

*O processo de reconhecimento de um Direito Fundamental e a questão da maioria penal no Brasil**

Thiago Felipe S. Avanci**

Recibido: mayo de 2014
Aprobado: marzo de 2015

Resumen

Uma visão compatível com a doutrina pós-positivista parece não eleger como adequada a constatação de que os Direitos Fundamentais são apenas aqueles expressos no rol estrito de uma Constituição. Isto porque esta escola emergida no pós-Segunda Guerra é marcada pela influência dos valores axio-principiológicos sobre as normas jurídicas, antes de natureza muito menos flexíveis. Hoje, a luz desta nova visão de Direito, pulula na sociedade Brasileira a questão da maioria penal como um Direito Fundamental ou não. A Constituição Brasileira determina uma idade para ser considerado maior de 18 anos. Entre os tópicos de discussão social e jurídica está se é constitucional uma redução da maioria penal. Tal polêmica se dá porque, embora não propriamente esteja a citada norma no rol expreso dos chamados Direitos Fundamentais, há uma tendência doutrinária de como tal norma nomeá-la. E, uma vez identificado como Direito Fundamental, mais precisamente, um Direito Individual, não seria passível de modificação. O presente artigo tem como finalidade maior discutir os aspectos constitucionais da redução da maioria penal no Brasil, sem olvidar alguns aspectos psicossociológicos da questão, que inevitavelmente acaba por se enfrentar quando se expõe à temática.

Palavras chave: Direitos Fundamentais; Redução da Maioridade Penal; Direito Brasileiro.

* Producto de trabajo nacido en el Grupo de Estudios CNPq "Regímenes y Tutelas Constitucionales, del Medio Ambiente e Internacionales" dirigido por el profesor Dr. Marcelo Lamy.

** El autor es abogado, gerente legal y de recursos humanos y profesor de Derecho Constitucional, de Filosofía, de Filosofía del Derecho, Derecho Procesal entre otros, en UNAERP campus Guarujá e em UNIP Campus Santos. Máster en Derecho (centrado en Medio Ambiente) per la Universidad Católica de Santos, cuando recibió una beca completa por CAPES / MEC PROSUP, y aprobado por excelencia. Investigador del Grupo de Estudios CNPq "Regímenes y Tutelas Constitucionales, del Medio Ambiente e Internacionales", dirigido por el profesor Dr. Marcelo Lamy. Editor de la Revista de Ciencias Integradas de UNAERP. Presidente de la Comisión de los Derechos del Niño y del Adolescente de la Asociación de Abogados de Brasil en Guarujá. Email dr.avanci@outlook.com

The recognition process of a Fundamental Right and the defense of infancy problem in Brazil

Abstract

A post-positivism point of view seems to reveal that the restrictive list of Fundamental Rights predicted in the Constitution as inadequate. This post-Second World War Jurisprudence Theory its sustained thought axiology and principles, which support the legal norm, that before was very little flexible. Nowadays, alighted of this Jurisprudence Theory, pullulates in the Brazilian society the matter of the defense of infancy as a Fundamental Right or not. The Brazilian Constitution establish the ages under 18 is protected under the defense of infancy. As so, among the topics of social and legal discussion is the constitutionality of the defense of infancy age reduction. This controversy arises because, although not properly be expressed in the abovementioned standard list of so-called Fundamental Rights, there is a tendency to call it as such. And, once identified as a Fundamental Right, more precisely, as an Individual Right, would not be subject to reduction. This paper has as main purpose to discuss the constitutional aspects of the defense of infancy in Brazil, without forgetting some socio-psychological aspects of the issue, which inevitably ends up facing when the subject is exposed.

Key words: Fundamental Rights; defense of infancy age reduction; Brazilian law.

Introdução

A questão dos Direitos Fundamentais serem reconhecidos como tais sempre foram objeto de discussões doutrinárias. O que é um Direito Fundamental? Embora elementar, a questão gera profundas repercussões em todo o Direito de um Estado. Se se reconhece os Direitos Fundamentais como apenas aqueles previstos no rol taxativo previsto no texto constitucional, elimina-se diversos dispositivos espalhados pelo texto; de outra sorte, se se pretende reconhecer outros Direitos, quais critérios ou parâmetros devem ser utilizados.

E a partir desta problemática do reconhecimento dos Direitos Fundamentais, no Brasil, a questão da maioridade penal ou maioridade criminal ganha destaque a partir do ponto dicotômico de se reconhecer ou não a maioridade penal como um Direito Fundamental. O assunto ganha peso com o crescimento desenfreado da criminalização da criança e do adolescente, ou seja, do menor de idade em conflito com a lei. E a abordagem de estudo desta problemática, necessariamente passa por uma discussão de termos jurídicos-sociológicos, e até mesmo da psicologia social, o que acaba por adicionar mais um elemento volátil à equação.

De um lado, dentro de uma perspectiva limítrofe entre a sociologia e a psicologia social, intenta-se reaver a sensação de segurança na sociedade, defendendo-se como medida pujante a redução da maioridade penal no Brasil dos atuais 18 anos para talvez 16 ou 14 anos. Tal propositura mais parece ser uma busca por uma liberação catártica de uma sociedade, que tem o desejo de se sentir segura e, talvez, não saiba que instrumentos utilizar para tanto.

De outro lado, dentro de uma perspectiva jurídica, debate-se se realmente é possível reduzir a maioridade penal, levando-se em conta um quadro constitucional amplo em que a maioridade penal de 18 anos poderia ser reconhecida como

um Direito Individual, portanto, cláusula pétrea, em assim sendo, não passível de ser removido.

A grande problemática, ao que tudo indica, é que acaba se misturando a ânsia desta sociedade com a possibilidade jurídica de realmente ser proposta uma solução tangenciável à realidade social, sem que a mesma agrida o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais. Este artigo tem, assim, como objetivo fazer uma análise dos aspectos jurídicos envolvendo a maioridade penal enquanto Direito Fundamental, visualizando-os em um quadro pós-positivista para, na sequência, passar por um breve cotejo entre a sociologia e psicologia social e o Direito, além de outros elementos que estão agregados à equação em questão, bem como as possíveis consequências de a maioridade ser modificada de forma a satisfazer os anseios sociais.

