

3. IMPUTABILIDADE PENAL: UM DIREITO FUNDAMENTAL.

A garantia de liberdade aos particulares, assim como todos os direitos e garantias fundamentais, é relativa, sendo suprimida quando for necessário para a consecução do bem-estar social. Assim, admite-se na Constituição Federal vigente, as seguintes penas:

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

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (...)

Portanto, ao se realizar as condutas previstas como proibidas pelo ordenamento, fica-se sujeito às penalidades cominadas, as quais se darão nos moldes do artigo acima, reduzindo, sobremaneira, a arbitrariedade do legislador ordinário.

Não é qualquer indivíduo, entretanto, que pode ser submetido à legislação penal. GRECO (2008, p. 396) disponibiliza a sua conceituação:

“(...) Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção. (...)”

Nesse jaez, SANZO BRODT (1996, p. 46) assevera que:

“(...) A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. *Bettiol* diz que o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’, deve ter, pois, ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir’. O segundo, a ‘capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme, *Bettiol*, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor inibitório da ameaça penal (...)”

O próprio código exclui, em seu título III, dos artigos 26 ao 28, os sujeitos que sejam doentes mentalmente ou que possuam desenvolvimento, nesse aspecto, incompleto ou retardado, que os tornem incapazes de compreender integralmente a

ilicitude do fato ou de determinar-se consoante esse entendimento, bem como os menores de 18 (dezoito anos), perfazendo-se como um critério de ordem objetiva.

Assim, continua GRECO (2008, p. 397), afirmando que o Código Penal adotou o critério biopsicológico para avaliar a imputabilidade do agente. A inimputabilidade será de dois tipos: por doença mental ou natural.

Interessa ao presente estudo apenas o segundo, que diz respeito, tão somente, à idade do agente. GRECO (2008, p. 399) leciona que:

“(...) A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, onde, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente biológico. (...)”

Ele explica que, em verdade, ao menor de 18 (dezoito) anos que transgredir as regras dispostas na legislação penal e, portanto, comete ato infracional e não crime, aplica-se-lhe uma das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

A citada idade mínima foi, primeiramente, disposta pelo Código Penal no ano de 1940 e, apenas posteriormente, em 1988, foi incluída na Constituição Federal, revelando uma evolução quanto à conscientização da importância desta prerrogativa, a qual passou a ser dotada de *status* hierarquicamente superior.

A preocupação do legislador constituinte originário moderno se traduziu no artigo 228, a saber: “(...) São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. (...)”, expressando o intuito de tratar diferentemente os que se encontrem assim caracterizados.

O ECA é resultado desse movimento protecionista propiciado pela Constituição, o qual traz um procedimento especial de aplicação da medida, diverso do que ocorre nos processos criminais, além de perder o caráter de pena, tendo o escopo de socioeducá-los e reinseri-los à comunidade.

O artigo 228 trata da liberdade do indivíduo até o alcance da maioridade, portanto, consiste em um direito fundamental do homem, especificamente do ser humano em formação. Requer-se, aqui, a abstenção do Estado quanto à persecução na modalidade penal.

Assim, por se configurar como um direito dessa natureza, não pode ser submetido ao arbítrio do legislador, seja ordinário, seja do constituinte decorrente, através de emenda constitucional, pela vedação prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Neste jaez, MAIA e FERRAZ (2012, p. 47) dispõem que:

“(...) Aludido artigo constitucional busca garantir a não imputação criminal, e o conseqüente cerceamento da liberdade da pessoa menor de 18 (dezoito) anos, que deverá receber uma proteção especial por parte do Estado, uma vez que o Poder Constituinte Originário, entendeu que o adolescente menor de 18 (dezoito) anos ainda é um ser em desenvolvimento físico, mental, espiritual, emocional e social. Tem-se, portanto, que quando a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 228, afirma que as pessoas menores de 18 (dezoito) anos são inimputáveis penalmente, está, na verdade, expressamente garantindo que toda pessoa menor de 18 (dezoito) anos terá um tratamento especial quando praticar atos penalmente contrários à lei.(...)”

Logo, como há a vinculação à legislação especial, não se pode falar em impunidade, pois a resposta estatal às condutas nocivas ao bom convívio social virá na forma da socioeducação, opção feita pelos representantes do povo quando reunidos em Assembleia Constituinte para formular a atual Constituição Federal.

