



SENADO FEDERAL  
Gabinete Senador Lindbergh Farias

## VOTO EM SEPARADO

Perante a COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA sobre a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 74, de 2011, do Senador Acir Gurgacz e outros, que acrescenta parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal para estabelecer que, nos casos de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos; a PEC nº 33, de 2012, do Senador Aloysio Nunes Ferreira e outros, que altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar; a PEC nº 21, de 2013, do Senador Álvaro Dias e outros, que altera o art. 228 da Constituição Federal com vistas à diminuição da maioria penal; e a PEC nº 115, de 2015, do Deputado Benedito Domingos, que altera a redação do art. 228 da Constituição Federal.



SF/17332.99146-53

## **I-Relatório**

Cabe a esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania opinar sobre as proposições em exame, nos termos do art. 356 e seguintes do Regimento Interno da Casa, tendo sido designado relator o senador Ricardo Ferraço.

Trata-se do reexame das Propostas de Emenda à Constituição (PEC) nº 74, de 2011, nº 33, de 2012, e nº 21, de 2013, que regressaram a esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em razão do Requerimento nº 780, de 2015, que teve como primeiro signatário o Senador Cássio Cunha Lima. Examina-se também, nesta oportunidade, a PEC nº 115, de 2015, proveniente da Câmara dos Deputados, que passou a tramitar junto com as demais em virtude do Requerimento nº 1.109, de 2015, de autoria do senhor relator Ricardo Ferraço.

A proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012, que recebe parecer favorável do relator foi protocolada no dia 03/07/2012 e já teve seu conteúdo apreciado nesta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo sido derrotada no dia 19/02/2014, na 3ª Reunião Ordinária do ano de 2014. A Presidência designou relator do vencido o Senador Randolfe Rodrigues, autor do Voto em Separado, que passou a constituir o Parecer da CCJ, contrário à todas às propostas apensadas, conforme dispõe o art. 128, do RISF.

Indo ao Plenário por força de recurso apresentado e voltando à CCJ em sede de reexame, foi novamente designado relator o senador Ricardo Ferraço.

## **II- Análise**



O presente voto em separado apresenta, com todo o respeito ao conteúdo do relatório, as divergências formais e materiais quanto à análise das propostas de emenda à Constituição, postas mais uma vez ao crivo desta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que, como já esposado no relatório desta peça, já as rejeitou anteriormente.

## 1. Da inconstitucionalidade formal

As Propostas de Emenda à Constituição ora analisadas em geral e a PEC 33/2012 em específico, seja em seu texto original, bem na forma do texto substitutivo, apresentam vício de **constitucionalidade formal**, por desconformidade com o que prescreve o art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal:

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

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

*.....*  
 IV - os direitos e garantias individuais”

A garantia constitucional da inimizabilidade penal ao menor de 18 anos, mesmo que não explicitamente alocada entre os incisos I a LXXVIII do art. 5º, trata-se de direito fundamental individual, conforme apontado por Alexandre de Moraes:

*“(...) por tratar-se a inimputabilidade penal, prevista no art. 228 da Constituição Federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em juízo, tampouco poderem ser*



*responsabilizados criminalmente, com consequente aplicação de sanção penal.*

.....  
*Assim, o art. 228 da Constituição Federal encerraria hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao art. 150, III, b, (Adin nº 939-7/DF), e, consequentemente autêntica cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV.” (DE MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2059)*

O Supremo Tribunal Federal já admitiu a interpretação de que não se esgota no art. 5º o rol de direitos e garantias individuais fundamentais (ADIn nº 939-7/DF), corroborando a aplicação da tese para o disposto no art. 228.

Estamos diante, portanto, de dispositivo protegido por cláusula pétrea, limitação material ao poder de reforma da Constituição Federal. Importante aqui destacar que a finalidade das cláusulas pétreas é garantir proteção a institutos jurídicos considerados pilares básicos do Estado de Direito concebido pelos constituintes originários, daí a necessidade de inibir até mesmo a tentativa de sua alteração.