1. *Direitos Fundamentais*

As concepções de Direitos Fundamentais e Humanos, nascidas na Alemanha, pré-Segunda Guerra, eram muito evidentes, embora completamente distorcidas do ideal de Estado Democrático de Direito e garantidor da Dignidade Humana. Muito se evoluiu postura dogmática absolutista de conceituação de Schmitt de que "*Direitos Fundamentais são apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e, como tal, são reconhecidos pela Constituição*" (Schmitt 1973, p. 190 *apud* Alexy, 2008, p. 66). Esta postura de ter o Direito como fim a própria normatização, como já estudado, parece não ser a melhor, contrariando, inclusive, os avanços propostos por Hart (1977, p.137) em que o Direito não existe como mero hábito de obediência.

Ferrajoli preleciona que Direitos Fundamentais são direitos subjetivos

... cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de proprieda-

de aos direitos de crédito -, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a 'todos' em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão (Ferrajoli, 2002, p. 727)¹.

Sustenta, ainda, que a plena igualdade somente seria obtida mercê de uma satisfatória democracia na medida da *"garantia concedida aos direitos fundamentais que correspondem a valores e carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados"* (Ferrajoli, 2002, p. 733) e, por isto, a democracia seria instrumento de valorização do indivíduo -que deixa de ser súdito e passa a ser cidadão- perante o Estado. Desta forma, os Direitos Fundamentais seriam o reflexo positivado dos direitos naturais, exteriorizando-se enquanto direitos subjetivos previstos nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

Sob outra perspectiva, Mendes define Direitos Fundamentais como sendo, *"um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva"* (Mendes, 1999). Assim, enquanto direitos subjetivos, outorgariam aos sujeitos de direito a possibilidade de imposição de seus interesses em face aos órgãos obrigados; por outro lado, enquanto elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva *"os direitos fundamentais -tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais- forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático"* (Mendes, 1999).

Ainda em sede de conceituação, Müller afirma que os *"direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais"* (Müller, 1969, p. 11 *apud* Alexy, 2008, p. 78). Afirma, ainda, que o âmbito material é

transformado em âmbito normativo pelo reconhecimento constitucional e da garantia de liberdade no campo da prescrição normativa. E, pautado neste entendimento, Alexy oferece seu conceito de Direitos Fundamentais como sendo aqueles direitos subjetivos provenientes de um enunciado normativo de Direito Fundamental inserido no texto constitucional (Alexy, 2008, p. 65).

Destes conceitos acima descritos, inferem-se elementos comuns dos quais se extrai que Direitos Fundamentais são os direitos subjetivos e suas garantias, constitucionalmente previstos -ou em posição hierárquica normativa equivalente-, cujo sujeito ativo é um indivíduo ou um conjunto de indivíduos e cujo sujeito passivo poderá ser o Estado ou o indivíduo, que tenham como objetivo a realização imediata da Dignidade Humana.

Algumas considerações sobre os elementos deste conceito.

Análise gramatical. O vocábulo "Fundamentais" tende a incitar uma ideia de direito natural, já que "fundamental" remete à "fundamento" relacionado à "essência" e à "imanência", em conotação quase metafísica. Alexy critica Schimmit neste sentido: apesar de este último autor não adotar posicionamento *jusnaturalista*, há uma dificuldade de se identificar regras que precisem quais são os Direitos Fundamentais. Assim, em uma interpretação jurídica, "Fundamental", pura e simplesmente, deve remeter a ideia de "basilar", figurativamente "sendo o local sobre o qual se erigem" os demais direitos. Bem a propósito, Alston² observou uma falência dos Direitos Fundamentais, tendo em vista a

¹ Ainda cf. Ferrajoli: "[...] son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar[...]" (Ferrajoli, 2009, p.19)

² "[...] reason for serious concern with respect to current trends arises not so much from the proliferation of new rights but rather from the haphazard, almost anarchic manner in which this expansion is being achieved [...]". Caracterizando-se, assim, os direitos estarem aparecendo como por passe de mágica "[...] conjured up 'as if by magic' [...]" (Alston, 1984, p. 609).

crescente tendência de se “fundamentalizar” todo e qualquer direito, dentre os quais cita: o direito ao turismo, ao desarmamento, ao sono, de não ser morto em guerra, de não ser sujeito a trabalho aborrecido, a coexistência com a natureza, de livremente experimentar modos de viver alternativos, etc.

Quanto à aplicação horizontal e vertical. Os Direitos Fundamentais, historicamente, nasceram como movimento contrário ao despotismo estatal, ou seja, como medidas de proteção do súdito frente ao poderoso Estado. Eram e são Direitos que objetivavam compelir o Estado a desempenhar o seu papel de instrumento ou ferramenta de concreção da Dignidade Humana. Isto significa que os Direitos Fundamentais objetivam, via diretrizes normativas, designar a maneira como se deve realizar a Dignidade Humana, por meio de ações positivas ou negativas (abstenções) do Estado. Com a evolução dos Direitos Fundamentais, no entanto, houve a percepção de que o Estado, sozinho, não seria capaz de realizar a Dignidade Humana. Passou-se, assim, a incluir o próprio súdito/particular como sujeito passivo dos Direitos Fundamentais, impondo-lhe obrigações.

Ademais, afora as obrigações especificamente previstas aos súditos/particulares, de se justificar a inclusão destes como sujeitos passivos dos Direitos Fundamentais por meio do brocardo “*cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*”³⁻⁴. Se o Estado -o maior- se submete aos desígnios dos Direitos Fundamentais, o súdito/particular -o menor- com mais (ou igual) razão, também deverá se submeter. Bem assim, como acentua Ferrajoli (2002, p. 690), a transformação do Estado absoluto em estado de Direito ocorre *pari passu* a do súdito em cidadão, que passa

a ser sujeito de Direitos constitucionalmente previstos, vinculando o Estado àqueles, e não meramente detentor de direitos naturais⁵.

Quanto à questão da norma de Direito Fundamental em posição Constitucional ou equivalente. Até bem pouco tempo, havia relativo consenso entre os juristas, principalmente na escola europeia, acerca da posição positivada dos Direitos Fundamentais em contrapartida a uma situação naturalista ou, quando muito, internacionalista dos Direitos Humanos. No entanto, um novo paradigma poderia surgir pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *soft law* proclamada em Nice, em 2000, e modificada e proclamada novamente em Estrasburgo, em 2007, ocasião em que foi vinculada a todos os países da União Europeia, exceto Polônia e Reino Unido.