Vislumbra-se nesse dispositivo um direito individual, bem como, segundo os autores MAIA e FERRAZ (2012, p. 49), uma “(...) garantia social de responsabilização de adolescente (...)”, demonstrando que a responsabilização especial está salvaguardada pelo instituto da cláusula pétrea, sendo, no contexto atual, impossível a reforma ou alteração do texto que implique na sua supressão ou redução.

O artigo em questão contém uma garantia de caráter omissivo do Direito Penal, aos moldes da liberdade negativa anteriormente comentada. O constituinte originário buscou, notadamente, evitar que recaísse sobre os menores de idade a punição criminal, visto que poderia ter silenciado, deixando para a legislação especial a delimitação da idade ou o critério a ser adotado, mas preferiu manifestar o seu interesse expressamente.

Consoante o ensinamento desses professores, a escolha teve a finalidade de assegurar às crianças e adolescentes um desenvolvimento sadio e digno, de forma integral, evitando que se tolha sua evolução com a redução do alcance de direitos básicos e caros aos seres humanos nessa faixa etária.

Haja vista a necessidade da interpretação do texto constitucional ser feita com o uso da técnica, dentre outras, sistemática, vejamos o art. 227, que assente com o exposto:

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

Sobre isso, SILVA (2005, p. 849) ressalta a preocupação da Constituição Federal vigente com a tutela dos interesses atinentes ao público infantojuvenil:

“(...) A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, § 3º). Postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente. (...)”

Avalia-se do aludido artigo que, a CF/88, expoente da vontade popular, impõe à família, sociedade e Estado o dever de tratar com absoluta prioridade alguns direitos, dentre eles à liberdade, quando concernentes aos jovens.

Destarte, conclui-se que a liberdade das crianças e adolescentes é fundamental para, não apenas aos interesses que lhes são próprios, mas à sociedade como um todo, pois a qualidade, bem como a sobrevivência das gerações vindouras, depende, exclusivamente, das ações tomadas no presente momento para a consecução desse fim.

Face às divergências de pensamento, não apenas doutrinárias, pois, por vezes mostra-se passional e tendente a uma linha de raciocínio, nascem vários debates acalorados e, inevitavelmente, ricos. Assim, apesar de se terem argumentos que nos conduzam a entendimentos diametralmente opostos, devemos filtrar as fontes de onde os extraímos.

Assim, trago ao presente trabalho um recorte da Nota Pública divulgada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, uma entidade científica sem fins lucrativos que se debruça sobre tais assuntos. Veja-se o que eles sobre a manutenção, aplicação e fortalecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“(...) A Constituição Federal enuncia que os menores de 18 anos são inimputáveis, estando sujeitos às normas da legislação especial (art. 228). A legislação especial é justamente o ECA, que estabelece um tratamento diferenciado diante da prática, por crianças e adolescentes, de condutas descritas como crimes ou contravenções penais.

Trata-se da disciplina pela prática de ato infracional. Se um infante pratica uma conduta que, se fosse levada a efeito por um adulto seria um crime ou uma contravenção penal, ele terá, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, praticado um ato infracional.

E, como regra, quem pratica ato infracional não fica impune. Inimputabilidade não é sinônimo de impunidade. Um adolescente que pratica ato infracional se sujeita às denominadas medidas socioeducativas, que vão desde uma advertência até uma internação, com privação de liberdade.

O ECA traz claras regras sobre restrição de liberdade para adolescentes que praticam atos com violência ou grave ameaça à pessoa, ou que reiteram no cometimento de atos graves. O grande problema é que, na prática, em grande parte do Brasil, não se consegue aplicar o ECA, especialmente porque não há entidades e programas adequados para o cumprimento de medidas socioeducativas. Perceba-se, portanto, que o problema não está no Estatuto, mas na falta de investimento estatal para o cumprimento daquilo que está previsto em lei.

Aliás, é imperioso destacar que essa realidade não é exclusiva dos infantes. No Brasil, segundo o Ministério da Justiça, em 2017 havia 726.712 presos para 368.049 vagas. Não há lugar para tanta gente presa. Além disso, de acordo com dados divulgados pelo CNJ em 2018, existem no País 143.967 mandados de prisão em aberto, refletindo a situação de pessoas condenadas ou com determinação para aguardarem seus julgamentos presas, mas que estão soltas por total ineficiência do Estado em implementar condições para que estejam privadas de liberdade.(...)”

