

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Reduction of criminal majority and the principle of the prohibition of social regression

Adler Chiquezi¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Política pública de segurança e menores infratores. 3. Maioridade penal. 3.1. Maioridade penal como direito fundamental social. 3.2. Evolução da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Princípio da proibição de retrocesso social. 4.1. O princípio da proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. Síntese conclusiva. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho analisa a maioridade penal como direito fundamental social para apurar se é possível a redução da atual idade penal, fixada em dezoito anos no direito brasileiro, para dezesseis como sustenta parcela da nossa sociedade, em face do princípio da proibição de retrocesso social. Para a realização deste trabalho, a maioridade penal é cotejada por meio de um procedimento racional que transita do geral para o particular. Verifica-se a evolução da maioridade penal no direito brasileiro. O objetivo central deste trabalho é questionar se a redução da maioridade penal é possível em razão do princípio da proibição de retrocesso social, principalmente com base na Constituição Federal de 1988 que inseriu a maioridade penal a partir dos dezoito anos de idade como um direito fundamental social.

Palavras-chaves: Maioridade penal. Retrocesso social. Direitos fundamentais. Direitos sociais.

ABSTRACT

This paper analyzes the criminal majority as a fundamental social right to determine if it is possible to reduce the current criminal age, fixed at eighteen years in Brazilian law, to sixteen as it sustains part of our society, in view of the principle of prohibition of social regression. For the accomplishment of this article, the criminal majority is checked through a rational procedure that transits from the general to the particular. The evolution of the criminal majority in Brazilian law is verified. The main objective of this study is to question whether the reduction of the age of criminality is possible due to the principle of the prohibition of social regression, mainly based on the Federal Constitution of 1988 that entered the criminal majority from the age of eighteen as a fundamental social right.

Keywords: Death penalty. Social regression. Fundamental rights. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

O crime sempre acompanhou as sociedades organizadas. A delinquência juvenil também é uma preocupação constante. É consenso mundial que deve existir uma idade mínima para o jovem infrator ser responsabilizado criminalmente.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP e especialista em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

No Brasil, atualmente, a maioria penal está fixada em dezoito anos de idade, sendo esta prevista no art. 228 da Constituição Federal como um direito fundamental social. O alcance dessa idade foi fruto da evolução da nossa sociedade, porque em leis anteriores esse limite era inferior, como pode ser observado no art. 27 do Código Penal de 1890, que estipulava a idade de nove anos.

Em razão de pressões da mídia quando ocorrem crimes graves de repercussão praticados por adolescentes, parcela considerável de nossa sociedade defende a mudança da política pública de enfrentamento à delinquência juvenil e, por conseguinte, a redução da maioria penal para dezesseis anos.

A maioria penal em dezoito anos, por estar prevista em nossa Constituição Federal, apenas poderá ser reduzida por meio de emenda constitucional.

Não se discutirá neste breve estudo se a maioria penal em dezoito anos é ou não cláusula pétrea, mas sim que é um direito fundamental social, fruto do avanço de conquistas sociais e que, por isso, não poderá ser reduzido em razão do princípio da proibição de retrocesso social.

Ademais, também não serão abordados os índices de atos infracionais graves, haja vista estes serem irrelevantes para a argumentação em tela, ou seja, que a maioria penal em dezoito anos é um direito fundamental social.

2. POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA E MENORES INFRATORES

O Estado tem o dever de assegurar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Ao mesmo tempo em que se constitui um dever estatal, é um direito de todas as pessoas que essa preservação efetivamente ocorra, conforme expressamente prevê o art. 144 da Constituição Federal.

Ao Estado, em todos os seus níveis (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), compete traçar as diretrizes para a manutenção da segurança pública, por meio de suas políticas públicas. Assim, uma primeira reflexão é necessária neste momento, ou seja, o que é uma política pública.

Políticas públicas podem ser entendidas como programas governamentais que objetivam, principalmente, a implementação de direitos sociais (direitos fundamentais), como saúde, alimentação, educação, segurança, moradia etc.

Explica Maria Paula Bucci que políticas públicas “são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”².

E a política de segurança pública tem base constitucional, pois além de a segurança ser prevista como um direito fundamental, nos termos dos art. 5º e 6º da

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

Constituição Federal, também há expressa disposição constitucional de como os entes federados implementarão essa política pública (art. 144 da Constituição Federal).

Observa-se, portanto, que a Constituição Federal dispôs sobre os critérios mínimos para implementação da política pública de segurança. É cediço, no entanto, que a segurança não é obtida apenas com policiamento, mas também com outras políticas públicas que podem contribuir para a pacificação social, como educação, saúde, moradia, entre outras.

Não se pretende discutir, neste modesto trabalho, as diversas ações governamentais que possam ser utilizadas para assegurar a efetivação da segurança, mas apenas a política pública adotada pelo Estado com relação ao adolescente infrator.

Optou o legislador constituinte não submeter os adolescentes à lei penal, mas sim à legislação especial, que atualmente é a Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e considera adolescente a pessoa entre doze anos até completar dezoito anos de idade.

Com efeito, prevê o art. 228 da Constituição Federal que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e, portanto, não cometem crimes, mas sim ato infracional e ficarão sujeitos à legislação especial.

