

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

MAC'SIMUS WALESKO DE CASTRO DUARTE

**ANÁLISE DA VIABILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO
CONTEXTO JURÍDICO E SOCIAL BRASILEIRO.**

**FORTALEZA
2015**

MAC'SIMUS WALESKO DE CASTRO DUARTE

**ANÁLISE DA VIABILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO
CONTEXTO JURÍDICO E SOCIAL BRASILEIRO.**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em direito, em outubro de 2015.

Orientador(a): Prof. (a) Gustavo César Machado Cabral

**FORTALEZA
2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

D812a Duarte, Mac'simus Walesko de Castro.
Análise da viabilidade da diminuição da maioria penal no contexto jurídico e social brasileiro / Mac'simus Walesko de Castro Duarte. – 2015.
65 f. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.
Área de Concentração: Direito Penal.
Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Responsabilidade penal - Brasil. 2. Menores – Estatuto legal, leis, etc - Brasil. 3. Maioridade - Brasil. 4. Direito penal – Brasil. I. Cabral, Gustavo César Machado (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

MAC'SIMUS WALESKO DE CASTRO DUARTE

**ANÁLISE DA VIABILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO
CONTEXTO JURÍDICO E SOCIAL BRASILEIRO.**

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em direito, em outubro de
2015.

Aprovada em: ___/___/_____.
BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Camilla Karla Barbosa Siqueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À Natália Gouveia Gordiano, que me apoiou incansavelmente nessa homérica tarefa, a Rafael Anastácio Alves, pessoa que me inspirou a escolher o tema deste trabalho e a Deus, embora esse trabalho não seja digno Dele.

AGRADECIMENTOS

A Universidade Federal do Ceará, com a qual aprendi valores que talvez não seria capaz de aprender sozinho no decurso de uma vida inteira.

Ao meu orientador, que soube me estimular devidamente e cuja invencível paciência permitiu a correção de muitos dos meus erros sem, no entanto, tolher a minha liberdade de pensamento e expressão.

À minha família, principalmente à minha mãe e à minha avó, sem as quais eu não estaria aqui.

À Sociedade de Debates da Universidade Federal do Ceará, na qual aprendi a argumentar com mais propriedade e a confiar mais em mim mesmo.

À minha namorada, Natália Gouveia Gordiano, por todos os momentos de felicidade e relaxamento que tornaram esse trabalho menos árduo.

Ao meu amigo Gabriel Sampaio Gomes, que me convidou a discutir sobre o tema.

E a todos aqueles que contribuíram de algum modo para esse trabalho, inclusive aqueles de cuja existência nunca tomei conhecimento.

Se raciocinar fosse como carregar pedras, então vários raciocinadores seriam melhor do que um. Mas raciocinar não é como carregar pedras. É como uma corrida... Onde um único cavalo galopante supera facilmente uma centena de cavalos puxando carroças.
Galileu Galilei

RESUMO

A maioridade deve ser compreendida em termos lógicos e teleológicos para ser adequadamente aplicada ao direito. A hermenêutica jurídica, considerando o seu imenso poder de mudar a efetividade das normas e o seu alcance, tem de ser levada em consideração para que um erro de compreensão não acabe fazendo do direito penal um instrumento da injustiça. A análise econômica do direito contribui para essa obra uma vez que usamos alguns de seus pilares para justificar a conveniência e correção de determinadas interpretações, bem como para prever possíveis efeitos da aplicação e existência dessas normas à realidade do país, considerando o equilíbrio entre os custos e lucros sociais das normas jurídicas e do sistema executivo que as aplica. Trata-se aqui dos dois principais critérios para a aferição da maioridade penal, que são o etário e o biopsicológico, bem como das vantagens e desvantagens concernentes a cada um; dos principais argumentos em favor e contrários a uma diminuição da maioridade penal no Brasil e do porquê de a opinião pública chegar a um resultado diferente daquele que a crítica especializada costuma chegar. Concluímos que o abaixamento da maioridade penal não é conveniente para a sociedade brasileira, considerando-se o contexto atual, isso porque não há pesquisa científica suficiente para embasar a tese de que os brasileiros adquirem maturidade à uma idade inferior a 18 anos ou mesmo para indicar em que idade os nossos jovens seriam maduros, também porque é desnecessário, visto que podem-se orquestrar mudanças nas regras que regulamentam as medidas sócio-educativas a fim de atingir a satisfatória punibilidade dos menores infratores sem alterar a Constituição.

Palavras-chave: Maioridade penal; análise econômica; direito penal.

ABSTRACT:

The age of liability should be understood in logical and teleological terms to be correctly applied at law. The legal interpretation, considering its mighty power of change the effectivity of legal rules and their scope, has to be considered to avoid a misunderstanding which could make the criminal law a tool of injustice. Economic Analysis of Law contributes for this work because we use some of its bases to justify the convenience and adjustment of some interpretations, besides to foresee the effects of application and existence of these rules of law on Brazilian social background, considering the balance between costs and profits of these rules and considering the effects on criminals. The two biggest criteria to measure the legal liability are studied in this work, which are the age one and the biopsychosocial one, as well as the advantages and disadvantages of each one. Two more ideas also are studied in this work: the main arguments about liability age decrease and why common people use to have a different opinion about this criterion if compared with the expertise ones. We conclude that lowering criminal responsibility isn't convenient to the Brazilian Society, considering the present context, because there isn't enough scientific research to support the thesis that Brazilian people acquire maturity at an age below 18 years, there is also another important reason for avoid that change: it is unnecessary because it is possible to change the laws about juvenile penalties without change the Constitution.

Key-words: Liability age; economic analysis; criminal law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	REFERENCIAL TEÓRICO.....	2
2.1	Fundamentos jurídicos	2
2.2	Fundamentos filosóficos	6
2.3	Fundamentos lógicos e econômicos	14
3	PRINCIPAIS ARGUMENTOS A FAVOR DA DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	16
4	PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRA A DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	30
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho de uma análise teórica da possibilidade da diminuição da maioria penal no sistema jurídico e constitucional brasileiro. Analisam-se aqui os critérios objetivo (etário) e biopsicológico do estabelecimento da maioria, tentando responder à seguinte questão: por que a opinião popular discerne tão drasticamente da jurisprudência vigente no que tange ao critério de estabelecimento da capacidade penal? Para analisar os diversos argumentos em favor e em desfavor da referida diminuição, tomamos como parâmetros a uma determinada linha da teoria econômica do direito e a lógica dedutiva, de forma que seja viável prever a lei que seja ao mesmo tempo mais eficiente e mais eficaz, tomando os objetivos do Direito e do Direito Penal como balizas a partir das quais se propõe medir a qualidade dessas regras. Analisa-se ainda a possibilidade jurídica de uma troca de critério como regra ou em casos excepcionais, dado a recorrência de casos nos quais a presunção de inimputabilidade se apresenta como contrária às exigências da Justiça. A importância desse trabalho está no seu objetivo, que é chegar a uma proposta racional e pretensamente segura. O contexto social que inspirou tal objetivo é, de um lado, o alarmante crescimento da violência praticada por menores e a consequente reação social, culminando na votação da Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012 no Congresso Federal, e, de outro, a teoria constitucional tradicional, que torna inviável, aos olhos de muitos juristas, essa reforma. Esse embate põe a discussão em pauta e torna imprescindível que os melhores argumentos sejam levantados e analisados para que se possa indicar um caminho razoável a ser trilhado pelo legislador, que precisa preservar a coerência do sistema e não pode abdicar de tratar dos problemas fáticos que se propõem odiernamente.