Nossa ordem constitucional consagra a compreensão de que os direitos fundamentais constituem a limitação imposta aos poderes constituídos do Estado, que, segundo o Professor José Afonso da Silva, têm como fonte a soberania popular o que torna mais rico o seu conteúdo e define a sua própria historicidade, traduzindo um desdobramento da concepção de Estado Democrático de Direito:

*“A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: Estado Democrático de Direito. O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão*



*e amplitude popular em dado ordenamento (...) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, na expressão também se contêm princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos.” (da SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 183)*

Assim, tendo em vista que o texto constitucional brasileiro veda expressamente a deliberação tendente a abolir seus pilares básicos, e que assim deve ser reconhecido o direito à inimizabilidade da pessoa menor de 18 anos, pelas razões mencionadas e, sobretudo, pela trajetória normativa de tal direito, antes positivado apenas por leis ordinárias, como o Código “Mello Matos”, de 1927, o Código Penal de 1940, e até mesmo, o Código de Menores de 1979, e alçado à normativa constitucional com claro intuito de proteger as futuras gerações, conclui-se pela inconstitucionalidade formal das propostas.

## **2. Da inconstitucionalidade material**

Em relação à **constitucionalidade material**, atinente à conformação da proposição com os dispositivos constitucionais de regência da matéria veiculada, entende-se que as propostas igualmente padecem de vício de inconstitucionalidade.

Primeiramente, é preciso vislumbrar que a Constituição Federal é regida segundo a principiologia de tratamento especial e prioritário às crianças e adolescentes, conforme apontam diversos dispositivos:

*“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”*



*“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*

.....  
*XV - proteção à infância e à juventude; ”*

*“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:*

*I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;*

*II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; ”*

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

Cabe destacar que a proteção especial consiste no reconhecimento das necessidades singulares dos indivíduos nessa fase da vida. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento define a condição existencial do adolescente, que merece tratamento diferenciado. Por essa razão, a norma constitucional estabelece sistemática de proteção a esses sujeitos de direitos, atribuída de forma compartilhada entre Estado e sociedade.

Dentre os elementos que compõem o direito a tratamento especial estão presentes direitos fundamentais, tais como dignidade, educação e saúde, entre outros, que seriam afetados por alterações no regime de imputabilidade e de responsabilização. É o caso do direito à convivência familiar e comunitária, bem como da garantia de estar a salvo de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

Outro importante preceito afetado com a eventual aprovação das PECs é a garantia da proteção especial, que assegura o respeito à



condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, à criança e ao adolescente (art. 227, §3º, V).

Nesse contexto, e diante da necessária interpretação sistemática e da unidade das normas constitucionais, é clarividente que as propostas contradizem o conteúdo protetivo estabelecido pelos dispositivos constitucionais já mencionados, sendo, portanto, também por esse aspecto, inconstitucionais.

### **A PEC 33/2012**

Especificamente ao tratarmos da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012, cujo voto do relator é pela aprovação, necessário dizer que ela se destaca das demais até aqui apresentadas por tentar criar um “caminho do meio”, não reduzindo de forma estaque a maioria penal o que, contudo, não lhe retira os vícios das demais propostas de inconstitucionalidade de origem, pelos argumentos já expostos e por outros que se apresentam na própria análise específica de seu texto.

A proposta original pretende possibilitar a imputação penal dos menores de dezoito e maiores de dezesseis anos, mediante incidente de desconsideração da inimputabilidade, a ser promovido privativamente pelo Ministério Público, por meio de Lei Complementar. Ademais, estabelece o cabimento do incidente apenas nos casos dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal - tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes hediondos, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado.

O relator, senador Ricardo Ferraço amplia esse rol para listar os crimes sujeitos à incidência da PEC: *a) reincidência da prática de crime de roubo qualificado; b) homicídio doloso; c) homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente; d) homicídio qualificado; e) lesão corporal seguida de morte; f)*



*lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; g) latrocínio; h) extorsão qualificada pela morte; i) extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; j) estupro; k) estupro de vulnerável; l) epidemia com resultado morte; m) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; n) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável o) crime de genocídio, tentado ou consumado.*

Em suma, o relator listou praticamente todo o rol da lista de crimes hediondos, que já fazia parte do texto original, acrescido de homicídio doloso. O rol de crimes elencados que, supostamente, nos discursos dos defensores da PEC pretende restringir o campo de sua ação inclui, ao oposto, **a quase totalidade das condutas pelas quais os menores de 18 anos hoje estão incluídos no sistema socioeducativo.** Para se ter ideia, 39% de adolescentes cumprem medida de segurança por roubo. E para qualifica-lo não há a necessidade de agressão direta. Basta, por exemplo, o emprego de arma, qualquer arma. Desse modo, desconstrói-se totalmente o embuste que a proposta busca conferir tratamento diferenciado a adolescentes que pratiquem violência atroz.

Desse modo, dizer que a PEC 33/2012 possui caráter limitador no que tange à lista de crimes por ela abarcados é desconhecer os dados.