A ideia acima corrobora com o que foi a ilação feita de maneira sistemática, o que, do cotejo feito entre os artigos constitucionais 227 e 228, emite-se uma expressa mensagem do legislador constituinte que pugna pela proteção à liberdade dos jovens, sobretudo do seu adiantamento moral da forma que traga melhores resultados à sociedade.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes traz importante reflexão que se coaduna ao presente estudo, salientando o uso do direito penal como ferramenta de promoção política e o real impacto social gerado, conforme vê-se a seguir:

“(...) Para além de ser uma medida inconstitucional (violadora do art. 228 da CF e tantos outros dispositivos que asseguram o tratamento diferenciado do adolescente que está em fase de desenvolvimento da sua personalidade), a redução da maioridade penal tende a ser inócua: de 1940 (data do Código Penal) até março de 2015 o legislador brasileiro reformou nossas leis penais 156 vezes. Nenhuma reforma legal jamais diminuiu qualquer tipo de crime no país, a médio ou longo prazo. (...)”

Desta feita, a sujeição da liberdade dos jovens a esse método de baixa efetividade demonstrada, já em um primeiro momento, desobedece, inclusive, o princípio da *ultima ratio*, o qual, de acordo com BITENCOURT(2002, p. 32), consiste em:

“(...) O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, oriente e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são

estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (...)"

Portanto, a possibilidade de se obter uma melhora substancial no quadro violento em que se encontra o país, possivelmente não reside na simples modificação legislativa, a qual é, no sentido técnico-jurídico inconstitucional, pois trata-se de um direito fundamental, eleito pelo legislador como direitos que não poderão sofrer mitigação de qualquer ordem, bem como se mostra ser uma solução pobre quanto à eficácia. Pugna-se, por fim, que não se utilize o Direito Penal como a primeira opção para resolver algo sério e que, potencialmente, revela-se danoso aos que menos detêm discernimento.

3.1. EVOLUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

A maioridade penal no Brasil, entendida como limite entre o âmbito de incidência do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, é estabelecida para a idade de 18 (dezoito) anos completos. Está prevista tanto no Código Penal, desde 1940, quanto na Constituição Federal vigente, a partir de 1988, conforme o que fora exposto acima. Contudo, tal critério, meramente biológico, não foi constante no histórico legislativo nacional.

Em verdade, o cometimento de atos infracionais pelos jovens já fora respondido pelo Estado de várias maneiras. Estas, legalmente prescritas, mudaram ao sabor dos tempos, acompanhando, sempre, o cenário social, político e religioso do Brasil.

Observa-se no primeiro corpo normativo penal brasileiro, o Código Penal do Império, do ano de 1830, a adoção de um critério legal diverso do atualmente vigente, qual seja, o do discernimento. Este consiste em, segundo CAPPI, R (2017, p. 60), realizar uma avaliação para averiguar o nível de discernimento entre os jovens, o qual é presumido a partir dos 14 anos. Porém, aos que se encontram abaixo desse limite, ele deve ser comprovado, a fim de responsabilizá-los.

Decorrido cerca de 60 anos, o Código Penal da República do ano de 1890, manteve a teoria do discernimento, contudo reduzir a idade limite. O código novel, permitiu, então, que crianças de 9 anos seriam, presumidamente, dotadas do entendimento necessário sobre seus atos.

Assim, apesar dessa modificação severa, essa codificação inovou quando trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um regime especial para os que estavam na faixa

etária de 9 a 14 anos. Quanto a eles, realizava-se um direcionamento para instituições diversificadas, chamadas de “estabelecimentos disciplinares industriais”.

Ainda nesse período, estabeleceu-se que a idade limite para o cumprimento da sanção que, para os que contavam com idade entre 9 e 14 anos, era de 17 anos. Já para os adolescentes criminosos que tinham entre 14 a 17 anos de idade, a pena imputada era reduzida a um terço. Por fim, aqueles que estivessem acima dos 17 anos de idade e abaixo dos 21 anos, as mesmas eram similares às penas conferidas aos adultos, porém havia a possibilidade de acordar-se uma atenuação da punição, tendo em vista as circunstâncias do caso e a jovialidade do agente.