2. Referencial Teórico.

2.1 Fundamentos jurídicos:

2.1.1 Teoria da supremacia constitucional

A teoria de existe uma hierarquia entre as normas jurídicas, na qual a norma de maior hierarquia dá fundamento àquela de menor hierarquia, é amplamente aceita no direito brasileiro, tendo na Constituição Federal o topo da pirâmide Kelsiana, fonte da qual se fundamentam todas as demais normas do ordenamento. Para exemplificar a ampla aceitabilidade dessa teoria, trazemos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal – STF, em decisão proferida no Recurso Extraordinário – RE 370.682-9 de Santa Catarina:

A constituição, segundo a lição clássica de Kelsen, é a norma fundamental que empresta validade a todas as demais normas de um sistema jurídico. Por essa razão, a compatibilidade destas com aquela configura verdadeiro imperativo categórico, na acepção kantiana da expressão. Dito de outra maneira, a incompatibilidade de uma norma qualquer com o texto magno faz desaparecer o fundamento que permite que ela exista validamente em um dado ordenamento legal. Daí falar-se no princípio da supremacia das normas constitucionais, sobretudo em se tratando de constituições escritas e rígidas. (BRASIL, 2007, p.1)

Hans Kelsen, o maior expoente dessa teoria e para muitos o pai da supremacia constitucional, foi o primeiro que sistematizou satisfatoriamente os fundamentos necessários para a aceitação dessa teoria no mundo da ciência jurídica. Para o autor, o fundamento da ciência jurídica não podia vir do ser já que o ser não é apto a regular o dever ser da mesma forma que o dever ser não é suficiente para determinar o ser. (KELSEN, 1999, p. 135)

O autor assevera que:

Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas. (KELSEN, 199, p. 136)

Ressaltando que a norma só é válida se emitida por fonte competente para tal, ao que vem a concluir:

A norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (KELSEN, 1999, p. 150)

Quanto ao conflito entre norma infra-constitucional e constitucional, não haveria conflito real, pois que:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior. Na exposição da construção escalonada da ordem jurídica se mostrará como isto sucede. (KELSEN, 1999, pg.146)

2.1.2 Noções de presunções jurídicas

Há dois tipos de presunções jurídicas: as presunções *juris tantum* e *juris et de juri*. Colocar que os menores de 18 anos são inimputáveis é o mesmo que presumir sua incapacidade para auto-determinação ou completa compreensão da ilicitude dos atos pelos quais poderiam vir a ser imputados. No direito brasileiro, atualmente, essa presunção não admite prova em contrário, motivo pelo qual pode ser classificada como *juris et de juri*.

É necessário ressaltar que a constituição não deixa explícita a presunção assumida no critério etário eleito para discernir imputáveis de inimputáveis, porém, como demonstraremos à frente, não há razões para crer que o fundamento constitucional da referida proteção seja outro que não a imaturidade juvenil.

Analisaremos nesse trabalho a viabilidade constitucional e a conveniência social de alterar essa presunção para *juris tantum*; ou seja, que pode, num caso concreto, ser afastada pois admite prova em contrário; conforme propõem alguns deputados na PEC 33. Note que a presunção de que o maior de 18 anos já é afastável por prova em contrário, diante do que torna-se ainda mais importante cogitar a possibilidade de que o inverso também ocorra, sendo estendida aos menores.

2.1.3 Garantismo penal e princípio da intervenção mínima

A ideia de que a punição só deve ser aplicada em último caso é bastante antiga. A célebre frase atribuída a Aristóteles, nos dizeres: “Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos”, demonstra a antiguidade da ideia que associa a pena a algo estritamente necessário.

Na mesma linha, afirma-se: “É melhor prevenir os crimes do que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo da felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível [...]” (Beccaria, 1999, p.128)

Quanto ao conceito de garantismo penal, entendemos ser um conjunto de limitações às pretensões punitivas do Estado a fim de que se assegurem, ao menos, os

pressupostos lógicos intrínsecos ao direito, assim entendido como regulador da conduta humana, pois que princípios como *nulla poena sine culpa* não nos parecem exatamente derivados de uma garantia individual, mas mais propriamente advindos da noção de que apenar quem não tem culpa é algo irracional, posto que não exerce nenhuma influência previsível sobre o comportamento do não culpado. Essa perspectiva, embora nos pareça suficiente para justificar a exigibilidade desse princípio, está inclusa em perspectivas mais abrangentes que acreditam ser a fundamentação da referida proibição uma decorrência de direitos fundamentais, senão vejamos:

Em síntese, pode-se definir [garantismo penal] como o movimento jurídico-penal que busca a legitimação da intervenção punitiva do Estado, pela garantia da observância por este a direitos e garantias individuais e coletivos. Ou seja, tanto o direito material penal quanto o processual penal e a execução penal devem seguir certos preceitos para que não se desvirtuem dos objetivos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, qual seja, proteger direitos fundamentais. (SERRETE, 2009, p.2)

Quanto ao conteúdo em si dessa corrente, trazemos a noção do indivíduo que mais marcou essa linha de pensamento, sendo por alguns considerado o pai do Garantismo Penal:

Según una primera acepción, garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en el la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. (FERRAJOLI, 1995, p. 850)

Nos parece que o objetivo intrínseco ao garantismo é de estabelecer quais os fins que devem ser perseguidos pela legislação penal, o que é extremamente importante porque só podemos julgar a eficiência de um sistema se conhecermos os seus objetivos. A aceitabilidade do Garantismo Penal no direito brasileiro tem *status* constitucional, diante do que dispensa-se prova de sua plena vigência.