Ato infracional é a prática de fato previsto como crime ou contravenção penal por adolescente, nos termos do art. 103 da Lei nº 8.069/1990, que sujeita o infrator às medidas previstas nessa lei.

Assim, o adolescente infrator não sofrerá sanção penal, porém é falsa a assertiva que seu ato ficará impune, pois estão previstas medidas socioeducativas para quem pratica ato infracional.

O art. 112 do Estatuto de Criança e do Adolescente prevê seis medidas específicas aplicáveis a adolescentes infratores, que são: 1) advertência; 2) obrigação de reparar o dano; 3) prestação de serviços à comunidade; 4) liberdade assistida; 5) inserção em regime de semiliberdade; e 6) internação em estabelecimento educacional.

Além das medidas acima enumeradas, é possível a aplicação de qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI, da Lei nº 8.069/1990, ou seja: 1) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; 2) orientação, apoio e acompanhamento temporários; 3) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; 4) inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; 5) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; e 6) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Observa-se, portanto, que há um extenso rol de medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes infratores, mas não é o objeto deste sucinto estudo analisar detalhadamente essas medidas.

É importante frisar, entretanto, que a aplicação de qualquer medida socioeducativa não acarretará, na vida adulta do adolescente infrator, antecedentes criminais, sendo estas consideradas apenas para a verificação de reincidência na prática de outro ato infracional. Por conseguinte, o adolescente será um adulto sem máculas no âmbito criminal.

Não obstante a escolha do constituinte acerca da maioridade penal iniciar-se aos dezoito anos de idade, sempre que um crime grave é praticado por adolescentes, com repercussão na imprensa, vozes levantam-se para alterar a política pública de segurança e reduzir a idade penal³.

Nessa esteira, muitas vezes, a imprensa enfatiza notícias de atos infracionais graves e cria, na população, a falsa ideia que os jovens são os responsáveis pelos crimes mais atrozados praticados em nosso país, como assevera Paulo Rangel:

Nesse viés é que as notícias sobre adolescentes infratores divulgadas, diariamente, pela imprensa, criam no imaginário popular a ideia de que o grande problema da criminalidade urbana são os menores infratores que não são punidos, deixando a situação sem controle, mas *o Brasil hoje é famoso no mundo por causa das mortes violentas que atingem crianças e adolescentes*, isto é, eles são vítimas, e não autores de crimes. (destaque no original)

A imprensa escolhe um fato isolado e o trata como se fosse a regra, levando todos a acreditar que sem uma lei nova não haverá controle social da violência, o que, por sua vez, faz o Congresso legislar de forma episódica e casuisticamente, mas nada é por acaso. Tudo é adrede pensado e preparado para incriminar e encarcerar os ‘indesejáveis da vez’: os adolescentes infratores.⁴

Dessa forma, atualmente parcela considerável da nossa população almeja a redução da maioridade penal para dezesseis anos, mas quem garante que, futuramente, não se tente diminuir esse limite para quinze, quatorze ou até menos, em flagrante desrespeito às conquistas sociais de proteção às crianças e adolescentes em matéria penal.

É equivocado, então, o entendimento no sentido que a mera redução da maioridade penal possa ser a solução para conter a crescente escalada da prática de atos infracionais, pois é notório que o nosso sistema penitenciário está “falido” e não

³ Nesse sentido Carlos Ferraz Batista e Manuel Morgado Rezende, in: *Crime, castigo e redução da maioridade penal*. Taubaté/SP: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2008, p. 99: “Cada vez que há um crime hediondo praticado por um menor, a mídia expõe o acontecido (incessantemente) e a sociedade clama por punição. Este processo promove a reedição da discussão da redução da idade penal. Há uma ‘endemonização’ do menor na grande mídia, que implica ampliação dos eventos e frequência dos crimes hediondos praticados pelo menor”.

⁴ RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social?: a cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 62.

ressocializa, pelo contrário, geralmente o preso aprende novas práticas criminosas durante sua permanência no cárcere.

Como bem adverte Cezar Bitencourt, os menores de dezoito anos necessitam de educação e não de prisão, pois esta “representa a universidade do crime, de onde é impossível alguém sair melhor do que entrou. A experiência do cárcere transforma um simples batedor de carteira em um grande marginal”⁵.

3. MAIORIDADE PENAL

É notório que os seres humanos nascem sem pleno desenvolvimento intelectual, e físico, e crescem para atingir a plenitude das suas funções mentais na vida adulta.

Enquanto não é atingido o desenvolvimento intelectual necessário, falta aos indivíduos maturidade para entender e comportar-se de acordo com a lei penal. Não há, nas palavras de Aníbal Bruno, “experiência das coisas da vida, que a educação dirigida ou espontânea, nos meios sociais em que se forma o seu espírito, lhe transmite, promovendo o seu ajustamento às normas da cultura e às condições comuns da convivência”⁶.

Assim, em decorrência da imaturidade inerente aos indivíduos em formação é que se formou o entendimento que somente a partir de determinada idade as pessoas poderiam ser responsabilizadas criminalmente⁷. As legislações mundiais, todavia, não são unânimes com relação a essa idade, pois, além dos critérios físicos, devem ser respeitados os aspectos culturais de cada povo.