Restou demonstrada, com esse código, a mudança na perspectiva da execução da intervenção estatal quando se trata de crianças e adolescentes. Apesar de rudimentar, a diferenciação entre jovens e adultos ocorreu em relação tanto ao local de cumprimento da pena, quanto pela duração indeterminada desta. Nasce nesse momento, como explica CAPPI (2017, p. 60): “(...) as ideias de educação para o trabalho e de reabilitação do menor afetado pelo vício, além daquelas já existentes, de repressão e de contenção. (...)”, distanciando-se da concepção exclusivamente de retribuição punitiva.

Afirma CAPPI (2017, p. 60), ainda, que a justiça juvenil desponta com a lei federal nº 4.242, em 5 de janeiro de 1921, a qual autorizou o Governo da República a: “(...) organizar a assistência e a proteção às crianças abandonadas e aos delinquentes, criando instituições especialmente destinadas para esse fim. (...)”, revogação, assim, o que dispunha o código de 1890.

Desta feita, ocorreu uma divisão funcional dos tribunais e juízes responsáveis pelos casos relativos aos atos infracionais dos adolescentes, bem como formulou-se procedimentos específicos para o seu processamento, denotando uma abordagem com viés mais protecionista e menos penoso.

Essa lei foi responsável por fixar a maioria penal em 14 anos e expurgar o discernimento como parâmetro para sujeitar o agente às sanções penais. Além disso, tornou secreto o processamento dos, então, menores de idade, representando um grande passo para a consecução da dignidade das crianças e adolescentes.

A posteriori, um novo ato normativo, qual seja, o decreto 16.272 de 1923, consagrou-se como a primeira legislação especializada na matéria infantojuvenil,

regulamentando, na ocasião, a assistência e a proteção dos menores em situação de abandono e dos delinquentes, sem fazer distinção entre eles.

Ainda, apesar de não se ter chegado ao limite atual de 18 anos, o decreto 5.083 de 1926, mantém a maioridade em 14 anos, mas ressalva que o juiz, em razão das circunstâncias da infração, pessoais ou de seus genitores, poderá direcioná-lo para asilo, casa de educação, escola de preservação ou o confiará a pessoa idônea até o alcance dos 18 anos, revelando a condição peculiar dos que se encontrem abaixo desta.

Em 1927, o Código “Mello Matos” - nome escolhido para homenagear o primeiro juiz do tribunal para menores, mantém a maioridade penal em 14 anos, mas traz diversas medidas protetivas aos menores, além da previsão de regime penal diferenciado para os jovens entre 14 e 18 anos.

Com o advento do Código Penal vigente, em 1940, que fixou a maioridade penal em 18 anos, a legislação específica necessitou nova modificação para adequar-se. O decreto-lei 6.026, de 1943, traz as medidas aplicáveis aos adolescentes, bem como altera o termo “delinquente” para “menores”, decompondo-os em duas categorias: os que contem com menos de 14 anos, aplicando-se-lhes medidas de proteção e assistência, e os que tenham a partir de 14 até 18 anos, aos quais se impõem medidas específicas, em razão do elemento periculosidade.

Ademais, CAPPI (2017, p. 60) ressalta que, a partir de então, todos os casos demandavam uma intervenção especial e possibilitava a inserção de conhecimentos multidisciplinares, através das opiniões de profissionais dos diversos ramos do saber. Ainda, permanece a ausência de diferenciação, no tocante ao modelo de intervenção, entre os jovens transgressores e os desassistidos.

Em 1979, a lei nº 6.697 fundiu em uma única categoria ambos os menores, sejam os que delinquem ou que estejam desamparados, qual seja, em “situação irregular”. Essa expressão traz bastante obscuridade à questão, permitindo ao Estado-juiz que exerça sobre os meramente pobres, o mesmo controle exercido sobre os jovens infratores. A privação de liberdade é infligida, inclusive, para punir os mais necessitados.

O autor CAPPI (2017, p. 60) explica que a razão disto seria a submissão destes adolescentes a medidas que promovam a sua “integração social e familiar”, com o suporte de equipe multidisciplinar. Porém, esta previsão adquiriu outros contornos na prática, mostrando-se tão somente coercitiva, imprimindo aos jovens sofrimento

desnecessário quando os submetia às violências e maus-tratos que ocorriam nessas instituições, sem nem mesmo terem transgredido às normas.

Enfim, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 1990, pós regime militar e promulgação da Constituição Federal de 1988. Ele sobreveio para especificar a proteção dada pela CF/88, tal como a indispensável distinção entre o tratamento dispendido às crianças e adolescentes em situação de risco e as medidas socioeducativas voltadas à correção dos infratores.