Ocorre que a ideia de direito penal mínimo, segundo a qual o direito penal só deveria se propor a tutelar os bens jurídicos que os outros ramos do direito fossem incapazes de proteger com eficiência, adequa-se perfeitamente aos ideais garantistas, pois que se admitissemos a lei penal supérflua estaríamos negando o terceiro axioma da teoria garantista: *nulla lex sine necessitate*. Diante disso, defendemos que o princípio da intervenção mínima tem, ao menos indiretamente, amparo constitucional. Sobre esse princípio trazemos que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma

conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. (BITTENCOURT, 2011, p. 96)

Além disso, entendemos a *ultima ratio* uma orientação propensa a guiar o legislador da norma penal de forma ainda mais direta que o julgador. É que raras vezes esse princípio é admitido ou mesmo invocado em tribunais para arguir a inconstitucionalidade de uma norma penal, porque a aferição dos bens jurídicos aos quais o direito penal deve tutelar é de responsabilidade do legislador, que é quem tem legitimidade para decidir em nome da sociedade, porém, não vemos obstáculo definitivo à verificação da inadequação de norma penal no controle de constitucionalidade. Sobre o caráter orientador do princípio, leia-se:

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico. (GRECO, 2010, p. 47)

Diante desses fundamentos, parece-nos razoável admitir que o princípio da intervenção mínima orienta a edição de normas penais e serve de norte aos seus objetivos.

2.1.4 Direitos fundamentais como mandatos de otimização

A noção de otimização é muito compatível com a abordagem desse trabalho, que tenta enxergar o direito sob uma ótica impessoal e econômica, para evitar tanto quanto possível o subjetivismo, tão nocivo a qualquer ramo da ciência justamente porque diminui a sua precisão, seu caráter geral e a sua verificabilidade. Diante disso, recorreremos à noção de Robert Alexy a respeito de como devem ser vistos os princípios jurídicos. Ressalte-se, entretanto, que a ideia de otimização principiológica aqui trazida serve como orientação à leitura do presente trabalho, mas a não aceitação dessa tese não descredita a nossa construção, pois que a nossa busca por otimização se refere aos objetivos do Direito e do Direito Penal, embora, reiteramos, são noções perfeitamente compatíveis.

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”(ALEXY, 2006, p.90). Derivando a noção do próprio conceito, o autor conclui que princípios são mandados de otimização.

Esse ponto de vista está intrinsecamente ligado a uma solução proposta para o problema da colisão de princípios. É que regras, se colidirem, impedem a aplicação uma da outra, de forma que uma é aplicada e a outra abandonada, enquanto que os princípios, ao colidirem, ainda que se afaste a incidência de um para a prevalência do outro, aquele que foi afastado não perderá sua validade.(ALEXY, 2006, p.93).

A técnica usada para solucionar a colisão principiológica é denominada sopesamento. Sustenta-se que, por ocasião do sopesamento, seja feita uma análise de custo benefício e que seja feita a otimização da aplicação de cada princípio a fim de que o resultado geral seja o mais benéfico possível se considerada toda a sociedade.

2.2 Fundamentos filosóficos:

2.2.1 Conceito de liberdade

Há algumas concepções de liberdade de relevância filosófica que influenciam a ciência jurídica. Tomas Hobbes, por exemplo, considerava que a liberdade era poder fazer aquilo que se faria naturalmente se não fossem as influências externas, de modo que os animais, até certo ponto, seriam portadores de alguma liberdade, porque ainda que agindo guiados pelo instinto, seriam mais livres soltos na natureza do que enjaulados em um zoológico. Cite-se:

Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais. Porque de tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. E o mesmo se passa com todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por paredes ou cadeias; e também das águas, quando são contidas por diques ou canais, e se assim não fosse se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que não têm a liberdade de se mover da maneira que fariam se não fossem esses impedimentos externos. (HOBBS, 2003, p.73)

Essa concepção muito serviu ao estudo das ciências naturais, principalmente na física que tem de elaborar teorias a respeito do grau de liberdade das partículas e das moléculas, ainda que não se reconheça por liberdade exatamente o que se entende no direito contemporâneo. Quanto ao direito, Hobbes restringiu um pouco o conceito para afirmar que a liberdade do homem está em poder fazer aquilo que quer, colocando a vontade como elemento essencial da liberdade humana.

Nessa perspectiva, o direito se prestaria a ser um instrumento protetor da liberdade, visto que os homens, se ligados inteiramente ao governo da própria vontade,

tenderiam a apresentar comportamentos violentos que inviabilizariam a convivência social, do que se deduz que o direito tem como fundamento basilar a preservação da liberdade pela preservação da paz social.

Mesmo sem a existência formal de um direito imposto por um Estado aos seus governados, percebemos limitações de liberdade intersubjetivas, pois que “existir implica coexistir, ou seja, limitação recíproca de liberdade”(VASCONSELOS, 1993, p.12). De forma que a liberdade nunca é absoluta, pois ou ela é restringida pela lei, seja moral ou jurídica, ou é restringida pelo comportamento alheio, parecendo melhor que o seja por um conjunto de normas abstratas e fundamentas racionalmente que pelos mais variados arbítrios aos quais se sujeita a vontade humana.

Locke afirmava que havia direitos naturais e que o homem resolvia entrar em uma sociedade com a finalidade de garantir esses direitos. Assim se manifestaa acerca da liberdade:

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planeja m se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade. (LOCKE, 2006, p. 69)

Kant, por sua vez, concebe a ideia de liberdade como um pressuposto lógico da própria lei moral, de forma que é um sistema moral destinado a influenciar a conduta de indivíduos cuja liberdade não é pressuposta é um sistema que padece de uma incoerência constituinte. Em suas palavras:

A liberdade, porém, é por sua vez a única entre todas as idéias da razão especulativa cuja possibilidade a priori conhecemos (wissen) sem penetrá-la (einzusehen) contudo, porque ela constitui a condição (1) da lei moral, lei que conhecemos. (KANT, 1959, p. 8)

A liberdade transcendental, tomada naquela significação absoluta de que a razão especulativa, no uso do conceito da causalidade, dela necessitava para salvar-se da antinomia em que cai inevitavelmente, quando quer julgar o incondicionado na sua própria série de relações causais. Este conceito do incondicionado, entretanto, só a razão conseguiu estabelecer de um modo problemático, impossível de ser concebido sem assegurar-lhe a sua realidade

objetiva, mas apenas para não ser precipitada em profundo ceticismo e atacada na sua própria essência pela pretendida impossibilidade daquilo que, pelo menos como ponderável, tem ela que deixar prevalecer. (KANT, 1959, p. 8)

A título explicativo concebamos duas hipóteses. A primeira tendo por conteúdo a ideia de que pode haver moral sem liberdade. Ora, sem liberdade as ações dos indivíduos são predeterminadas e, se assim são, não podem ser influenciadas pela moral, já que a causalidade ambiental é suficiente para lhes determinar, tornando a moral dispensável (e também o direito). A moral não seria determinante sequer como elemento adicional das causas deterministas, posto que, sendo produto do intelecto humano, seria também uma mera decorrência do determinismo ao que se submeteria o homem, tendo como última consequência o descrédito da própria razão. Mas aí estaria, para Kant, o problema, já que a razão foi o instrumento usado para conceber o raciocínio seria inválido concluir por meio dele justamente a sua inutilidade.