As Cartas de Nice e de Estrasburgo, sob uma análise conceitual clássica, apesar de formalmente tratarem de Direitos Humanos, intitulam-se como Cartas de Direitos Fundamentais. Por serem *soft law*, fonte de direito internacional e sem aplicabilidade obrigatória e vinculada aos Estados seriam Direitos Humanos, mas não se referem ao seu conteúdo como tal, mas sim como Direitos Fundamentais. Tal situação pode ser explicada, contudo, por meio de conclusão forçada de que, dado a tendência de uniformização da legislação europeia com perspectiva de criação de uma Constituição comum, os Direitos Humanos foram chamados impropriamente de Fundamentais. Aliás, a não vinculação obrigatória da Carta de 2007 e seu caráter de *soft law* ficam evidentes da leitura dos artigo 51,

³ Tradução: aquele que pode o mais, pode o menos.

⁴ Dentro de uma perspectiva lógico-jurídica, o conjunto continente abarca o conjunto conteúdo; logo, tudo o que está contido no conjunto conteúdo pertence ao conjunto continente; o contrário não é verdadeiro. Por exemplo, assim, se alguém detém poderes amplos e ilimitados (conjunto continente), detém poderes específicos (conjunto conteúdo) para realizar ações pontuais.

⁵ Dimoulis (2006) entende que o particular respeita os Direitos Fundamentais de forma reflexa, por respeito às normas infraconstitucionais, haja vista a quase impossibilidade de existência de lacuna infraconstitucional referentes a bens jurídicos tutelados por aqueles Direitos.

itens 1 e 2^o e artigo 52, item 1⁷, os quais versam justamente sobre o atrelamento dos Estados à sua própria lei, com adoção da Carta de modo subsidiário (uma das principais mudanças em relação a Carta de Nice para a Carta de Estrasburgo). Ainda sim, o Reino Unido não aceitou a ratificação. De uma forma ou de outra, ambas as Cartas reconhecem, em seus artigos 52, item 3⁸, em que o texto faz menção específica, que

⁶ Carta de Nice: "Artigo 51. Âmbito de aplicação 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências. 2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados." Disponível em União Europeia. < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf > acessado em 20/07/2010. Carta de Estrasburgo: "Artigo 51. Âmbito de aplicação 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados. 2. A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados." Disponível em União Europeia. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF>> acessado em 20/07/2010.

⁷ Carta de Nice: "Artigo 52. Âmbito dos direitos garantidos 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros." Disponível em União Europeia. < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf > acessado em 20/07/2010. Carta de Estrasburgo: "Artigo 52. Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros." <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF>> acessado em 20/07/2010.

⁸ Carta de Nice: "[...]3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla." Disponível em União Europeia. < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf > acessado em 20/07/2010.

Carta de Estrasburgo: "[...] 3. Na medida em que a presente Carta

há diferenciação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos (ou do Homem).

Feitas estas considerações, sustem-se que a nomenclatura utilizada pelos dois tratados da União Europeia parece mais ter conotação política do que jurídica, haja vista o evidente interesse na criação de uma Constituição Europeia única, concretamente designada pelo Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, aprovado em Bruxelas em 2004; em verdade, há, neste tratado, uso acertado do instituto "Direitos Fundamentais", por fazer menção a texto constitucional positivado e vinculativo aos Estados. No entanto, com a não ratificação deste Tratado por grandes países europeus, como forma de não se retroceder nos avanços conquistados, reformulou-se a Carta de Direitos Fundamentais, ratificada por todos (exceto Reino Unido e Polónia), em 2007, na cidade de Estrasburgo.

Portanto, afóra esta -importante, mas justificada- exceção, Direitos Fundamentais se referem a normas constitucionais ou com peso equivalente a tal. Diz-se normas com peso equivalente ao peso constitucional como medida de reafirmação dos Direitos Fundamentais não compilados de forma codificada, como é o caso do constitucionalismo Inglês e de Israel⁹. Além destes casos, cita-se o caso da adoção específica de normas internacionais por um Estado, tal e qual o exemplo previsto no art. 5^o, § 3^o da Constituição Federal do Brasil¹⁰, em que uma norma de direito internacional -um tratado, uma

contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF>> acessado em 20/07/2010.

⁹ Sobre o tema, interessante e conciso artigo de Magalhães (2004).

¹⁰ "Art. 5^o: [...] § 3^o Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais [...]"

convenção ou uma carta- se, depois de ratificada, vier a sofrer o processo de incorporação no ordenamento jurídico interno, ganhará *status* constitucional.

Quanto a vinculação do Direito Fundamental a um ordenamento jurídico nacional. Sobre a questão do Direito Fundamental ser necessariamente vinculado a um ordenamento positivo estatal, necessário expor que a vinculação desta questão à universalidade dos Direitos Fundamentais, característica desta natureza de direitos, a qual será, oportunamente, melhor observada. Em apertada síntese, a universalidade remete a uma aplicação uniforme e irrestrita aos destinatários destes direitos. Contudo, haja vista as cabais diferenças culturais, -entre, por exemplo, o mundo ocidental e o mundo oriental-, impossível seria se falar em Direitos Fundamentais universais-mundiais. Bem assim, identidade cultural reflete na normativa de um Estado (áreas comuns entre o Direito e outras ciências) e, conseqüentemente, impor normas significa anular a autodeterminação, contrariando à própria Dignidade Humana. Por esta razão, a universalidade dos Direitos Fundamentais é adstrita a um Estado, ou melhor, aos sujeitos de direito daquele determinado Estado.

Irradiação dos Direitos Fundamentais. Por fim, uma última consideração que deve ser extraída do conceito aqui apresentado e também presente no ensinamento por Mendes e observado por Canotilho (2002, p. 1242) e Sarlet (2001, p. 85). Há, além do caráter de direito subjetivo, nos Direitos Fundamentais, um caráter objetivo que se atrela à realização da Dignidade Humana fornecendo linhas-guia para todo o ordenamento jurídico. Este caráter objetivo, somado à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, propicia, pois, a irradiação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento jurídico, além da própria eficácia nas relações privadas, ou aplicação horizontal.