A maioridade penal também pode ser entendida como um critério de política criminal, ou seja, determinado estado opta por não sancionar criminalmente jovens até uma idade preestabelecida e adotam meios pedagógicos para a correção dos infratores juvenis.

Nesse sentido, são sábios os ensinamentos de Nelson Hungria ao comentar a maioridade penal:

Este preceito resulta menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009, p. 414.

⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 163.

⁷ Costa e Silva, no início do século passado, já advertia que: “O problema da infância impropriamente chamada criminosa, posto em moda (como se disse) na segunda metade do século passado, constitui ainda hoje preocupação universal. Por unânime convicção, se entende atualmente que o menor não deve estar sujeito a penas e castigos, mas tão somente a medidas educativas e reformadoras. Por isso, com razão, se afirma que para os menores a noção da pena desapareceu e foi substituída pelo tratamento correcional”. COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Obra fac-similar. Coleção Histórica do Direito. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, v. 1, 2004, p. 178.

corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício. O *delinquente juvenil* é, na grande maioria dos casos, um corolário do *menor socialmente abandonado*, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa. Assim, tem sido, modernamente, uma assídua preocupação do Estado o aparato material e moral da infância e adolescência⁸.

Inclusive, o item 23 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal dispõe expressamente que a inimputabilidade do menor de dezoito anos foi mantida por critérios de política criminal em razão de este ser ainda uma pessoa em formação e, por isso, eventuais desajustes devem ser reparados por meio da educação, e não da pena criminal.

Ademais, é compreensivo que adolescentes, com caráter ainda em formação, possuam, em muitos casos, “um elemento revolucionário, em permanente conflito com o mundo objetivo, com o princípio da autoridade, com as injunções sociais”⁹.

A Organização das Nações Unidas – ONU – recomendou por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 e vigente desde 1990, que “considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”, como dispõe seu art. 1º.

Observa-se, portanto, que a ONU sugeriu a idade de dezoito anos para que o indivíduo seja considerado adulto, porém respeitou a cultura de cada nação para que a maioridade seja fixada em prazo menor.

O Brasil ratificou¹⁰ a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990 e, por isso, esta foi incorporada ao direito pátrio e suas diretrizes devem ser observadas pelo legislador brasileiro. A idade sugerida por essa Convenção está de acordo com a nossa Constituição Federal, que em seu art. 228 dispõe que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e sujeitos à legislação especial.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 introduziu vários dispositivos que tratam da criança e do adolescente consoante as orientações internacionais de direitos humanos e os padrões democráticos de organização do Estado, como pode ser observado em seu art. 227 que trata dos deveres da família, da sociedade e do Estado para as crianças e adolescentes.

Dessa forma, deve ser respeitada a condição de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes e, por conseguinte, é imprescindível que exista uma

⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1978, p. 359.

⁹ *Ibidem*, p. 361.

¹⁰ Convenção ratificada em 24 de setembro de 1990. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14/09/1990, e regulamentada pelo Decreto nº 99.710, de 21/11/1990.

idade mínima para que o infrator seja atingido pela lei penal. Em que pese faltar uniformidade mundial sobre essa idade, é recomendável o limite de dezoito anos, pois a esse tempo o ser humano, em regra, atingiu maturidade para compreender seus atos.

3.1. *Maioridade penal como direito fundamental social*

Neste item será analisado se a maioridade penal é um direito social, ou melhor, se é um direito fundamental insculpido em nossa Constituição Federal. Para tanto são imprescindíveis breves considerações sobre direitos fundamentais.

Não vislumbro diferença ontológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, salvo que aqueles estão previstos na legislação interna, principalmente na Constituição Federal, enquanto estes possuem previsão na esfera internacional, por meio de tratados e declarações.

Assim, entendo oportuna a definição de direitos humanos de André Ramos de Carvalho, aplicável aos direitos fundamentais, na qual os direitos humanos “consistem em um conjunto de direitos indispensáveis para uma vida pautada na liberdade, igualdade e dignidade”¹¹. Os direitos fundamentais, portanto, são aqueles previstos como essenciais para a vida digna.

A sequência histórica dos direitos fundamentais tem como base os ideais da Revolução Francesa de 1789, que podem ser sintetizados no lema liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de liberdade, que asseguram direitos civis e políticos aos indivíduos e são oponíveis ao Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram a partir da Revolução Industrial europeia do século XIX para combater as péssimas condições de trabalho na Inglaterra e na França. São os direitos sociais, culturais e econômicos, que buscam a redução das desigualdades sociais e, por conseguinte, assegurar a igualdade entre os indivíduos, não apenas a formal, mas também a material.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, buscam assegurar os direitos transindividuais, como a preservação do meio ambiente, a paz e a defesa do consumidor. São direitos embasados na fraternidade, com caráter de universalidade, uma vez que não se destinam, apenas, aos interesses de um indivíduo ou grupo limitado de pessoas, mas sim a todas as nações (internacionalização), desenvolvidas ou não.