Por outro lado, a cláusula constitucional da igualdade perante a lei (art. 5º, caput) tem o legislador como destinatário imediato, a fim de que não se instaure no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que defina disciplinas diversas para situações equivalentes. Como destaca Celso





Antônio Bandeira de Melo, o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia é justamente o de a lei ser instrumento regulador da vida social, tratando equitativamente todos os cidadãos, sem conter privilégios ou perseguições.

Com a discriminação dos crimes que sujeitam o adolescente menor de 18 anos à imputabilidade penal, por um critério desvinculado de sua capacidade de entendimento da ilicitude do fato, e de agir de acordo com esse entendimento, o dispositivo cria um critério paralelo ao clássico conceito de imputabilidade, consagrado inclusive no art. 26, do Código Penal.

*“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.”*

Para que não se suscite, como de hábito, a antiguidade do Código Penal brasileiro, importa informar que a redação do supratranscrito art. 26 adveio da reforma do Código Penal de 1984, dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

A proteção da cláusula constitucional, fundada no princípio da isonomia, reside no fato de vedar que as discriminações feitas inerentemente por qualquer lei tenham fundamento incompatível com o fundamento da dignidade da pessoa humana e, portanto, de nosso Estado Democrático de Direito. No caso em apreço, a alteração da imputabilidade para 16 anos somente diante de certos casos gera a contradição lógica de atribuir à pessoa imputabilidade não por um critério pautado na capacidade abstrata de entendimento do fato ilícito e de ação conforme tal entendimento, mas em critério que varia de acordo com o caso concreto e o ilícito cometido.



A escolha de crimes considerados graves pelo legislador, para realizar a redução da maioria penal, evidencia que o intuito de tal medida deixa de atender ao critério biológico-científico para atender a critério de política criminal, baseado na vingança, violando, portanto, o princípio da isonomia.

Sobre o papel do Ministério Público para desconstituir a inimputabilidade, a par de conferir mais poderes a uma instituição que é parte acusadora no sistema de justiça quando se trata de ação penal, pode levar a situação anômalas em que jovens e adolescentes serão responsabilizados de formas dessemelhantes em diferentes estados da federação, a depender da vontade do membro do Ministério Público no caso concreto.

No mesmo sentido, colocar-se-á sob a competência do juiz da Vara da Infância e da Juventude o julgamento de práticas sob a ótica do Código Penal, incluindo crimes que são, a rigor, da competência originária do Tribunal do Júri. Os marcos da competência das Varas da Infância e da Juventude são consagrados no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Desse modo, a PEC 33/2012 desvirtua o papel essencial exercido por esse segmento do Poder Judiciário. A expectativa com relação às medidas socioeducativas é de que a Justiça não deixe de cumprir sua função pedagógica.

Quanto à posição da sociedade, é muito significativa que todas as entidades envolvidas com o tema, compostas de profissionais que tratam e trabalham com adolescentes, como psicólogos e assistentes sociais, manifestem-se publicamente – inclusive com várias notas enviadas a esta Comissão e participação em audiências públicas - contra a alteração na idade penal.

No total de 4 audiências realizadas sobre a PEC 33/2021, sendo 3 em 2013 e 1 em 2016, a quase totalidade dos expositores, operadores jurídicos ou especialistas na área de comportamento, agentes e estudiosos da



adolescência se manifestaram contra a proposta. Participaram das audiências A CNBB, a OAB, o Ministério Público Federal que a propósito foi representado à época pela agora Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, desembargadores federais e estaduais, juízes da Vara da Infância e Adolescência, Defensoria Pública Federal e dos Estados de São Paulo e do Paraná, Associação dos Magistrados Brasileiros, Conselho Federal de Psicologia – CFP, órgãos do governo federal ligado às pastas da Justiça e dos Direitos Humanos, assistentes sociais, dentre várias outras. As conclusões foram unânimes. A exceção de um delegado de política, todos os expositores opinaram contrariamente ao texto da PEC 33/2012. No que tange à constitucionalidade, definiram os juristas ser cláusula pétrea a delimitação da imputabilidade penal aos dezoito anos. Afastou-se, no mérito, pelo coletivo de explanadores, a lógica punitiva como mote de gerar eficácia na promoção da não violência.