Há outros filósofos importantes que tratam do tema, porém, parece suficiente entender liberdade nesses termos, diante dos quais passamos a analisar os objetivos do direito, não só enquanto direito positivo, mas como entidade separada, aquilo para o qual foi criado, seus objetivos primeiros.

2.2.2 Objetivos do direito

O direito se propõe a orientar as condutas humanas, restringindo a liberdade dos indivíduos para tutelar a própria liberdade, bem como para proteger outros valores tidos por fundamentais.

Quer aceitemos a liberdade como razão da legitimidade do Estado, na ótica contratualista de Hobbes, Locke e Rousseau, quer a vejamos como um fundamento racional de validade da própria norma moral e, por consequência, do direito, não escapamos da obrigação de concluir que é objetivo geral do direito tutelar a liberdade. Essa tutela se dá através de restrições à própria liberdade dos indivíduos, restrições essas que só se justificam, portanto, se aptas a garantir aos governados um grau de liberdade total maior com a restrição do que sem ela.

Analise-se o silogismo:

Premissa I: As normas jurídicas podem aumentar o grau de liberdade dos governados, evitando que a liberdade exacerbada de um interfira de forma excessivamente restritiva na liberdade dos outros.

Premissa II: É fim das normas jurídicas tutelar a liberdade.

Conclusão: As normas jurídicas só são plausíveis se aptas a majorar o total da liberdade dos governados.

Note que a primeira premissa, embora possa parecer contraditória a primeira vista, é logicamente viável, ao que demonstraremos com um exemplo matemático:

Suponha que a liberdade de cada cidadão seja, a priori, 100. No estado de natureza, onde os cidadãos agem segundo a própria vontade, a interferência no campo de liberdade alheio faz com que as liberdades variem, (os valores das variações serem arbitrados por hipótese), de forma que os mais fracos terão uma liberdade próxima de zero, digamos 20, e os mais fortes, no extremo, conservariam a liberdade absoluta, 100. Numa população com 100 indivíduos, se 50 pertencerem ao conjunto dos mais fracos e 50 ao conjunto dos mais fortes, teremos que a média de liberdade total será de 60. Nessa mesma população, se colocarmos uma restrição de liberdade apta a coibir a interferência da liberdade de uns na liberdade dos outros até um determinado ponto, digamos: uma penalidade de 30 na liberdade abstrata máxima de cada um, teríamos uma sociedade com uma liberdade média de 70, que é obviamente maior que 60.

Note-se que para demonstrar a viabilidade lógica de uma determinada alegação basta que se construa um cenário possível, a análise da viabilidade prática e da efetividade das medidas legais exige a consideração refinada de diversas variáveis, porém, o valor da situação hipotética acima levantada, é o de demonstrar que, ao menos no plano ideal, é possível que um decréscimo em abstrato da liberdade de todos por uma legislação aumente a liberdade média da população.

A premissa segunda uma alegação comum a toda a tradição jurídica ocidental, aceita quase universalmente em todos os governos que se dizem democráticos, de forma que é supérfluo, ao menos para essa obra, tecer maiores comentários sobre a sua plena vigência. E quanto ao conteúdo, pensamos que a fundamentação do tópico anterior é mais do que suficiente para o fundamentar.

A conclusão também pode ser inferida do exemplo numérico levantado. É que não é coerente que o homem abdique de sua liberdade do estado de natureza para chegar a um patamar médio menor do que o que já tinha sem fazer esforço nenhum, ao menos não se levar em conta o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, que é “essencialmente a técnica de análise

de custo-benefício” (COOTER, ULEN. 2010, p. 64). Se usarmos o critério de Pareto¹ para a situação proposta, entretanto, não seria concebível a criação de um estado pois os mais fortes sempre perderiam alguma parte de sua liberdade na criação desse estado, obviamente, como a realidade impõe certas perdas de liberdade até para os mais fortes, seria ainda possível a ideia de governo defensor da liberdade dentro da margem de perda da liberdade do mais forte, porém a viabilidade efetiva dessa criação seria remotamente baixa (basta analisar o mesmo exemplo supondo que a liberdade do mais forte ficasse em torno de 90 e a dos mais fracos continuasse 20, a lei teria que restringir um valor de no máximo 10 para ser Pareto-eficiente).

A segurança jurídica, por sua vez, também é, ao nosso entender, um princípio geral que precede o direito e se enquadra na ideia de finalidade da norma, ou, pelo menos, requisito essencial de eficiência da norma, pois que essa não se admite arbitrária e justamente porque destinada a tutelar a liberdade, é insustentável que se destine, ao mesmo tempo, a criar situações de insegurança nos governados no que diz respeito ao seu conteúdo ou ao arbítrio do julgador.

Em geral, aceita-se o que se defendeu no parágrafo anterior, porém, traremos uma opinião de renome digna a embasar essa ideia a título de mero preciosismo:

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. (SARLET, 2004, p.5)

Na mesma esteira, também é finalidade do direito a paz social. É suficiente que se diga que essa é decorrente da necessidade de assegurar a liberdade, pois, sem a paz, ameaça-se a vida e, sem a vida, não existe, até onde a ciência tem conhecimento, nenhum resquício de liberdade. A título de embasamento, cite-se:

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir

¹ A eficiência de Pareto é uma condição imposta a uma determinada mudança que exige que se analisarmos cada indivíduo depois da mudança em comparação com cada um antes da mudança, nenhum pode estar em situação pior do que aquela na qual já se encontrava. (COOTER, ULEN. 2010. P,64)

quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança. (IHERING, 2002, p.27)

2.2.3 Índícios psicológicos de maturidade

A maturidade emocional, aos olhos da psiquiatria moderna, está associada à capacidade que o indivíduo vai adquirindo de lidar com as frustrações que se lhe apresentam ao longo da vida. Senão vejamos:

Talvez a principal característica da pessoa madura esteja relacionada com o desenvolvimento de uma boa tolerância às inevitáveis frustrações e contrariedades a que todos nós estamos sujeitos. Tolerar bem frustrações não significa não sofrer com elas e muito menos não tratar de evitá-las. A boa tolerância às dores da vida implica certa docilidade, capacidade de absorver os golpes e mais ou menos rapidamente se livrar da tristeza ou ressentimento que possa ter sido causado por aquilo que nos contrariou.