Para este sucinto estudo, o foco ficará nos direitos sociais, que como antes exposto, destinam-se à redução de desigualdades sociais, de acordo com a regra que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

desigualdades. Destarte, é muito adequada a definição de direitos sociais elaborada por José Afonso na qual:

[...] os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível¹².

Em outras palavras, os direitos sociais são direitos de pessoas portadoras de atenção especial – como crianças, adolescentes, deficientes e idosos – que não podem ser tratados como os indivíduos em geral, pelo fato de serem diferentes. São prestações positivas a serem implementadas pelo Estado em busca de melhores e adequadas condições de vida para assegurar a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 tratou dos direitos sociais em capítulos distintos, com se observa no capítulo II do título II – dos direitos sociais (arts. 6º a 11), ou seja, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia etc., e no título VIII – da ordem social (arts. 193 a 232) – cuidou de detalhar a aplicação desses direitos.

Além disso, a atual Constituição Federal brasileira dispôs sobre outros direitos fundamentais, como os direitos individuais e coletivos (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (arts. 14 e 17).

É importante destacar, ainda, que como os direitos sociais são direitos fundamentais, também previstos em sua maioria no título II da Constituição Federal de 1988, possuem aplicação imediata, nos termos do seu art. 5º, § 1º, e, por isso, podem ser implementados se houver omissão legal, inclusive, por meio de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como observa Inocêncio Mártires Coelho, os direitos sociais “antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o *status* de *direitos fundamentais*, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* – até mesmo contra o Estado”¹³.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 821.

Dessa forma, os direitos sociais, e fundamentais como um todo, são direitos constitucionais, pois se inserem no texto de uma constituição e, por isso, nascem e têm fundamento no princípio da soberania popular.

A proteção à família, criança, adolescente, jovem e idoso está prevista no título da ordem social e, por isso, é um direito social constitucionalmente assegurado como direito fundamental.

Passando-se agora ao assunto maioridade penal, pergunta-se se este pode ser considerado um direito social. Entendo que sim. Utilizando-se a premissa de que os direitos sociais destinam-se a tratar diferentemente as pessoas desiguais, para obter uma igualdade material, não se pode tratar um indivíduo ainda em desenvolvimento como um adulto, porque não são iguais, principalmente na seara criminal, que traz nefastas consequências ao infrator, como a restrição de liberdade.

Partindo-se do pressuposto acima, o legislador constituinte de 1988 entendeu que os adolescentes, pessoas menores de dezoito anos de idade, não são responsáveis penalmente por seus atos, ou seja, são inimputáveis. Esse entendimento foi positivado no art. 228 da Constituição Federal que está em seu título VIII que trata da ordem social.

Com efeito, a maioridade penal é uma regra de proteção aos adolescentes prevista expressamente como um direito social em nossa atual Constituição Federal e, por conseguinte, deve ser respeitado como as demais conquistas sociais obtidas durante a história da humanidade.

Nesse prisma, a redução da maioridade penal para dezesseis anos, como sustenta parte da opinião pública, apenas poderia ocorrer por meio de emenda constitucional, ou seja, por manifestação do poder constituinte derivado reformador, que é limitado juridicamente. Inclusive, há grande polêmica se a redução da maioridade penal é possível em razão da cláusula pétrea que proíbe proposta de emenda que tende a suprimir direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

Por ser a maioridade penal um direito social, entendo que sua diminuição acarretaria um retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro, vedado pelo princípio da proibição de retrocesso social, que será oportunamente analisado.

3.2. Evolução da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro

A fim de comprovar que a política pública que fixou a maioridade penal em dezoito anos é fruto de avanço social, entendo imprescindível uma breve análise da evolução dessa política no ordenamento jurídico pátrio.

A princípio, esclarece-se que a primeira, e única, Constituição brasileira a tratar do tema maioridade penal foi a Constituição Federal de 1988; por conseguinte, será verificada neste tópico, principalmente, a legislação infraconstitucional que rege esse assunto.

No Brasil a maioridade penal foi e é considerada uma circunstância que isenta o agente de pena, ou seja, uma causa ligada à imputabilidade penal e que, por isso, exclui a culpabilidade.

As Ordenações Filipinas, de origem portuguesa, foram a primeira lei penal que vigorou no Brasil. No que tange à maioridade penal, o Título CXXXV do Livro V das Ordenações em comento, previa penas diferenciadas de acordo com a idade do agente.

Assim, aos maiores de vinte anos de idade, homem ou mulher, seria aplicada a pena total. Dos dezessete até vinte anos ficava ao arbítrio do juiz dar pena total ou diminuí-la, de acordo com as circunstâncias do crime e o grau de maturidade do infrator.

Aos menores de dezessete anos de idade, em nenhum caso, era aplicada a pena de morte, mas se não houvesse previsão de pena de morte para o delito praticado, ao menor eram aplicadas as disposições do direito então considerado comum.

A Lei de 16 de dezembro de 1830 promulgou o Código Criminal do Império. Embora influenciado pelo pensamento Iluminista, esse Diploma Legal foi original e inovador em vários aspectos, o que acarretou elogios de renomados juristas estrangeiros e seu modelo serviu de base para Códigos Penais de outros países¹⁴.