Quanto às medidas socioeducativas citadas, são aplicadas apenas aos que possuem idade entre 12 e 18 anos, pois abaixo desse limiar a intervenção terá caráter, exclusivamente, de proteção. Assim, as medidas previstas no ECA são:

“(...) 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 semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; (...)”

As medidas perdurarão por 3 (três) anos no máximo, porém não há prazo determinado já na prolação da sentença. Ao se verificar a atuação do adolescente no ato infracional, o juiz define em que moldes ocorrerá a socioeducação, optando por uma das espécies acima. Porém, o socioeducando terá a manutenção da sua medida avaliada

semestralmente, conforme dispõe o ECA em seu artigo 121, §2º, mediante decisão fundamentada e após a manifestação do membro do Ministério Público.

Ato contínuo, no § 4ª deste artigo determina-se a liberação compulsória da pessoa que contem com 21 (vinte e um) anos completos, ou seja, o Estatuto da Criança e Adolescente alcança não apenas adolescentes, mas adultos. Para estes, apesar de já haver a possibilidade da responsabilização criminal, não podem eximir-se das consequências previstas para os atos realizados quando eram menores de idade. Ocorre de forma excepcional, mas a lei traz tal determinação.

A preocupação do legislador com os direitos fundamentais concernentes ao público infantojuvenil é tamanha, notadamente quanto à liberdade, que o ECA impõe limites claros ao julgador para realizar a aplicação da medida de internação, buscando dirimir a discricionariedade deste, como se lê a seguir:

“(...) Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

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

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

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

Esta medida, em especial, deverá ser cumprida em locais distintos, levando-se em consideração o sexo, a idade do socioeducando, a sua composição física e a gravidade da infração, de acordo com o artigo 123. Ademais, ressalta-se nesse dispositivo que o ambiente onde se cumpre a medida não é o mesmo onde se abrigam os menores em situação de risco, demonstrando, por conseguinte, o abandono da ideia estabelecida no código anterior.

O parágrafo único do artigo 123, diz, ainda, que: “(...) Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas. (...)”, explicitando que a finalidade da intervenção será oferecer um suporte educacional e promover a reinserção social do jovem de maneira adequada e com a consciência de sua cidadania e do papel que deverá exercer em sua comunidade, círculo de familiares e amigos.

Face ao exposto, pode-se afirmar que o direito brasileiro passou por nítida evolução, encarando com sensibilidade a execução da sanção imposta aos adolescentes, revelando um modelo protecionista e mais humano.

4. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se investigar a natureza jurídica da previsão da maioria penal, conclui-se que consiste em um direito fundamental de primeira geração, consoante a classificação de Paulo Bonavides. Assim, leciona o referido autor (2005, p.196) o seguinte:

“(...) Do sistema de Constituições rígidas resulta uma relativa imutabilidade do texto constitucional, a saber, uma certa estabilidade ou permanência que traduz até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento estatal. (...)”

Desse modo, ao se legislar sobre certo assunto, o Estado deve optar por fazê-lo em sua constituição quando, dada a importância sobressalente deste em relação aos demais, queria conferir-lhe maior segurança contra eventuais modificações. Não se pretende, entretanto, atravancar a modernização do tem, naturalmente necessária com o decorrer dos tempos, por isso sua imutabilidade é relativa.

Bonavides (2005, p.196) ressalta que a teoria da inalterabilidade constitucional resta infundada, uma vez que não se concilia com a evolução inerente a quaisquer tipos societários, culminando com conflitos hostis de interesse, como se lê a seguir:

“(...) A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental. (...)”

Busca-se um meio termo entre a estabilidade, fundamental para garantir aos cidadãos segurança jurídica, e a atualização, a fim de se adequar o texto constitucional à realidade e, assim, torná-lo efetivamente legítimo, obedecendo a vontade do povo, titular de todo o poder.

Para se refrear a modificação desmedida desses dispositivos, impôs-se no ordenamento jurídico um regimento especial, o qual traz um quórum diferenciado de votação, por exemplo, além da impossibilidade de se discutir a redução de sentido de determinados artigos, entendidos como essenciais à nação.

Sobre o assunto, Bonavides (2005, p. 198) classifica as restrições existentes, fazendo a seguinte exposição:

“(...) O poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor. Limitações explícitas ou expressas são aquelas que, formalmente postas na

Constituição, lhe conferem estabilidade ou tolhem a quebra de princípios básicos, cuja permanência ou preservação se busca assegurar, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado. (...)"