2. Elementos para identificação de um Direito Fundamental

Uma posição positivista formalista clássica¹¹ identificaria Direitos Fundamentais apenas como aqueles que o texto constitucional assim expressamente apontaria. Aplicado à realidade brasileira, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu Título II, os "Direitos e Garantias Fundamentais", abarcando os artigos 5º ao 17, que tratam dos direitos individuais, dos direitos sociais e dos direitos políticos. No entanto, uma melhor análise indica dissipação de Direitos Fundamentais por outras partes da Constituição (posição material), revelando que este instituto, mercê de seu fim especialíssimo, não pode ficar adstrito a uma falta de técnica legislativa do Constituinte. Deveras, de certa forma o constituinte reconheceu sua incapacidade em elencar sistematicamente os Direitos Fundamentais, de forma a os açambarcar em um único Título, prevendo, pelo §2º do artigo 5º uma aplicação extensiva dos Direitos Fundamentais (direitos decorrentes) bem como sua aplicabilidade imediata, nos termos do §1º daquele mesmo artigo da Constituição.

Partindo desta premissa interpretativa, pós-positivista, pode-se identificar os Direitos Fundamentais em função de traços e elementos comuns à sua espécie, bem como procurando sua raiz incidental nos Direitos Fundamentais especificamente previstos e, além, no próprio princípio norteador dos Direitos Fundamentais: a Dignidade Humana.

Das características comuns, encontramos evidente o elemento da universalidade de destinação dos Direitos Fundamentais. "Todos",

¹¹ Entende-se posição formalista clássica a positivista adotada à luz de uma teoria construída essencialmente no pré-Segunda Guerra, citando-se Schimitt e Kelsen como autores desta escola positivista-purista do Direito, apenas indicar dois trabalhos neste artigo. Em contrapartida, a partir da matização do positivismo-purismo após a Segunda Guerra, o Pós Positivismo toma força sopesando princípios axiológicos na construção do modelo jurídico, destacando-se Alexy, trabalhado neste artigo.

"qualquer pessoa", "homens e mulheres", "ninguém", indicam titularidade universal, em seu sentido amplo. Ainda que determinados Direitos Fundamentais (limitações ao voto, limitação de elegibilidade, p.ex.) imponham adstrição à universalidade, conforme já foi explicado em item próprio, não a ferem em sentido *stricto*. A par de o constituinte ter imposto determinadas restrições de fruição dos Direitos Fundamentais, fê-lo embasado na manutenção da ordem social, da soberania e de outros preceitos necessários à continuidade dos próprios Direitos Fundamentais. Além disso, fica evidenciado que a universalidade acaba, de *per si*, abarcando algumas outras características atribuídas aos Direitos Fundamentais: indisponibilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade.

Evidenciada esta característica de universalidade da norma, o próximo passo para identificação de um Direito Fundamental é a radicação a partir de um Direito Fundamental expressamente previsto. Com a projeção dos Direitos Fundamentais, objetivando ampliar a eficácia da proteção, percebe-se que cada Geração objetiva cumprir um determinado aspecto não previsto ou não albergado pela sua antecedente. Não se trata de simples proteção "*per ricochett*", como faz a Corte Europeia de Direitos Humanos fazer alusão ao tema que lhe é próprio. Cada Direito Fundamental objetiva ampliar, de alguma forma, a realização da Dignidade Humana, ainda que isto signifique, em algum ponto, impor restrições à liberdade e aos Direitos Fundamentais.

Se observado em termos de Gerações, cada Direito Fundamental inscrito em cada uma das Gerações estão naquelas contidas por suas próprias forças: em outras palavras, a proteção "*per ricochett*" fornece uma proteção imprópria a determinado bem jurídico, enquanto que a proteção, em sede de Direito Fundamental/Humano, tutela propriamente e especificamente um determinado bem jurídico por sua própria importância evidenciada dentro do espírito da

lei constitucional. Tomando como exemplo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem-se que é um bem jurídico e merece ser protegido propriamente, e não apenas "*per ricochett*" pela observância da proteção à vida, à saúde, à qualidade de vida, etc.

Bem assim, muito embora as Gerações subsequentes à Primeira protejam efetivamente determinados elementos naquela prevista, o fazem sob novo matiz, enfoque, aspecto, faceta etc. não observada ou não regulada especificamente naquela ocasião. Além disso, as Gerações subsequentes dos Direitos se alicerçam na Dignidade Humana, permitindo uma proteção ainda mais ampla do que a conferida por ocasião das Gerações subsequentes.

Sob uma matriz pós-positivista, portanto, poderiam ser definidos três passos para identificação de Direitos Fundamentais não expressamente inscritos dentro do Título de Direitos Fundamentais: exame de constitucionalização da norma (ser norma da Constituição, ou de Tratado com força de norma constitucional); exame de universalidade da norma (devendo ser destinada sem relativização infundada); exame de derivação ou restrição parcial de norma expressamente inscrita dentro do Título dos Direitos Fundamentais (mostrando diferente aspecto ou perspectiva de proteção, inobstante a ampliação da proteção do bem jurídico fundada na Dignidade Humana).

Uma observação é necessária. É importante distinguir interpretação extensiva dos Direitos Fundamentais de ingresso de um bem jurídico dentro dos Direitos Fundamentais. Para um bem jurídico ter sua proteção reconhecida pelos Direitos Fundamentais, é necessário o cumprimento daquelas três etapas, acima descritas: exame de constitucionalização, exame de universalidade e exame de derivação ou restrição. Passado por estes três exames, uma norma constitucional ou equivalente expressamente prevista poderá ser chamada de Direito Fun-

damental ingressando na Geração que melhor lhe adequar.

Ao contrário, uma interpretação extensiva dos Direitos Fundamentais não cria um novo Direito, mas revela uma determinada faceta de um Direito Fundamental observada mediante estudo de um caso concreto. Tomando como exemplo o art. 5º caput que afirma todos serem “iguais perante a lei”, cotejando-o com o §3º do art. 226 da Constituição Brasileira, o qual reconhece “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, tem-se que ou há uma incongruência/inconstitucionalidade ou a disposição é insuficiente em relação à norma constitucional¹². Admitindo que não seja possível falar em inconstitucionalidade de norma constitucional¹³, resta o argumento de que a disposição prevista no §3º do artigo 226 torna elíptico o reconhecimento da união estável entre indivíduos do mesmo sexo, compatibilizando-se, assim, com o caput do art. 5º que preceitua a igualdade.