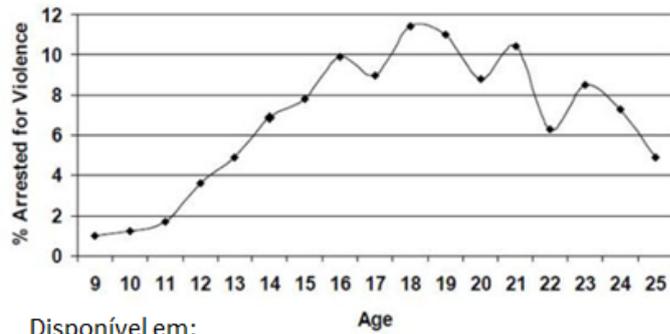
[...]

A maturidade emocional tem muito a ver com o que, hoje em dia, se chama de inteligência emocional (I.E.): competência para se relacionar com pessoas em todos os ambientes, habilidade para evitar conflitos desnecessários e até mesmo tentar harmonizar interesses e agir sempre em prol da construção de um clima positivo e agradável nos ambientes que frequenta. Assim, a pessoa mais amadurecida busca também a evolução moral, condição que a leva a agir de modo equânime, atribuindo a si e aos outros direitos e deveres iguais. (GIKOVATE, 2015, p.1)

Pela mera definição de maturidade, aqui ilustrada pelas palavras do psiquiatra Flávio Gicovate, já é possível antever que a aquisição desse estado intelectual seja algo que leva tempo para se adquirir, de modo a ser razoável supor que pessoas muito jovens não tenham, em sua maioria, desenvolvido essa qualidade o suficiente para refrear pela razão os impulsos mais diversos, diante do que a sua liberdade de ação fica, ao menos em parte, comprometida e a punibilidade torna-se, ao menos na mesma proporção, ineficiente e injusta.

Obviamente, não nos contentaremos com meras suposições. Trazemos à baila uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, país cuja influência cultural sobre o Brasil é inegável, que aponta uma tendência à criminalidade manifestada de forma preponderante nas pessoas mais jovens, na forma do seguinte gráfico:

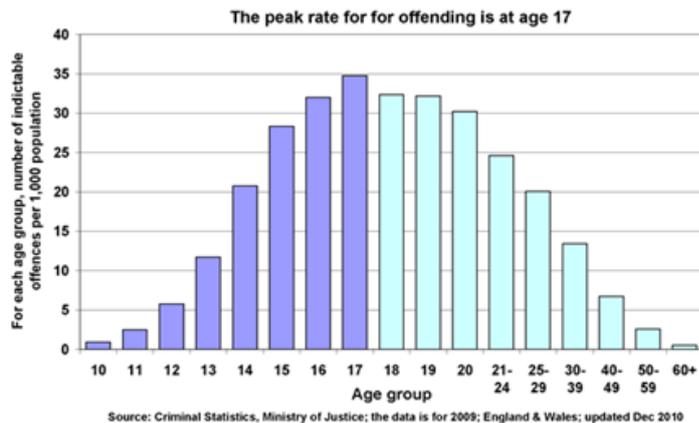
Gráfico 1 – Taxa de crimes violentos por idade nos EUA



Disponível em:
<http://www.nij.gov/topics/crime/Pages/delinquency-to-adult-offending.aspx>

Padrão semelhante pode ser observado Reino Unido:

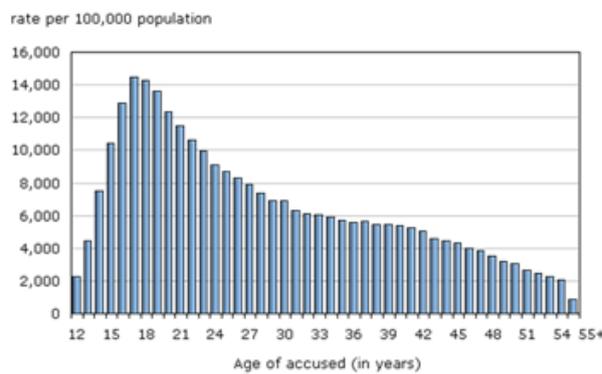
Gráfico 2 – Taxa de crimes cometidos por idade- Reino Unido



Disponível em: <http://www.poverty.org.uk/28/index.shtml>

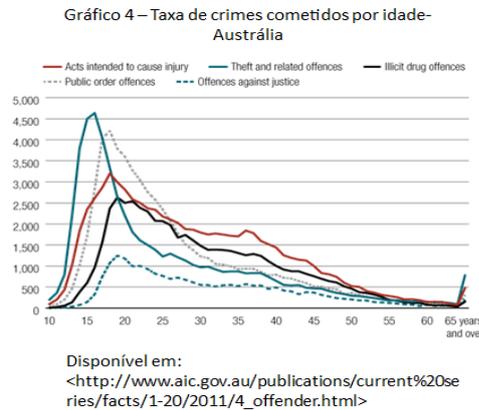
No no Canadá:

Gráfico 3 – Taxa de crimes cometidos por idade- Canadá



Disponível em: <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2010002/article/11292-eng.htm>

E na Austrália, só para citar alguns exemplos:



Esses dados indicam fortemente que há uma tendência maior à criminalidade na faixa entre 15 e 25 anos do que em qualquer outra. Isso pode ser um idício de que a imaturidade juvenil aumenta a probabilidade da ação criminosa, sendo igualmente indicativa do incompleto desenvolvimento cognitivo dessa faixa etária.

Naturalmente, esses dados não são suficientes para apontar inequivocamente essa hipótese. Por um lado, porque variáveis como o efeito corretor do aprisionamento nos Estados Unidos e Canadá associadas ao fato de esses gráficos descreverem a situação de países que, embora sirvam de influência cultural ao Brasil, não são o próprio Brasil. Diante do que impõe-se a necessidade de fazer uma pesquisa séria da idade na qual os brasileiros mais cometem crimes, para daí derivar conclusões mais precisas.

Segundo dados oficiais, tínhamos 20.532 adolescentes cumprindo medida de segurança no país, dos quais 54% teriam entre 16 e 17 anos, resultando num montante de 11,087 pessoas.(BRASIL, 2012, p.13 e p.20)

Os dados que temos se referem não propriamente ao cometimento de crimes, mas ao efetivo aprisionamento, o que pode ser um dado muito divergente dada a alarmante impunidade observada no Brasil².

Entre 2011 e 2013 também aumentou a proporção de menores de idade assaltando. Em 2011 o grupo representava 29,2% do total de presos, passando para 32% em 2012 e chegando a um terço no ano passado. A situação se repete nas tentativas de roubo. (PARNAÍBA e OLIVEIRA, 2014, p.1)

Também fica evidente que, embora tenhamos que reconhecer a susceptibilidade maior dos jovens à ação imprudente como indício de imaturidade, impõe-se a necessidade de

² Apenas 5% a 8% dos homicídios são elucidados no Brasil, segundo dados do CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/coluna-lfg-homicidios-sao-elucidados-brasil>>

um sistema apto a corrigir e nortear a conduta dos jovens infratores, a fim de que não permaneçam na via criminosa, o que pode ser feito por um sistema de apreensão de menores pensado para a ressocialização e capacitação para o trabalho.