Afastando o debate com o foco no discernimento como critério de definição de faixa etária para criminalização, na audiência pública realizada no dia 17 de junho de 2013, a Sra. Cynthia Rejanne Correa Araujo Ciarallo, do Conselho Federal de Psicologia pontuou:

*“...porque o discernimento era um critério usado na doutrina da situação irregular do nosso falecido Código de Menores – assim achávamos. O discernimento era o critério para aprisionar ou não aprisionar as pessoas. Nós não estamos aqui falando que pessoas não compreendem. Estamos falando de uma condição vulnerável, política e econômica. No nosso País, adolescentes e crianças passam por um processo de desenvolvimento, inclusive burocrático. No nosso País, a*



*educação tem etapas, acontece dentro de um determinado período.*

*A eleição de uma faixa etária não é uma eleição simplesmente vinculada a discussões sobre teorias do desenvolvimento humano. É uma discussão que se estabelece a partir da própria organização burocrática de educação e inserção no mercado de trabalho no nosso País. Nós sabemos que meninos estão num processo, neste momento, nas escolas, estão em cursos profissionalizantes e, de repente, estamos nos esquecendo da própria estrutura do País, para eleger, a partir de discursos apaixonados – volto a dizer, apaixonados –, a romper e violar esses direitos”*

Diante da quase unanimidade de opiniões de estudiosos e profissionais aptos a opinar tecnicamente contrária a essa alteração, inclusive no tópico de definição da capacidade de discernimento do adolescente é de se perguntar: **estão tantos profissionais equivocados? Divulgam dados e estudos que não são corretos e coerentes? Deve esse parlamento fazer ouvidos moucos a quem estuda e acompanha o tema para adentrar a uma lógica punitivista baseada na opinião publicada? Não se mostra mais coerente procurar entender porque a sociedade busca a resposta penal?**

Inserir adolescentes no sistema prisional, diante de um modelo de responsabilização inadequado, incapaz de promover a concepção socioeducativa, é causa geradora de extrema tensão para esses indivíduos, o que pode gerar efeitos negativos permanentes em sua estrutura psicológica e neurobiológica, comprometendo todo o futuro de uma geração.



É de extrema gravidade o panorama do sistema penitenciário brasileiro. Com um total de 654.372 presos, somos a quarta nação com maior número de presos no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Contudo, ao passo que esses países estão reduzindo o número de presos, o Brasil segue na trajetória diametralmente oposta, crescendo a população prisional a uma taxa de 7% ao ano. Trata-se do segundo maior ritmo de encarceramento do mundo, atrás apenas da Indonésia.

Definitivamente, ao diminuirmos a maioria penal não estaremos dando qualquer resposta à sociedade, senão oferecendo um veneno em um frasco de remédio. Aumentaremos o número do nefasto e combalido sistema carcerário do país, colocaremos adolescentes nas latrinas humanas que chamam de presídios no Brasil e aumentaremos a criminalidade, comparando os números de ressocialização no sistema socioeducativo e o no sistema penal de adultos.

A criação de locais para que cumpram pena em local separado dos maiores de 18 anos colocada na PEC 33/2012 também como medida moderadora, não modifica em nada sua perspectiva, haja vista que determinada “separação” não está nada clara no texto da proposta. Note-se que por **estabelecimento** se pode compreender simplesmente uma cela separada, ou determinado local dentro do mesmo presídio, sobretudo em locais onde não se construam novos lugares para que cumpram pena. Importante consignar que a efetivação demandará investimentos vultosos, seja da União, seja dos Estados, em construção de presídios. Com isso, o mais provável será a busca de “alternativas” para o cumprimento da pena pelos jovens, fazendo uma separação de fachada. E, assim, o que se apresenta como paliativo nem de longe retira o adolescente da possibilidade de contato e influência dos adultos presos.



Em conclusão, a PEC 33/2012, que se apresenta como caminho intermediário à redução pura e simples da maioria penal, não responde a nenhuma das questões que lhe são postas como desafios à implementação, mas ao oposto, pode gerar grandes problemas na sua busca de efetividade, além de, a exemplo das demais, representar retrocesso no processo civilizatório promovido em nosso país, desde a superação da lógica ditatorial que permeava o antigo Código de Menores de 1979, em que a responsabilidade sobre a condição de vulnerabilidade recaía sobre a própria criança e adolescente em situação irregular, autorizando a intervenção externa. O entendimento de crianças e adolescentes como objeto das relações jurídicas foi ultrapassado e substituído pela Doutrina da Proteção Integral, que os entende como sujeitos de direito.

### III – VOTO

Em face do exposto, votamos pela inconstitucionalidade e antijuridicidade e, no mérito, pela **rejeição** das Propostas de Emenda à Constituição nº 74, de 2011, nº 33, de 2012, nº 21, de 2013, e nº 115, de 2015.

Sala das sessões,

**SENADOR Lindbegh Farias**