Portanto, tomado este exemplo, não há no texto constitucional expressa referência ao reconhecimento da união estável homossexual, mas há previsão normativa da mesma. Assim, se por ventura o constituinte venha a crescer expres-

¹² Sobre o assunto Disposição e Normas: Alexy (2008, p. 66 e ss). ok

¹³ “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna, ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se despreste a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido” (ADI 815-RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/05/1996).

samente o reconhecimento da união estável homossexual como Direito Fundamental, isto significa que, até lá, este instituto jurídico não esteja protegido pelos Direitos Fundamentais: está protegido por interpretação extensiva dos Direitos Fundamentais.

Em assim sendo, apresentada a questão do processo de reconhecimento dos Direitos Fundamentais em que se utiliza critérios pós-positivistas, ao presente estudo resta uma análise doutrinária-jurisprudencial sobre questões pontuais em matérias similares às da maioria penal.

3. Novos Direitos Fundamentais reconhecidos pelo Tribunal Constitucional Brasileiro.

O que se percebe do acima apontado é que o Pretorato Constitucional Brasileiro, notadamente o Supremo Tribunal Federal, já vem reconhecendo Direitos Fundamentais afora o rol dos arts. 5º ao 17 da Constituição. O art. 225, que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (RE 134.297, 22/09/95) e os princípios relacionados à limitação do direito de tributar do Estado, art. 150 (ADIn 712-DF, 19/02/1993), são bons exemplos de Direitos Fundamentais que estão além daqueles citados artigos e como tal foram reconhecidos.

Com isso em vista, seria o art. 228 da Constituição uma disposição de Direito Fundamental. Tudo indica que sim. Propõe-se um triplo exame das características dos Direitos Fundamentais: Exame de constitucionalização da norma (ser norma da Constituição, ou de Tratado com força de norma constitucional); exame de universalidade da norma (devendo ser destinada sem relativização infundada); exame de derivação ou restrição parcial de norma expressamente inscrita dentro do Título dos Direitos Fundamentais (mostrando diferente aspecto ou perspectiva de proteção, inobstante a ampliação da proteção do bem jurídico fundada na Dignidade Humana).

O art. 228 é uma norma constitucional e de caráter universalizante, pois destinadas indistintamente a todas as pessoas que se encontrem naquela situação biológica de minoridade de 18 anos. Sua faixa de aplicação é de todos os indivíduos menores de 18 anos, o que induz ao segundo do exame de Fundamentalidade da norma: trata-se de uma derivação direta do direito à liberdade e da isonomia. Liberdade, porque por meio de sua aplicação, se garante que a liberdade do indivíduo menor de 18 anos seja preservada proporcionalmente à sua particular condição de desenvolvimento. Isonomia, não obstante, já que o objetivo da lei não é tratar simplesmente todos de forma igual (isonomia material), mas sim uma isonomia aristotélica (isonomia formal), reconhecendo as diferenças entre as pessoas e tratando-as de acordo com sua particularidades.

Assim, tudo leva a crer que o art. 228 da Constituição Brasileira poderia ser enquadrado como Direito Fundamental. Resta verificar em que tipo de Direito Fundamental: Direito Individual, Social ou Transindividual.

A característica marcante dos Direitos Individuais é a abstenção de ação por parte do Estado, ou seja, o Estado respeita o direito à vida p.ex. quando não intervém na vida das pessoas; relativamente aos Direitos Sociais, o Estado os realiza quando de fato age, como p.ex. no caso da normatização das questões trabalhistas e previdenciárias.

Base da teoria da otimização de Alexy, a teoria do status desenvolvida por Jellinek explica a relação entre Estado e indivíduo no cerne dos Direitos Fundamentais. Status, para Jellinek, é a "relação com o Estado que qualifica o indivíduo" (Jellinek, 1919, p. 82). Assim, nas relações Estado versus indivíduo, parte do pressuposto óbvio de há um relacionamento passivo do indivíduo em função de sua subordinação ao Estado. Em função dele, desenvolveram-se os Direitos Fundamentais em três diferentes status.

O status negativo decorre da necessidade de defesa do indivíduo contra possíveis atuações Estatais, resguardando as liberdades. Este parâmetro tem raiz histórica no surgimento do liberalismo político e econômico desencadeado na Europa e América a partir do séc. XVIII. Bem assim, com o fim da preservação da liberdade individual, impede-se a atividade Estatal.

Em um segundo momento histórico, precipuamente a partir da revolução industrial de 1850, percebeu-se que a "mão invisível" que guiava o *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, não era um instrumento autorregulatório bastante para prevenir disparidades e abusos. O movimento social motivou o chamado status positivo, em que o indivíduo conclamava ao Estado a sua efetiva atuação regulatória com o objetivo de garantia de uma igualdade efetiva. Mediante isto, a atuação Estatal dividiu-se em pretensões à atividade do indivíduo (prestações materiais) e criação de meios jurídicos para a realização daquele fim (prestações normativas) (Jellinek, 1919, p. 115-116). As prestações materiais consistem no oferecimento de bens ou serviços disponíveis no mercado, mas que não podem ser adquiridos (saúde, educação...), ou ainda no oferecimento de serviços monopolizados pelo Estado. As prestações normativas objetivam intervir diretamente nas relações entre particulares com o fim de se concretizar interesses individuais (Dimoulis, 2006, p. 102).

O status ativo é a relação de intervenção do indivíduo na política Estatal, o que se daria em um processo democrático de eleição de representantes (Jellinek, 1919, p. 138) e de democracia participativa direta. Portanto, com base nisto, a maioria penal poderia ser enquadrada como um direito negativo, um Direito Individual, já que pressupõe um reconhecimento do Estado daquela condição para respeito ao direito do indivíduo, pautando-se em um não-agir deste em relação àquele.

De outra sorte, também não é possível se referir a um Direito Transindividual porque a inimputabilidade se refere ao direito de uma pessoa em particular. Embora o assunto Direito das Crianças e dos Adolescentes seja, no geral, matéria de Direitos Transindividuais, tal não afasta o caráter individual dos direitos *per se* considerados, nesta temática contidos, sejam eles individuais homogêneos ou não. Portanto, a conclusão que se infere é que o art. 228 da Constituição Brasileira é Direito Individual, dentro dos Direitos Fundamentais.

4. A Inimputabilidade e a Maioridade Penal no Brasil

O Direito Brasileiro atualmente, como já brevemente antecipado no início deste artigo, reconhece a maioridade penal como incorrendo a partir dos 18 anos completos, nos termos do art. 228¹⁴ da Constituição Federal, com aplicação infraconstitucional dos arts. 2º, 102 e 104 da lei federal 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do art. 27 do Decreto-Lei Federal 2.848/40 (Código Penal).