2.3 Fundamentos lógicos e econômicos:

2.3.1 Noções de lógica importantes para esse trabalho

Entendemos que a lógica formal, meio através do qual se pode aferir a validade de um argumento, é uma importante ferramenta para a elaboração de qualquer trabalho que se pretenda científico. O próprio método científico incorpora muito dessa ciência, a Lógica, e o Direito, sendo uma ciência que se ocupa de normas e, conseqüentemente da linguagem, deve estar ainda mais intrinsecamente vinculado ao rigor formal para que possa maximizar sua precisão científica.

É praticamente senso comum entre os autores do direito que o que confere cientificidade ao Direito é o objeto diferenciado. Entendemos, no entanto, que esse aspecto é de relevância mínima se comparado aos aspectos metodológicos que, nas ciências verdadeiramente linguísticas, se expressa pela lógica.

Começemos pelo conceito de silogismo, que é uma forma especial de organizar o discurso para que o liame causal entre as premissas e a conclusão se mostre de forma explícita. (MORTARI, 2001, p. 10)

A noção de conjunto é uma noção primitiva, ou seja, considerada auto-evidente, e se encerra no conceito de uma coleção de objetos de natureza quaisquer, que são os elementos do conjunto. (FERREIRA, 17)

Validade é a uma característica imputada a um argumento³, que permite conservar a correção das premissas colocadas, de forma que se as premissas forem verdadeiras e o raciocínio válido, a conclusão será necessariamente verdadeira. (MORTARI, 2001, p. 19)

Verdade, em termos científicos, embora não possa ser aferida com precisão absoluta, é a qualidade dada aquilo ao que a qualquer hipótese à qual a ciência ainda não conseguiu falsear, tornando a hipótese tanto mais plausível quanto mais seja ela capaz de resistir às tentativas de derrubá-la (NEWTON, 1999, p.302). Já a correção seria a característica imputável a toda conclusão oriunda de premissas sejam verdadeiras e raciocínio válido, simultaneamente. (MORTARI, 2001, p. 21)

³ Que é um silogismo elaborado de uma forma não-necessariamente colocada no formato que lhe é peculiar.

Dedução seria a ação de derivar conclusões de raciocínios usando artifícios meramente linguísticos e pressupondo a validade das premissas. Já a indução usa da repetição de um padrão observável em uma determinada amostra para tentar derivar uma característica abstrata que seja comum aos fenômenos observados e daí se poder chegar a conclusões a respeito. (MORTARI, 2001, p. 19-25)

O método que se preferiu nesse trabalho foi o dedutivo, embora tenha-se recorrido de forma frequente a análises gráficas e a abstrações formuladas com base em comportamentos observados, de forma que ambos os raciocínios, dedutivo e indutivo, integram os processos conclusivos do presente trabalho.

2.3.2 Conceitos econômicos relevantes

Alguns argumentos levantados nesse trabalho usam conceitos econômicos para explicar a adequação de certas medidas e a estrutura básica de previsões sobre as possíveis consequências da implantação de determinadas leis.

Economia é a ciência da eleição e administração racional dos recursos limitados em relação às necessidades por eles. (POSNER, 2007, p. 25) Para fazer previsões a respeito das interações em um sistema, a economia se vale de conceitos como equilíbrio, eficiência, otimização, custo e benefício.

“Equilíbrio é um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas”(COOTER, ULEN, 2010, p. 37), eficiência, por sua vez, é a característica de um processo que obedeça à uma das seguintes condições: não ser possível usar a mesma quantidade de produto usando uma combinação de insumos menor e não ser possível gerar mais produção usando a mesma quantidade de insumos(COOTER, ULEN, 2010, p. 37), embora esse não seja o único conceito de eficiência útil a esse trabalho, os conceitos de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks já foram abordados e explicados anteriormente, no tópico: objetivos do direito. Otimização é encontrar um equilíbrio de máxima eficiência.

Custo é a soma dos recursos que se tem que dispor para produzir um determinado objetivo e custo marginal é o custo adicional de se aumentar a produção e uma certa quantidade. Benefício pode ser visto como a quantidade de produto produzido enquanto o benefício marginal é o benefício adicionado pelo aumento da produção(COOTER, ULEN, 2010, p. 445-46). Uma troca é conveniente quando o benefício marginal é maior que o custo marginal.

Esses conceitos são suficientes para os objetivos dessa obra.

3 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS A FAVOR DA DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.

3.1 O primeiro argumento a ser analisado leva em conta a consciência e capacidade para se determinar que, supostamente, os menores de 18 anos teriam. Esse argumento foi levantado no parecer do senador Ricardo Ferraço na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do qual era o relator, nos seguintes termos:

As justificações das PECs sob exame trazem, de uma forma geral, o argumento de que o desenvolvimento mental dos jovens dos dias de hoje é muito superior aos de sete décadas atrás, principalmente em virtude da revolução tecnológica nos meios de informação, além de sublinhar o aumento exponencial da criminalidade praticada por menores. (BRASIL, 2013, p.6)

Propõe-se o seguinte silogismo como base estrutural para a sustentação lógica do referido argumento, focando-se, por ora, na parte que concerne à revolução tecnológica e deixando para análise posterior o que concerne ao “aumento exponencial da criminalidade praticada por menores”:

Premissa I: Quem tem plena consciência do que faz deve ser imputável pela norma penal.

Premissa II: Os menores infratores têm plena consciência do que fazem.

Conclusão: Logo, os menores infratores são imputáveis.

A primeira premissa sugere que a consciência é condição suficiente para que o agente do crime tenha a qualidade de ser imputável. Isso não quer dizer que a consciência seja condição necessária para ser imputado, posto que há outras condições, como a própria ilicitude da conduta e a culpabilidade do agente. De sorte que, se as características essenciais à imputabilidade são a consciência e o entendimento, não há críticas logicamente cabíveis à primeira premissa.

Se, por outro lado, a hipótese for de que o legislador não vinculou a capacidade de se autodeterminar ao instituto da imputabilidade ao menos como princípio a partir do qual fundamentaria a sua escolha, considerando, pois, que a idade é um mero mandamento positivista, seria cabível concluir que pode haver, à priori, imputabilidade sem que haja, ainda que presumidamente, diminuição da consciência. Porém, admitir a existência de conceitos vazios e desvinculados a uma finalidade principiológica é incompatível com a ordem jurídico-constitucional brasileira, que procura amparar todas as normas em princípios

basilares, incluindo entre essas as regras constitucionais, que se amparam nos princípios fundamentantes do estado brasileiro. Ao que se considera descartada a referida hipótese, não abalando, portanto, a veracidade da primeira premissa.