Considerava o parágrafo primeiro do art. 10 do Código Criminal de 1830 que os menores de quatorze anos não eram considerados criminosos. Se fosse comprovado, todavia, que estes agiram com discernimento na prática delituosa, eram recolhidos às “casas de correção” até, no máximo, completarem dezessete anos (art. 13). Não havia, portanto, uma idade prevista para a irresponsabilidade penal absoluta.

No Código Penal de 1890, a maioridade penal estava prevista como circunstância de exclusão da culpabilidade disposta nos arts. 27 e 30 do Código Penal de 1890, *in verbis*:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º. Os menores de 9 anos completos;

§ 2º. Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos.

O critério do discernimento foi novamente previsto, pois, para os menores de nove anos havia a irresponsabilidade penal absoluta, porém, para a faixa etária entre nove e quatorze existia a possibilidade de aplicação de sanção penal, desde que os adolescentes agissem com discernimento, consistente em recolhimento em estabelecimentos disciplinares industriais até, no máximo, dezessete anos de idade.

Costa e Silva elogiou a previsão de uma idade mínima de irresponsabilidade absoluta, porque ao contrário do Código Penal da Monarquia previa que até os nove

¹⁴ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 178.

anos o menor não era criminoso. Anotou, todavia, que esse limite de idade era muito baixo e poderia ser elevado para os quatorze anos, conforme as legislações do mundo culto dessa época¹⁵.

Em razão de fortes críticas sobre a adoção do discernimento, que era considerado um critério vago que não fornecia base satisfatória para a aplicação, ou não, de sanção penal, a Lei nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921, em seu artigo 3º, § 16, aprovada pelo Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, dispôs que o menor de quatorze anos não seria submetido a processo criminal.

Tratou-se de grande evolução, visto que foi abandonado o critério do discernimento, que trazia incerteza acerca da aplicação da lei penal, e adotou-se o biológico baseado unicamente na idade do menor.

O Decreto legislativo nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926, em seu artigo 1º, autorizou a consolidação das leis de assistência e proteção aos menores. Em razão dessa autorização, foi decretado, em 12 de outubro de 1927, o Código de Menores, aprovado pelo Decreto nº 17.943-A.

O art. 68 do Código de Menores manteve a maioridade penal em quatorze anos. Para os maiores de quatorze e menores de dezoito anos, que praticassem crime ou contravenção penal, o art. 69 desse Código previa a adoção de processo especial que visava à sua educação (recolhimento em escola de reforma) ou tratamento, se possuíssem problemas de saúde que os levassem à prática delituosa.

Se o fato previsto como crime, entretanto, fosse reputado grave e considerando-se as condições pessoais do agente, o menor com mais de dezesseis anos e menor de dezoito poderia ser enviado a estabelecimento para condenados menores de idade ou até para a prisão comum, porém, separado dos condenados adultos (art. 71 do Código de Menores de 1927).

Assinala Basileu Garcia¹⁶ que a grande quantidade de leis penais especiais, complementares ao Código Penal de 1890, dificultou a sua consulta; dessa forma, o Desembargador Vicente Piragibe, por iniciativa própria, coligiu a legislação penal dessa época, o que foi oficializado por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que criou a Consolidação das Leis Penais.

O § 1º do art. 27 da Consolidação das Leis Penais reproduziu o art. 68 do Código de Menores e fixou a maioridade penal em quatorze anos. A Consolidação das Leis Penais somente foi revogada com a vigência do Código Penal de 1940.

Na redação original do Código de 1940, o art. 23 estipulava que os menores de dezoito anos de idade são penalmente irresponsáveis, mas ficavam sujeitos às

¹⁵ COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Obra fac-similar. *Coleção Histórica do Direito*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004, v. 1, p. 176.

¹⁶ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1971, p. 126.

normas estabelecidas na legislação especial. Dessa forma, o Código Penal de 1940 aumentou a maioridade penal para dezoito anos de idade.

Além disso, seguiu as diretrizes da Lei nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921, e desvinculou-se do polêmico critério do discernimento (aspecto psicológico) do menor para aplicação, ou não, de sanção penal. Adotou a imputabilidade por presunção legal pelo sistema biológico, ou seja, até os dezoito anos de idade o indivíduo é considerado inimputável, independentemente de possuir plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento.

A ampla reforma da parte geral do Código Penal de 1940, promovida pela Lei nº 7.209/1984 e que vigora até a presente data, manteve a idade penal em dezoito anos de idade (art. 27 da nova redação do Código Penal).

Merece destaque o item 23 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal ao expor que:

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

Observa-se, portanto, que o legislador optou por manter a maioridade penal em dezoito anos de idade, por motivos de política criminal, mesmo já existindo à época pressão para sua redução em razão do crescente envolvimento de adolescentes em ações criminosas.

Destaca-se, em breve síntese, que o Código de Menores de 1927 foi revogado pela Lei nº 6.697/1979 – Código de Menores de 1979. A novel legislação sobre jovens seguiu os ditames do Código Penal de 1940 com relação à maioridade penal, isto é, dezoito anos de idade.