Existem basicamente três critérios adotados pelos diversos Estados atinentes à inimputabilidade, de modo geral, em todas suas causas¹⁵:

¹⁴ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

¹⁵ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a emoção ou a paixão; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou subs-

critério biológico, em que se leva em conta uma idade ou particular condição do agente, presumindo-se não ter consciência sobre a ilicitude dos fatos ocorridos, ainda que o tenha; critério psicológico, que leva em conta apenas a compreensão do agente sobre a ilicitude do fato que cometeu, através de um exame psicológico; e o critério biopsicológico, adotado pelo Brasil, em que se estabelece alguns critérios fixos para a inimputabilidade, mas agregados ao conhecimento da ilicitude ou não dos fato criminoso.

Assim, no direito brasileiro, se o réu for acometido por problema psicológico, somente sofrerá pena se for detectado que ao tempo da ação ele tinha consciência da ilicitude de suas ações. É o que ocorre no caso de indivíduos acometidos por psicopatia ou dependentes químicos, mas, ao tempo do crime, tinham consciência da ilicitude de suas ações. Se, ao contrário, for detectado que ele não tinha consciência da natureza criminosa de sua conduta, sofrerá medida de segurança em estabelecimento apropriado, sendo considerado inimputável (art. 96 do Código Penal).

No entanto, quanto à maioridade penal propriamente dita, no Brasil, adota-se um critério puramente biológico, estabelecendo que são inimputáveis os menores de 18 anos, independentemente de conhecerem ou não a ilicitude de seus fatos. Assim, menores de 18 anos não sofrem pena, mas sim medida sócio-educativa; não cometem crime, mas ato infracional (chamado no *Common Law* de *Defence of Infancy*). Saliente-se, outrossim, que no que diz respeito

tância de efeitos análogos (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

à responsabilidade criminal, o Brasil adota, por força do art. 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a idade de 12 anos para aplicação de medida sócio-educativas (chamado no *Common Law* de *age of criminal responsibility*).

Dentro de uma perspectiva sociológica-anropológica, números assustadores revelam que a maior parte dos brasileiros é favorável a redução ou eliminação da maioridade penal: 81% mostraram-se favoráveis em pesquisa feita entre 17 de fevereiro a 5 de março de 2014 pelo DataSenado¹⁶; em 2011, os números também eram expressivos e orbitavam 75%¹⁷; em abril e junho de 2013, os números eram de 90% a 93% favoráveis à redução para 16 anos¹⁸. O tema em questão será melhor explorado em item próprio. Antes, no entanto, de fazê-lo, necessário se faz uma compreensão do assunto Direitos Fundamentais, para que se possa identificar ou não a maioridade penal -prevista no já citado art. 228 da Constituição- como um Direito Fundamental.

5. Tensionamento Psicossociológico-Jurídico sobre a maioridade penal no Brasil: a interferência da sociedade no seu processo de reconhecimento como um Direito Fundamental

Como já noticiado em itens alhures, o assunto gera um debate acirrado na medida em que a sociedade -justificadamente- tenta buscar uma libertação catártica de um estado de medo decorrente dos tempos hodiernos. A sociedade almeja tal catarse a qualquer custo, no entanto ignora as consequências da mesma, principalmente em uma perspectiva jurídica.

¹⁶ Fonte: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/03/07/pesquisa-do-datasenado-aponta-apoio-de-81-ao-fim-da-maioridade-penal>

¹⁷ Fonte: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/10/maioria-quer-reducao-da-maioridade-penal-diz-pesquisa.html>

¹⁸ Fonte: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/11/mais-de-90-dos-brasileiros-querem-reducao-da-maioridade-penal-diz-pesquisa-cntmda.htm>

Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/04/1263937-93-dos-paulistanos-querem-reducao-da-maioridade-penal.shtml>

Psicologicamente, a catarse liberatória ocorre na medida em que o indivíduo vê ocorrer a “justiça” ou “vingança” sobre o indivíduo que infringiu a lei, seja norma sociológica, norma teológica, norma ética e, naturalmente, norma jurídica. A vítima do crime não é apenas o indivíduo que o sofreu, mas toda a sociedade que não pactua com a infração às leis. Esta libertação catártica ocorria, na fase da vingança privada, com a satisfação dos perpetradores da vingança; eis que se transferiu o *jus puniendi* ao Estado como forma de se evitar a extrapolação na aplicação da sanção e, junto com tal movimento, a catarse passou a ser transferida desde as pequenas situações relativas ao processo até a prestação final, o *juris dictio* propriamente dito.

Bem assim, em que pese ter deixado de ocorrer, no direito penal e, portanto, juridicamente, a vingança, a catarse liberatória continua existindo em um contexto psicossociológico, ao que nunca deixo de existir. Se na fase da vingança, a catarse decorria do ato de vingança em si, a partir do *jus puniendi* do Estado a catarse se transfigurou em pequenas ou grandes ações por parte do Estado, que satisfaçam a sensação de reparação ao mal causado. Cite-se como exemplo o uso de berlinda de madeira em que o condenado ficava exposto em praça pública com a cabeça e pulsos presos no citado instrumento, isso para não dizer a gaiola ou mordaga de aço, o pelourinho e outras formas e instrumentos desta natureza. Hodiernamente, embora a berlinda não mais seja usada no direito ocidental, a algema e as prisões cautelares, notadamente, são instrumentos de catarse liberatória usados pela sociedade para satisfazer seu desejo de “justiça” ou de “vingança” conta aquele que cometeu o crime. O mesmo ocorre com o menor de idade ao ser punido com prisão. A prisão também é instrumento de catarse da sociedade, que a vê, não apenas para desestimular a conduta criminal do menor de idade, reeducando-o; é vista principalmente como uma ferramenta de pseudosseguurança (daí porque catártica) por supostamente retirar

da sociedade, tal e qual um adulto, o menor infrator, sem, contudo, resolver o problema de reeducação do menor nem tampouco o problema de segurança pública.