Há ainda a possibilidade de que o princípio fundamentante da imputabilidade etária seja diferente do princípio fundamentante das outras imputabilidades. É que aqui se identificou como implícito que o fundamento era idêntico. Ocorre que, não havendo elementos que indiquem a existência de fundamento diverso, só podemos concluir que o fundamento para todas as imputabilidades é a manifestação livre da vontade (que exige consciência e capacidade de auto-determinação). Ou seja, a premissa primeira continua incólume e correta.

A segunda premissa parece se embasar na noção de que, com o desenvolvimento tecnológico e o aumento do acesso à informação, o jovem brasileiro do século XXI é mais precocemente desenvolvido do que os das gerações predecessoras. Para aferir isso seria necessária uma pesquisa direcionada e rigorosamente controlada, que ainda não foi feita, porque a credibilidade da referida premissa não é, ao contrário do que comumente se pensa, auto-evidente. Isso porque o acesso à informação não é o único constituinte da capacidade de se determinar livremente e de compreender os aspectos inerentes à ilicitude dos atos praticados, posto que a maturidade está ligada à forma como o indivíduo lida com as frustrações e desafios da vida, advindo mais da experiência prática do que do mero acúmulo de conceitos abstratos. Daí a conclusão de que é perigoso presumir tal consciência em idade mais precoce.

Traremos à baila informações que indicam a maturidade precoce dos brasileiros e servem de indícios à alegação de que os adolescentes no Brasil estão, de fato, tornando-se adultos cada vez mais cedo.

a. O consumo de pornografia é cada vez mais precoce. Dados mundiais de servidores de internet indicam, que a idade de início para o consumo de pornografia pela internet é usualmente de 9 anos. A seguinte pesquisa indica que:

Overall, 72.8% of participants (93.2% of boys, 62.1% of girls, $p < 0.001$) had seen online pornography before age 18. (See Table 1.) Most exposure began when youth were ages 14 to 17, and boys were significantly more likely to view on-line pornography more often and to view more types of images. Considerable numbers of boys and girls had seen images of paraphilic or criminal sexual activity, including childpornography and sexual violence, at least once before the age of 18. (FINKELHOR, WOLAK e SABINA, 2008, p.1)

O Brasil provavelmente tem uma realidade similar, dada a grande influência da cultura americana na cultura brasileira, notadamente no que diz respeito ao acesso a tecnologia e a internet pelas crianças brasileiras, não foram, entretanto, encontradas pesquisas confiáveis a respeito da idade de inserção das crianças brasileiras nesse contexto.

b. Entre 2011 e 2012, o total de filhos gerados quando as mães tinham entre 15 e 19 anos quase dobrou: de 4.500 para 8.300. Ainda segundo o IBGE, nessa faixa de idade 18% das mulheres já engravidaram ao menos uma vez. (CARLOS, 2013, p.1)

c. Significativo aumento na taxa de suicídios entre adolescentes: Dados do Mapa da Violência, do Ministério da Saúde, revelam que ele existe e está crescendo. De 2002 a 2012 houve um crescimento de 40% da taxa de suicídio entre crianças e pré-adolescentes com idade entre 10 e 14 anos. Na faixa etária de 15 a 19 anos, o aumento foi de 33,5%. (ZIEGLER e BALMANT, 2014)

d. Significativo índice de abortos nessa faixa etária: “Apesar de o aborto ser uma prática proibida no Brasil – salvo em alguns casos – mais da metade das adolescentes grávidas da classe média alta, fazem uso dessa prática, quando não podem ou não querem essa gestação.” (CARLOS, 2013, p.1) Dado que, analisado sob um prisma puramente lógico, indica uma certa capacidade precoce de planejamento familiar, embora também possa indicar uma assumida incapacidade de assumir responsabilidades.

Essas informações, entretanto, são a título ilustrativo. Servem de alerta à necessidade de pesquisas mais profundas a respeito da idade na qual o jovem brasileiro adquire a maturidade necessária para exercer os atos da vida civil, pois que constituem indícios de que os 18 anos não mais correspondem a um critério razoável de aferição da idade a partir da qual as responsabilidades penal e civil podem incidir de forma plena, mas não são suficientes para provar de forma definitiva que essa maturidade esteja ocorrendo em idade inferior.

Caracterizada a precariedade da segunda premissa, que resta duvidosa apesar dos indícios, não pode basilar a criação da norma penal, pois esta não se pode basear em hipóteses duvidosas, dado que o sistema jurídico brasileiro abomina a possibilidade de prender inocentes mais do que a de soltar culpados. Se assim é, para que a imputabilidade atinja idades menores é imprescindível a certeza de que a idade indicada será suficiente para que o brasileiro médio tenha alcançado o nível de consciência necessário para se determinar livremente diante da e compreender completamente a ilicitude dos atos que praticar.

3.2 Há outro argumento implícito dentro do enunciado proferido pelo supracitado senador, para torná-lo mais evidente, transformá-lo-emos em sua forma de silogismo:

Premissa primeira: houve um exponencial aumento na criminalidade praticada por menores.

Premissa segunda (implícita): punir penalmente uma conduta é eficiente para desestimulá-la.

Conclusão: Punir os menores infratores penalmente vai diminuir a criminalidade na sociedade brasileira.

Exponencial é um termo matemático usado para qualificar uma função (aqui entendida como relação matemática) cuja variável está no expoente. Na linguagem coloquial, assume-se que essa forma de variação deve ser expressiva, notória, de grande monta ou volume. Aparentemente, “o Brasil discute a redução da maioria penal, mas não possui estatísticas que dimensionem a participação de jovens nos crimes no país” (FRAGA e TUROLO JR. 2015). Ora, como pode-se alegar que há um “aumento exponencial na criminalidade praticada pelos menores de 18 anos em escala nacional sem se valer de uma estatística apta a garantir tal informação? Isso basta para classificar a premissa primeira como perigosamente duvidosa, indigna, no momento, de crédito, mas, certamente, uma informação importante a ser confirmada ou afastada definitivamente.

Cabe aqui, a despeito de a falta de confiabilidade da primeira premissa já ser suficiente para invalidar o argumento em análise, avaliar a hipótese de sua eventual confirmação, posto que o objetivo desse trabalho é de chegar aos resultados mais confiáveis possíveis a respeito da validade lógica de cada um dos argumentos levantados.

Deve-se, primeiramente, no que se refere à premissa segunda, explicar qual o raciocínio que permite inferir que esse enunciado está implícito na alegação do senador Ferraço, citado acima. É que é objetivo geral do direito penal inibir a prática de determinadas condutas e, se o problema trabalhado é o próprio aumento do fenômeno da criminalidade, fica evidente a intenção de apresentar a norma penal como solução para evitá-lo. Analisaremos se essa intenção está se valendo do meio apropriado para atingir o fim pretendido, basilando essa análise em critérios econômicos e na análise gráfica.