O poder constituinte reformador deve rígida obediência a essas limitações, as quais estão presentes na constituição, seja de forma expressa ou não. Quanto às explícitas, têm-se estas: temporais, circunstanciais e materiais.

No que diz respeito as temporais, trata-se do congelamento do órgão revisor por um período definido, tendo em vista algum fim. Após o transcurso desse prazo, tão logo poderá ser retomada a ação reformista.

As atividades legislativas, no que concerne ao tema, ficam suspensas por um determinado espaço de tempo, intuindo-se, a título de exemplo, solidificar certa instituição recém-criada, sobre a qual se tenha, ainda, concepção bastante controvertida.

Em relação à limitação de ordem circunstancial, esta consiste em vincular o poder reformador a dado cenário excepcional do país. Eventualmente, se esse estado de crise tiver se instalado, poderá impedir a compreensão de qualquer reforma com estatura constitucional.

A atual Constituição Federal dispõe, no mesmo sentido em seu artigo 60, que: "(...) § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. (...)", protegendo os interesses ali presentes de ações decorrentes de brusca ruptura no tecido social e que poderá conduzir a uma resposta que, futuramente, com a resolução do problema, mostre-se equivocada.

Enfim, no que tange à limitação material, podemos afirmar que é constante em um farto número de constituições. Ela tem a função de impedir a alteração de determinada matéria cara à sociedade naquele momento.

Tendo em vista a possibilidade de se interpretar erradamente as normas relativas ao assunto, o legislador constituinte originário definiu, claramente, a imutabilidade destas, explicitando qual a sua posição sobre o tema tratado. Da mesma maneira o fez quando fixou a maioria penal em 18 anos, depurando qualquer obscuridade a respeito.

Haja vista o risco de o intérprete desconfigurar a semântica e a finalidade da proposição constitucional, desviando-se da intenção do poder constituinte originário, a CF/88 traz quais os temas que, enquanto viger, não poderão sofrer redução, como se lê:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

São as chamadas cláusulas pétreas, vedando todas as emendas que, ainda que remotamente, modifiquem conceitualmente tais matérias. Ademais, faz-se mister citar a lição de SILVA (2005, p.67):

“(...) Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica *tendência* a abolir a forma federativa de Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação de Poderes. (...)”

O desafio reside no inciso IV, quanto aos direitos e garantias fundamentais, uma vez que, como fora dito anteriormente, o artigo 5º da CF/88 não se constitui como um rol taxativo, estando estes espalhados por todo o corpo do texto constitucional e de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Acerca do exposto, MORAES (2012, p. 1152) tece a seguinte consideração:

“(...) Lembremo-nos, ainda, de que a grande novidade do art. 60 está na inclusão, entre a inclusão ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que, por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna. (...)”

Portanto, não se deve distinguir os direitos e garantias individuais explicitados na Constituição Federal de 1988 dos que são desinentes dos princípios presentes no texto, bem como nos tratados internacionais que versem sobre os mesmos. Esse núcleo mantém-se imodificável, sinalizando o que é indispensável à sociedade do nosso país.

Ato contínuo, MORAES (2012, p. 1153) traz à baila a lição do ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, o qual aborda a vedação que acompanha as cláusulas pétreas. Senão vejamos:

“(...) Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento, ou impliquem profunda mudança na identidade, pois a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-

se que o constituinte derivado suspensa ou mesmo suprima a própria constituição. (...)"

Repise-se que, o presente trabalho de conclusão de curso volta-se a analisar juridicamente o artigo 228 da CF/88, considerando o seu aspecto de proteção à liberdade do adolescente, conjugando com outros artigos que corroboram com o entendimento de ser uma garantia. Dessa forma, resta impossibilitada a sua modificação.

Devido a, tecnicamente, não ser possível a redução da maioria, duras críticas são realizadas quanto ao caráter permanente da disposição, atreladas à crença na melhoria substancial que tal mudança traria ao contexto social atual, em que reina a sensação de insegurança. Não obstante, deve-se destacar o que preleciona BULOS (2011, p. 405):

"(...) Trata-se do *cerne intangível da constituição*, ou seja, do *núcleo normativo* que engloba matérias imprescindíveis à configuração das suas linhas-mestras, e, por isso, não pode ser modificado. Exemplificando, seria inaceitável uma emenda constitucional suprimir o *habeas corpus*, descriminalizar o racismo, eliminar a liberdade de expressão etc. Tais assuntos integram a essência da manifestação constituinte que criou a Carta de 1988. Qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los equivaleria a uma afronta ao *cerne* da nossa Lei Maior. (...)"