Difícilmente o comportamento pisco sociológico da sociedade humana -brasileira ou não- será mudado. Mas, existem medidas que podem ser tomadas para se garantir que este sintoma de insegurança social não chegue ao ponto em que está, portanto antecedendo e prevenindo a necessidade de uma catarse liberatória tão dramática quanto a almejada redução da maioridade penal. Estabelece-se, assim, os seguintes pontos psicossociológicos-jurídicos que precisam ser analisados quando o assunto é maioridade penal e sua redução:

1. Constitucionalidade. Viu-se até agora que, por força do art. 228 da Constituição poder ser considerado um direito fundamental e individual. Reiterando as linhas acima descritas, dentro do tríplice exame proposto neste estudo, o citado artigo pode ser encaixado como um Direito Fundamental: é norma constitucional; é norma universal; é norma derivada diretamente de um Direito Fundamental reconhecido expressamente dentro do rol do art. 5º, vale dizer, a isonomia e liberdade. Em assim sendo, continuando o raciocínio jurídico, tem-se, por força do art. 60, §4º, inc. IV da Constituição Brasileira, que “[n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] os direitos e garantias individuais”. Este núcleo denominado cláusulas pétreas garante que Direitos Individuais nunca sejam subtraídos, mas sim e apenas adicionados. Portanto, qualquer redução de maioridade ou modificação de critério neste direito do art. 228 seria inconstitucional porque está subtraindo um direito individual. Tal somente poderá se dar por força de uma nova Constituição, posto que o Poder Constituinte Originário é inicial, ilimitado e incondicionado. Poderia se encerrar a discussão aqui, mas se analisa outras problemáticas.

2. Medida sócio-educativa e pena. Como foi dito em item anterior, há responsabilidade criminal do maior de 12 anos, no Brasil. Assim, a partir desta idade até os 18 anos, poderão sofrer quaisquer medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹, pelo período de três anos. É certo que a internação é cabível apenas em crimes violentos ou em reincidências. Pondera-se: três anos, na vida de um adolescente, é tão pouco tempo assim? Em que pese três anos na vida de um adulto ser um período muito curto de tempo, um adolescente, dos 12 aos 15 anos, mudou completamente sua estrutura psicobiológica. São dois seres. Levando-se em conta o caráter especial de aplicação da medida sócio-educativa, não poderia jamais haver uma equiparação entre estas e as penas previstas aos penalmente imputáveis. Assim, jamais poderia se haver, p.ex., uma medida sócio-educativa de 6 a 20 anos para o cometimento de homicídio²⁰. Deve haver distinção entre ambas para que haja o efeito desejado na lei das crianças e adolescentes. Ainda sim, talvez a ampliação do período de internação seja uma solução mais imediata à problemática, reafirmando-se a impossibilidade de equiparação de uma pena e das medidas sócio-educativas, por sua própria natureza distinta.

3. Unidades de Internação e Prisão. A internação do menor submetido a medida sócio-educativa desta natureza é feita em unidades de

¹⁹ "Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
 - II - obrigação de reparar o dano;
 - III - prestação de serviços à comunidade;
 - IV - liberdade assistida;
 - V - inserção em regime de semi-liberdade;
 - VI - internação em estabelecimento educacional;
 - VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
- [...]

²⁰ Código Penal. "Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos."

internação específicas. Mesmo havendo atividades específicas para a tentativa de recuperação dos menores internados, a realidade é que, maiormente por falta de verbas e de uma estrutura apropriada, além de um deficitário recurso humano, pouca diferença há entre as Unidades de Internação de Menores e as prisões. Novamente, a ideia popular que o adolescente infrator estaria com regalias nas citadas unidades é, no mais, mitologia social de quem busca a citada catarse, beirado a "vingança". Por outro lado, deve-se apresentar um simples questionamento: a população carcerária brasileira em 2014 é de aproximadamente meio milhão de pessoas, o que, segundo estudos, supera em 43% a capacidade das prisões²¹; há espaço para colocar ainda mais este contingente?

4. Investimentos na prevenção. O menor em conflito com a lei não irá, naturalmente, desaparecer, mesmo quase sendo eliminadas desigualdades sociais. Mas, também, notadamente os adolescentes em conflito com a lei tem um perfil comum oriundo de famílias desestruturadas, com defasagem escolar, envolvidos em drogas²². Talvez a solução que se procure, muito menos catártica, não seja o investimento em presídios, mas em escolas de qualidade, em programas sociais que visem tirar de atividades perniciosas crianças e adolescentes. Embora tal medida seja a médio e longo prazo, é a mais eficaz.

5. Prematuramento dos menores em conflito com a lei. Admitindo-se a redução da maioridade para 16 anos, potencialmente haverá uma tendência de prematuramento etário de menores em conflito com a lei. Estudo

²¹ Fonte: <http://www.abc.com.br/populacao-carceraria/2014/01/populacao-carceraria-cresce-quase-30-em-cinco-anos-apon-ta-relatorio>

²² Fonte: Panorama Nacional – A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/panorama_nacional_justica_ao_jovem.pdf

do CNJ acima indicado afirmou que o perfil do menor em conflito com a lei é de 15 a 17 anos²³. Reduzindo-se, assim, a maioridade para 16 anos, a tendência é que estes dados etários sejam igualmente reduzidos: primeiro porque os menores de idade são tipicamente utilizados pelos maiores de idade como "bois de piranha", ou seja, como bode expiatório para o cometimento de seus próprios crimes; segundo porque irá incentivar o ingresso precoce no crime organizado e facções criminosas, transgredindo ele próprio, menor, a lei.

Conclusão

Se verificou, neste estudo, que os Direitos Fundamentais são direitos subjetivos, previstos em sede constitucional ou equiparados, aplicados horizontalmente e verticalmente, destinados a todos, que tem como finalidade a realização da Dignidade Humana. Se pode constatar, ainda, brevemente, a distinção entre Direitos Fundamentais Individuais, Sociais e Transindividuais.

Além disso, constatou-se que em uma perspectiva pós-positivista, Direitos Fundamentais estão além daqueles previstos no rol de artigos indicados expressamente por uma Constituição. Notadamente, a Constituição do Brasil arrola Direitos Fundamentais entre os arts. 5º a 17. No entanto, o Pretorato Constitucional vem sistematicamente identificando artigos além daqueles expressamente reconhecidos pelo Constituição como Direitos Fundamentais.