Com a reabertura do regime democrático, em meados da década de 80 do século passado, foi elaborada a Constituição Federal de 1988, fruto do poder constituinte originário legítimo, pois oriundo do princípio democrático.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao alçar a maioridade penal a direito constitucional ao dispor, em seu art. 228, que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos de idade, sujeitos às normas da legislação especial”.

Trata-se de previsão insculpida no Título VIII do Texto Constitucional, que cuida da “ordem social”. Observa-se, então, que o Legislador Constituinte de 1988

erigiu a maioridade penal a um direito fundamental social, que fortalece a proteção à infância prevista em seu art. 6º¹⁷.

Na esteira da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, também prevê em seu art. 104 que os menores de dezoito anos são penalmente imputáveis e ficarão sujeitos às medidas previstas nessa lei. Seu parágrafo único ainda dispõe que deverá ser considerada a idade do adolescente à data do fato para a verificação da sua imputabilidade.

O ECA revogou o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/1979) e, ainda, prevê vários princípios e medidas de proteção aplicáveis às crianças e adolescentes. Para os adolescentes (maiores de doze anos) são previstas medidas socioeducativas a quem pratica ato infracional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que são direitos fundamentais da criança e do adolescente os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, garantidos pela Constituição¹⁸.

Para finalizar, merece ser destacado que, em meados de 1993, o Deputado Federal Benedito Domingos apresentou a Proposta de Emenda Constitucional – PEC – que recebeu o número 171 na Câmara dos Deputados. Essa PEC propõe a alteração do art. 228 do Constituição Federal para reduzir a maioridade penal a dezesseis anos.

A principal justificativa para apresentação da PEC nº 171/1993 foi que o avanço tecnológico e dos meios de comunicação possibilitaram ao adolescente entre 16 e 18 anos de idade maior conhecimento e, por isso, maior capacidade de discernimento em consideração ao jovem da década de 1940, quando foi editado o Código Penal vigente que estabelece a maioridade penal em dezoito anos.

Após mais de vinte anos de discussão na Câmara dos Deputados, em agosto de 2015, a PEC nº 171/1993 foi aprovada com alteração do seu texto originário, com a seguinte redação:

¹⁷ Art. 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

¹⁸ Flávia Piovesan destaca que: “Observe-se que a Constituição Federal de 1988 encontra-se em plena consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança, concebendo, de igual modo, a criança como sujeito de direito, a merecer especial proteção e absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Carta. Em 1990, foi adotado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho), que disciplina a proteção integral à criança e ao adolescente, em cumprimento ao comando constitucional. Note-se que, de acordo com o Estatuto, considera-se criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 201, nota de rodapé.

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigora com a seguinte redação:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

Art. 2º A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição.

A PEC supracitada, portanto, reduz a maioria penal a dezesseis anos, porém, apenas para crimes considerados graves, como os previstos na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), o homicídio doloso e a lesão corporal seguida de morte.

No Senado Federal a PEC nº 171/1993 passou a denominar-se PEC nº 115/2015 e ainda se encontra em discussão na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Verificou-se anteriormente a evolução dos direitos fundamentais e que estes procuram assegurar uma vida digna aos seres humanos, principalmente contra Estados autoritários e as acentuadas desigualdades sociais que ainda prevalecem nos países subdesenvolvidos. É imprescindível, assim, que os direitos fundamentais conquistados não sejam suprimidos.

Nessa esteira, elaborou-se na doutrina alemã¹⁹ a teoria da proibição de retrocesso em direitos fundamentais, mormente em sua vertente direitos sociais em razão de estes serem, geralmente, embasados em normas programáticas que dependem de atuação Estatal para sua concretização.

O princípio da proibição de retrocesso social desenvolveu-se a partir da obra de Konrad Hesse, de 1978, mas até a presente data não tem aceitação unânime na doutrina e jurisprudência, principalmente em razão da necessidade de elevados recursos financeiros para a implementação de direitos sociais.

¹⁹ Conforme destaca Luisa Cristina, “Konrad Hesse, em obra de 1978, desenvolveu a teoria da irreversibilidade, segundo a qual haveria vinculações para o Estado decorrentes da cláusula do Estado Social plasmada na Constituição alemã, relativas à interpretação da legislação existente, à determinação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação ao Poder Legislativo. Esta última se manifestaria pela possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das medidas legais que regulassem de forma insatisfatória o princípio”. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

A partir da aludida teoria desenvolvida na Alemanha, a doutrina brasileira²⁰ menciona como precedente jurisprudencial o Acórdão 39/1984 do Tribunal Constitucional Português que obstou a redução do Serviço Nacional de Saúde e, por isso, declarou inconstitucional a lei que reorganizava esse serviço com fundamento no princípio da proibição de retrocesso social, pois o direito à saúde seria uma garantia constitucionalmente assegurada. Após, outras decisões da Corte Portuguesa seguiram o caminho da impossibilidade de retrocesso de conquistas sociais alcançadas²¹.