O legislador reformador, portanto, deve respeitar as limitações imposta, sob pena de fatalmente descaracterizar a feição normativa adotada, quando da promulgação da CF/88, se distanciando do espírito da lei. A despeito de sua função primordial para o progresso da coletividade, a alteração não pode ser feita de forma indiscriminada, pondo em risco bens de elevada magnitude e potencialmente penoso.

Os direitos e garantias não se resumem aos individuais clássicos. São também os sociais, econômicos, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, anunciando que a vontade da atual Constituição não foi restringi-los. Nesse jaez, vide o voto do então ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, em sede de julgamento de recurso extraordinário:

"(...) O inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição do Brasil, veicula regra dirigida ao Poder Constituinte derivado, que é quem não deverá deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. A ação/objeto é não abolir, vale dizer não excluir do texto da Constituição qualquer dos direitos ou garantias individuais, sejam os enunciados pelo artigo 5º, sejam outros mais, como tais qualificados mercê do que o Ministro Carlos Ayres Britto chama de interpretação generosa ou ampliativa das cláusulas pétreas. (...)"

Portanto, quaisquer prerrogativas que se classifiquem como fundamentais, não podem ser alvo do legislador reformista. Este encontra-se sujeito aos limites

materialmente impostos, pois, apesar da tarefa laboriosa de atualizar a constituição às novas demandas, nem tudo pode ser sacrificado em prol disto.

Assim demonstrou em várias oportunidades o Supremo Tribunal Federal, como quando decidiu pela inconstitucionalidade de proposta de emenda que objetivava a instauração da pena de morte, após a prévia aquiescência da popular em consulta plebiscitária. Senão vejamos:

“(...) O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par da restrição de ordem circunstancial, inibitória do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma, conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta da constitucionalidade. (...)”

Destarte, a eficácia desse núcleo de normas irreformáveis, segundo BULOS (2011, p. 411), seria total ou absoluta, como a seguir se expõe:

“(...) Soma-se a isso o fato de apresentarem efeitos ab-rogantes, positivos e negativos. Têm efeito positivo, pois incidem de modo imediato. São intangíveis e não podem ser alteradas via revisão ou emenda. Ademais, logram efeito negativo pela sua força paralisante absoluta e imediata, vedando qualquer lei que pretenda contrariá-las. Permanecem imodificáveis, exceto nas hipóteses de revolução, quando ocorre ruptura na ordem jurídica para se instaurar outra. (...)”

Portanto, não se pode falar em modificar a norma constante no artigo 228 da Constituição Federal de 1988, pois estabelece um direito fundamental o qual não admite alteração pelo poder constituinte reformador.

CONCLUSÃO

Frente as considerações expostas na presente monografia, a qual abordou, detidamente, a possibilidade jurídica de se modificar a disposição constante na Constituição Federal de 1988, que impõe como idade mínima para a responsabilização penal 18 anos, conclui-se não ser viável nesse aspecto sua modificação.

Buscou-se, ao máximo, a desvinculação dos ideais sociais de punição na forma da privação de liberdade proposta pelo Código Penal aos menores de idade, que já mostrou-se insuficiente quando analisada como única medida tomada, resultando na crescente violência que assola nosso país.

Tais noções são, em grande parte, inculcadas e fomentadas diariamente pelo jornalismo realizado pelas mídias televisivas, as quais estenderam-se para as redes sociais, alcançando um número maior de pessoas e difundindo as notícias em frequência mais elevada.

De sorte que, apesar da influência exercida por tais meios para que se reduza a maioria penal, a Constituição Federal previu a idade mínima expressamente, gerando obstáculo para a ação do poder reformista, enquanto estabelecida em sede de poder constituinte originário.

Esta previsão possui alguns contornos peculiares, os quais denotam que não seja uma mera disposição passível de modificação. Releva-se, todavia, como um direito fundamental, quando se tem em vista o caráter protetivo à liberdade do sujeito em desenvolvimento intelectual, moral e de discernimento, limitando a ingerência estatal na vida dos que não tenham atingido a idade de 18 anos.