É o que se apresenta na temática da inimpunibilidade do menor de 18 anos. Previsto no art. 228 da Constituição, portanto, fora do rol expresso de Direitos Fundamentais, ainda sim o mesmo poderia ser considerado como um Direito Fundamental, pois apresenta as mesmas características de todos Direitos Fundamentais. Se constata que: é norma constitucional; é nor-

²³ Fonte: Panorama Nacional – A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/panorama_nacional_justica_ao_jovem.pdf

ma universalizante; é norma derivada de norma reconhecida como Direito Fundamental, qual seja, a liberdade e igualdade (art. 5º, caput e incs. I e II, entre outros, da Constituição).

Uma vez constatado que a citada norma é Direito Fundamental, deve-se enquadrá-lo como uma das espécies de Direito Fundamental. Está-se diante de um Direito Individual, ou Direito Fundamental de Primeira Geração, porque a norma objetiva proteger direitos por meio de uma abstenção de comportamento do Estado (direitos negativos).

Eis a problemática em torno do assunto. Os Direitos Individuais são considerados insuscetíveis de abolição por meio de reforma constitucional. São Cláusulas Pétreas, nos termos do art. 60, §4º, inc. IV da Constituição. Assim, uma vez que tais direitos tenham sido destinados à sociedade, somente poderão ser retirados por meio de uma nova Constituição, vale dizer, por meio do Poder Constituinte Originário, que é pleno, ilimitado e incondicionado.

O Brasil adota um critério estritamente biológico no que diz respeito à inimputabilidade de menores de 18 anos. Em que pese tal critério não parecer o mais eficiente, somente poderá ser modificado por meio de uma nova Constituição. É possível que seria ideal a adoção de um critério biopsicológico, estabelecendo uma presunção relativa ligada a uma idade mínima para a inimputabilidade, por exemplo 18 anos, mas se verificando a partir dos 14 anos se o menor conhecia o caráter ilícito do fato no momento de sua ocorrência, ou seja, derrubando tal presunção *iuris tantum*. No entanto, repita-se, pelo atual sistema constitucional, tal não é possível à luz do estabelecido nesta perspectiva pós-positivista que, em sendo Direito Individual, é cláusula pétrea, portanto, irreduzível em suas disposições e direitos.

Por fim, considere-se que a ânsia social em reduzir a maioridade penal demonstra ter caráter

catártico liberatório, que não visa a resolução do problema da criança e adolescente em conflito com a lei. Visa, tão somente acalantar uma sensação de pseudosseguurança que não durará. E a tendenciados movimentos sociais é logo que algo não dá resultados, buscar-se procurar outras medidas imediatistas e perfunctórias para resolver um problema muito mais profundo.

Apontou-se, neste estudo, pontos para ponderação sobre a questão da maioridade, em uma análise psicossociológica-jurídica: seria medida constitucional?; seria a medida sócio-educativa encarada de forma diferente da pena?; seria a realidade do menor internado diferente da do maior preso; há espaço no sistema prisional para receber o contingente decorrente da redução da maioridade?; seria o investimento na educação e em projetos sociais uma solução a médio e longo prazo do problema; e, finalmente, com a redução da maioridade, haveria um ingresso precoce no crime?

Embora se tencione apontar algumas respostas a estas ponderações, a situação é delicada e não há uma única resposta correta. Imediatamente, dentro de alguma constitucionalidade, poder-se-ia quando muito ampliar o tempo máximo de internação dos atuais 3 para talvez 5 anos. Mas reitera-se que tal solução precisa ser bem estudada de forma a não equiparar a medida sócio-educativa em pena. Como já se ponderou, a redução da maioridade aparenta constituir-se em libertação catártica da sociedade, a qual não se dá conta que o melhor investimento feito não é em cadeias, mas em escolas. Frase atribuída a Paulo Freire resume a questão: "*Se a educação sozinha não pode transformar a sociedade, tampouco sem ela a sociedade muda*". Talvez seja esta a única resposta inexorável à problemática.

Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2008). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Virgílio Afonso da Silva, Trad.). São Paulo: Malheiros.

- Alston, P. (1984). Conjuring up New Human Rights: a proposal for quality control. *American Journal of International Law*, (No. 78), pp. 607-22. Washington: The American Society of International Law.
- Alston, P. (1984). Conjuring up New Human Rights: a proposal for quality control. *American Journal of International Law*, (No. 78), pp. 607-22. Washington: The American Society of International Law. Disponível em < <http://www.questia.com/googleScholar.qst;jsessionid=M9pLCOQGpkLhG TcJbHw7WNx0Wybjx036nYnJ4ZBFHJTtnptH6n6zI576830122!1011489555?docId=79257359> >.
- Canotilho, J. J. G. (2002). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. (7ª Ed). Coimbra: Almedina.
- Cury, M. (2002). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. (4. Ed. Revista e atualizada). São Paulo: Malheiros.
- Dimoulis, D. (2006). Elementos e Problemática dos Direitos Fundamentais. *Revista da AJURIS, Porto Alegre: AJURIS, 1974-, Vol. 33, (No. 102), jun/2006*, pp. 99-125.
- Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. (A. P. Zomer, F. H. Choukr, J. Tavares, & L. F. Gomes, Trans.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (4ª Ed.). (A. Perfecto, Trad.). Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A. (1977). *El Concepto de Derecho*. (2ª Ed). (G. R. Carrio, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jellinek, G. (1919). *System der subjektiven öffentlichen Recht*. (2ª Ed). Tübingen J.C.B. Mohr. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/31245292/Jellinek-Georg-System-Der-Subjektiven-Offentlichen-Rechte-1919>
- Ishida, V. K. (2011). *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. (13 Ed.). São Paulo: Atlas.
- Maciel, K. (Coord.). (2010). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. (4a Ed. Rev. e atual.). Lumen Juris: Rio de Janeiro.
- Magalhães, J. L. Q. de. (2004). O constitucionalismo inglês. *Jus Navigandi, Teresina, ano 8, (No. 452)*, 2 out. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5768> Acesso em: 30 jul. 2010
- Mendes, G. F. (1999). Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual, Vol. 2, (No. 13) junho/1999*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm
- Müller, F. (1969). *Die Positivität der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Nucci, G. de S. (2012). *Leis penais e processuais penais comentadas*. (6. Ed. Rev., reform. e atual). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Rossato, L. A.; Lépole, P. E.; Cunha, R. S. (2012). *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo: Lei 8.069/1990*. (3. Ed. rev., atual. e ampl.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Sarlet, I. W. (2001). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sarlet, I. W. (2010). *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. (8ª Ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Schmitt, C. (1973). *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humbolt.