Luísa Cristina destaca que o princípio da proibição de retrocesso social pode ser:

Vislumbrado como manifestação de um princípio maior respeitante à matéria dos direitos fundamentais, ou seja, seria possível cogitar de um princípio que vedasse retrocessos em matéria de direitos fundamentais em face de atuações estatais de natureza distinta. A aceitação de um tal princípio estaria fundada na ideia de um progresso constante no caminho da emancipação humana e da concretização da dignidade da pessoa humana, não se admitindo “marchas atrás” na consagração e efetivação dos direitos fundamentais. Nesta esteira, todos os direitos fundamentais estariam protegidos contra alterações amesquinhadoras de seu conteúdo e garantias, o que levantaria uma série de interessantes questões específicas.²²

Nesse diapasão, o princípio da proibição de retrocesso social destina-se, principalmente, à proteção do núcleo dos direitos sociais já realizados e concretizados, e dá suporte à declaração de inconstitucionalidade de normas que, na prática, poderiam acarretar a anulação ou revogação do núcleo essencial dos direitos sociais.

Nas palavras de Mário De Conto, a proibição de retrocesso social “importa na vedação ao Estado de atentar contra Direitos Fundamentais Sociais implementados”, haja vista acarretar ao Estado uma obrigação de “não fazer” atos administrativos ou leis que atinjam o núcleo essencial dos direitos fundamentais²³.

Destarte, observa-se que existe um núcleo relacionado aos direitos fundamentais, insuscetível de violação pelo Estado, ou seja, um núcleo relacionado com a

²⁰ Nesse sentido: NETTO, Luísa Cristina Pinto. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103. CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 109; e SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 94.

²¹ Marcelene Ramos cita o acórdão 509/2002 do Tribunal Constitucional português que também agasalhou o princípio de proibição de retrocesso social. RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 27.

²² NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 111.

²³ CONTO, Mário de, *op. cit.*, p. 83.

tutela da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, é esta a ideia que fundamenta a existência de um princípio de proibição de retrocesso social.

Embora não previsto expressamente na Constituição Federal brasileira, não há óbice para que o princípio da proibição de retrocesso social seja utilizado para embasar decisões que assegurem a continuidade de direitos sociais implantados.

Não há espaço neste modesto estudo para a análise dos fundamentos favoráveis e contrários ao princípio da proibição de retrocesso social, mas anota-se que a doutrina pátria²⁴ aponta os seguintes fundamentos para a adoção desse princípio: a) supremacia da Constituição; b) postulado de máxima eficácia das normas de direitos fundamentais; c) princípio da socialidade; d) internacionalização dos direitos fundamentais; e) dignidade da pessoa humana; e f) segurança jurídica.

Não obstante, a vedação de retrocesso de direitos sociais implementados não é absoluta, para evitar que a ordem jurídica seja petrificada em detrimento dos próprios direitos fundamentais, visto que em algumas situações podem ocorrer conflitos entre estes direitos e deverá ser verificado qual deverá prevalecer para assegurar a dignidade da pessoa humana e o bem da sociedade, porém, ressalvada a impossibilidade de violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais concretizados²⁵.

E na Constituição Federal brasileira de 1988 existe um núcleo intangível, as chamadas cláusulas pétreas, dispostas no parágrafo 4º do seu art. 60, que proíbe, entre outras previsões, a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, isto é, os direitos fundamentais.

Traçados os contornos preambulares do princípio da proibição de retrocesso social, é possível extrair seu conceito como uma norma implícita que assegura o progresso dos direitos fundamentais porque impede a supressão e/ou a redução de conquistas sociais essenciais à dignidade da pessoa.

Ou como discorre Luísa Cristina:

²⁴ Nesse sentido: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115 e ss.; CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 85 e ss.; e SOARES, Dilmanol de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 120 e ss.

²⁵ Destaca Ingo Sarlet: “[...] voltando à questão do caráter relativo ou absoluto da dignidade da pessoa humana – há que ter em conta que da condição de limite material (implícito) ao poder de reforma constitucional não decorre, por si só, uma absoluta imunidade a restrições do bem protegido, já que pela sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988 apenas são vedadas emendas (ou propostas de emendas) que resultem em abolição efetiva ou tendencial das assim denominadas “cláusulas pétreas”, proteção esta que se aplica igualmente aos limites implícitos. Tal entendimento, em verdade, harmoniza com a dimensão principiológica da dignidade da pessoa, que, na sua condição de norma-princípio, tolera certa relativização, respeitado, todavia, sempre também o núcleo essencial, este sim blindado contra restrições, sem prejuízo da existência de regras assegurando dimensões da dignidade que se encontram subtraídas à ponderação.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 173.

O princípio de proibição de retrocesso social é norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia.²⁶

É importante fixar a partir do conceito do princípio em tela, a ideia de que embora inexista uma imposição de avanço, “há uma proibição de retroceder socialmente os direitos sociais conquistados no Estado Democrático e Social de Direito”, como observa Marcelle Ramos²⁷.

4.1. O princípio da proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em razão de a proibição de retrocesso social ser um princípio constitucional implícito, a pesquisa jurisprudencial deste estudo limitou-se ao Colendo Supremo Tribunal Federal por ser a Corte constitucional brasileira.

Luísa Cristina²⁸ aponta que inicialmente o princípio da proibição de retrocesso social foi mencionado como fundamento em votos vencidos no Supremo Tribunal Federal.