Nessa linha de raciocínio, ademais, pode-se afirmar que a referida contenção se classifica como um direito de primeira geração, conforme classificação do renomado professor Paulo Bonavides, pois o cerne da previsão consiste na liberdade do sujeito.

As gerações, como se expôs acima, são correspondentes ao lema “liberdade, igual e fraternidade”, o qual norteou toda a Revolução Francesa de 1789, responsável pela queda da monarquia que se estabelecia até então, implementando um poder democrático e afirmativo de direitos.

A primeira geração engloba os direitos que, apesar de igual colocação hierárquica, foram buscados inicialmente pela sociedade politicamente estabelecida, pois o grupo de

peças organizado para governar os cidadãos, estava interferindo de forma intensa e desnecessária na vida particular dos cidadãos.

Evidencia-se com isto que, ainda que não possa afirmar ser mais importante, a busca à liberdade foi precursora para os demais direitos que sobrevieram, restando a atuação estatal na intimidade dos sujeitos e consagrando-os como cidadãos e não meros subservientes seus.

Ademais, essa geração de direitos traduz-se em garantias negativas em face do Estado, objetivando, tão somente, a abstenção governamental. A omissão, nesse momento, era a contraprestação mais cara à sociedade, pois servia para elevar a autonomia individual.

A monografia não se restringiu a análise desta geração, haja vista serem sucedâneas e complementares, mas o enfoque dado fora feito sobre a que abriga o valor liberdade.

Os direitos e garantias fundamentais se distribuem em mais de uma geração, assim como em nossa Constituição Federal, que não os estabeleceu apenas em um único artigo. Eles não foram restritos ao seu artigo 5º, pois, apesar de extenso, não pode abarcar todas as hipóteses existentes e futuras de direitos fundamentais.

Conforme já se cristalizou como entendimento na suprema corte brasileira, Supremo Tribunal Federal, encontram-se espalhados por todo o texto normativo constitucional. Coube a doutrina, no entanto, o dever de traçar quais as características comuns a eles, sua natureza de direito ou garantia, tema também não enfrentado pela constituição vigente, bem como o caráter de fundamentabilidade diante de tantas disposições em nossa prolixa CF/88.

A partir da constatação de que o artigo 228 abriga um direito fundamental à liberdade das crianças e jovens, fez-se o histórico da maioria penal no ordenamento brasileiro, a qual fora bastante alterada, mas sempre caminhou em direção à maior proteção do público infantojuvenil.

Expôs-se que, os códigos predecessores do Estatuto da Criança e do Adolescente, num momento inicial, tinha uma idade diversa da atual e bem mais baixa, porém, a visão de que tais pessoas deviam ser tratadas de forma diferente foi uma constante.

Houve nítida evolução quanto a esse aspecto, elevando-se a idade, paulatinamente, e estabelecendo regime diferenciado para estes e para aquele que, apesar de maiores na forma da lei, ainda não contavam com 18 anos, portanto não mereciam o mesmo tratamento dispensado aos adultos.

Delineou-se, também, outro tópico importante, qual seja, os limites imposto ao legislador constituinte derivado-reformador. Este não tem uma faculdade ilimitada, devendo respeitar o que predeterminou o Poder Constituinte Originário, sob pena de incidir em grave violação ao espírito da norma maior.

Entre os sobreditos limites, está a impossibilidade de alterar-se uma cláusula pétrea, pois a Assembleia Nacional Constituinte, exercendo o poder de forma originária, assim estabeleceu.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra, Portugal: Almedina, 1947.

CAPPI, Riccardo. **A maioria penal nos debates parlamentares – motivos do controle e figuras do perigo**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MAIA, Daniel / FERRAZ, Danilo Santos. **Maioridade Penal – cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988?**. Fortaleza: DIN.CE, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente / ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

SANZO BRODT, Luis Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PERIÓDICO E INTERNET:

GOMES, Luiz Flávio. **Redução da Maioridade Penal**. Disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br>> Acessado em 07/10/2018.

IBDFAM. **Nota Pública sobre a manutenção, a aplicação e o fortalecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>> Acessado em 15/10/2018.

JURISPRUDÊNCIA

STF, Pleno, **ADIn 466/91/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 9-4-1991, *DJ*, 1, de 10-5-1991, p. 5929.

STF, Pleno, **RE 3.105-8/DF**, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, voto do Ministro Eros Grau, decisão de 18-8-2004.