Mário De Conto²⁹ menciona, também, o voto vencido da ADIn 3.103-8, proferido pelo Ministro Celso de Mello. Nesta ação buscava-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu contribuição previdenciária nos rendimentos de aposentados e pensionistas.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello sustentou que o princípio da proibição de retrocesso social seria aplicável para impedir a desconstituição de conquistas sociais já alcançadas, no caso o direito de, ao se aposentar, o servidor deixar de contribuir para a previdência social. A referida ADIn, todavia, foi julgada improcedente por maioria de votos.

No acórdão proferido no agravo regimental do recurso extraordinário com agravo nº 639.337-SP, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, então relator, mais uma vez utilizou o princípio da proibição de retrocesso social como razão de decidir, mas, agora, sua argumentação foi acolhida por maioria de votos, como se verifica no trecho da ementa a seguir transcrito:

²⁶ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

²⁷ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

²⁸ Luísa Cristina cita os votos vencidos proferidos nas ADIs nº 2065-DF e 3105-DF. *Op. cit.*, p. 109.

²⁹ CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130.

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ES-TATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) [...]

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.³⁰

A Ministra Rosa Weber também já citou o princípio da proibição de retrocesso social no voto proferido no recurso ordinário com agravo nº 709.212-DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, que entendeu pela inconstitucionalidade do art. 23 da Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 9.868/1999³¹.

Destaco, por fim, o voto da Ministra Cármen Lúcia, acolhido por unanimidade, que ao relatar o Acórdão da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4543 MC – DF, que tratava do sigilo do voto eleitoral, utilizou como

³⁰ ARE 639337 AgR / SP. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma.

³¹ ARE 709212 / DF. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgado em: 13/11/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

fundamento o princípio da proibição de retrocesso social, que também é aplicável aos direitos políticos, como se observa a seguir:

O princípio da proibição de retrocesso político.

Parece-me também favorecer a plausibilidade jurídica do pedido formulado para fins de deferimento da cautelar requerida, princípio constitucional que norteia decisões de controle de constitucionalidade para verificação da validade constitucional das normas, ainda que neste momento preliminar, qual seja, o da proibição de retrocesso. Com maior frequência adotado no âmbito dos direitos sociais pode-se ter como também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de ter o cidadão invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada.

Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. [...] o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 3. ed. p. 326).

Tenho por aplicável esse princípio também aos direitos políticos e ao caso presente, porque o cidadão tem o direito a não aceitar o retrocesso constitucional de conquistas históricas que lhe acrescentam o cabedal de direitos da cidadania.

Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto com garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.³²

A jurisprudência acima compilada demonstra que o princípio da proibição de retrocesso social, ainda que de forma incipiente, é aceito em nossa Corte Constitucional, em consonância com a doutrina mais atualizada sobre direitos fundamentais.

³² ADI 4543 MC / DF. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgado em: 19/10/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Demonstrou-se que o princípio da proibição de retrocesso social, embora não absoluto, veda que direitos sociais implementados sejam reduzidos ou suprimidos.

Outrossim, sustenta-se neste trabalho que a maioridade penal de dezoito anos, prevista no art. 228 da Constituição Federal, é um direito fundamental social.

O princípio da proibição de retrocesso social, portanto, pode ser aplicado para impedir a redução da maioridade penal para alguém de dezoito anos, ou seja, para dezesseis anos, como pretende a proposta de emenda constitucional em andamento.

A legislação penal brasileira, como demonstrado, evoluiu para chegar ao patamar da imputabilidade penal aos dezoito anos de idade. Partiu-se de tenras idades, nas Ordenações Filipinas e Códigos Penais de 1830 e 1890, para atingir-se a idade em questão.

A redução da maioridade penal, portanto, seria um flagrante retrocesso a essa conquista social aplicável aos jovens entre dezesseis e dezoito anos de idade, que ainda possuem personalidade em desenvolvimento.

E mesmo sendo a proibição de retrocesso social um princípio relativo, os argumentos favoráveis à redução da maioridade penal não são aptos ao seu afastamento, pois, antes do cerceamento da liberdade deve ser buscada a recuperação dos adolescentes infratores por meio da reeducação.

A almejada reeducação de jovens infratores somente poderá ser obtida longe de um sistema carcerário falido e superlotado, pois este, em vez de ressocializar, somente deturpa ainda mais a personalidade de pessoas com inclinação a práticas ilícitas.

O que poderá ser modificada é a política pública de reeducação dos adolescentes infratores para que atinja melhores resultados, não sendo viável a simples redução da maioridade penal, mas sim a busca de medidas alternativas com maior participação do Estado, da família do infrator e da sociedade.

Com efeito, entendo que propostas de emendas à Constituição Federal destinadas à redução da maioridade penal são inconstitucionais, porque ferem o princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Carlos Ferraz; REZENDE, Manuel Morgado. *Crime, castigo e redução da maioridade penal*. Taubaté/SP: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. 14. ed. *Tratado de direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomos I e II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Obra fac-similar. Coleção Histórica do Direito. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, v. I, 2004.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1971.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social?: a cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