Primeiramente, propomos a comparação de dois mapas: o da maioridade penal no mundo e o do índice de homicídios para cada 100 mil habitantes, para avaliar a correlação entre adotar uma política mais severa de imputabilidade etária e diminuir a ocorrência de crimes violentos, cujo exemplo clássico é o homicídio, com o que não se pretende, obviamente, provar inexistir relação verificável, porque, para isso, é necessária uma pesquisa controlada que analise pessoas da mesma origem cultural e em uma ampla gama de crimes, porém, serve como indício de que um padrão em escala global não pode ser observado e que essa relação, se realmente existir, anda longe de ser simples ou auto-evidente.

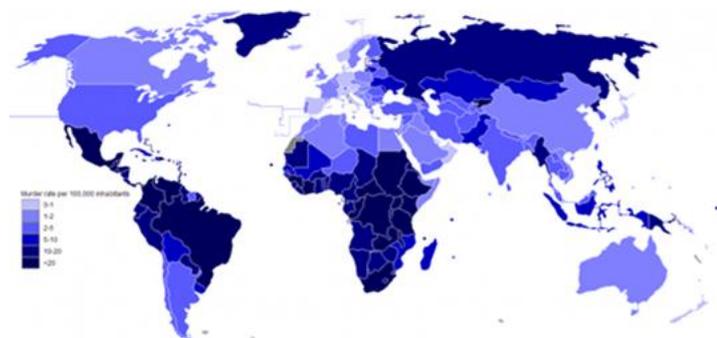
Gráfico 5 – Maioridade penal no mundo



Disponível em:

<<http://direito.folha.uol.com.br/blog/category/majoridade%20penal>>

Gráfico 6 – Taxa de homicídios por 100.000 habitantes no mundo



Disponível em:

<http://www.aic.gov.au/publications/current%20series/facts/1-20/2011/4_offender.html>

Percebe-se que, no continente africano subsaariano, há países nos quais a maioria penal é de 10 anos de idade e outros nos quais a maioria é de 18, entretanto, as taxas de homicídio parecem bem homogêneas. Na América do Norte o que é homogêneo é a imputabilidade, que começa entre 11 e 12 anos de idade, mas isso não parece gerar a mesma homogeneidade nas taxas de homicídios, que se concentram no México, diminuem nos Estados Unidos e diminuem bastante no Canadá. Ora, se a maioria penal fosse fator decisivo no combate à ocorrência de crimes violentos, deveríamos observar uma maior homogeneidade entre esses exemplos, fosse nos países africanos, cujo desenvolvimento é semelhantemente atrasado, fosse na comparação entre Estados Unidos e Canadá, ambos países de alto Índice de Desenvolvimento Humano - IDH.

Curiosamente, se analisarmos os dados da América do Sul, parece haver um indício de que os índices homicídios ocorreriam, por algum motivo, de forma mais frequente tanto menor fosse a maioria penal. Entretanto, esses dados são nada mais que uma mera coincidência, até porque a variação é suave.

Entre os países que compõem o chamado BRICs (Brasil, Índia, China e Rússia), Brasil e Rússia têm maiores índices de homicídio, mesmo a Rússia adotando uma maioria penal bem mais severa que a adotada no Brasil. A Índia adota a maioria mais severa que a China e tem mais homicídios.

Não se verifica, portanto, uma correspondência entre a maioria penal e o índice de homicídios no mundo, de forma que a mera existência de uma punição severa não parece ser suficiente para inibir o comportamento em foco, ou, como veremos adiante, qualquer comportamento.

A análise econômica do direito se propõe a medir a eficiência de determinadas regras através de simplificações abstratas que permitem raciocinar sobre o objeto estudado de forma lógica e livre de interferências emocionais. Como a razão deve ser a base para qualquer decisão estatal, muito mais adequado se apresenta esse meio do que basear a atividade legislativa na mera intuição dos legisladores, principalmente em uma ordem jurídica na qual o princípio da razoabilidade⁴ é elevado à categoria de princípio constitucional. Nesse sentido:

⁴ E quanto ao princípio da razoabilidade, temos que: “Não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência.” (BANDEIRA de MELO, 2008, p.108) O autor não reconhece como legítimas as medidas que atentem contra a razoabilidade, nem mesmo se acobertadas pela discricionariedade administrativa, porque o ato

A economia proporciona uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, na mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. (COOTER e ULEN, 2010, p.25)

Por esse raciocínio seria possível concluir que há algum fundamento à segunda premissa, isso porque a sanção imposta ao agente por uma determinada conduta torna-se mais grave, o que equivale a aumentar o preço da ação criminoso, servindo como motivação de d dissuasão do agente. Porém, como analisaremos mais a frente, o preço (aqui entendido no sentido amplo, não como um valor monetário pelo qual se troca uma mercadoria, mas o conjunto de todos os valores e direitos que serão retirados do criminoso por ocasião de uma condenação, o que não impede, entretanto, uma posterior quantização econômica do valor monetário desse preço) total pago por ocasião de uma condenação não suficientemente eficiente para dissuadir a atividade criminosa. Basta que se diga, por exemplo, que o enquadramento jurídico correto da ação criminosa nem sempre é simples, de forma que o agente não consegue, sozinho, saber exatamente a pena a qual poderá ser submetido. Mesmo que soubesse, é difícil avaliar racionalmente o valor efetivo da penalidade antes de ser submetido ao sistema executório penal, é fácil prever que não se deseja perder a liberdade, mas medir o preço de perdê-la por uma certa quantidade de anos é muito complicado, de forma que imprevisibilidade domina a mente do agente por ocasião do crime, diminuindo a eficiência de sua dissuasão.

Esses dois motivos, embora significativos e potencialmente problemáticos, nem se comparam ao terceiro: a incerteza a respeito da efetiva punibilidade. É que cometer ações criminosas exige já, ordinariamente, alguma ousadia e coragem, o que se enquadra no perfil de investidores arrojados que estão dispostos a assumir riscos maiores do que os indicados pela razão, isso combinado ao fato de que a capacidade persecutória do sistema policial brasileiro é extremamente débil, o que resulta em recorrente impunidade, leva à conclusão dramática que o efeito dissuasivo do aumento da pena não atinge boa parte dos agentes criminosos.

Avalie-se o exemplo em uma legislação hipotética: estupro punido com a) 2 anos de reclusão, b) 30 anos de reclusão, probabilidade de ser pego de 10%, probabilidade de ser

discricionário é a liberdade para agir dentro da lei e o ato irrazoável está necessariamente fora da lei porque a lei, para ser constitucional, precisa se adequar ao princípio em análise. (BANDEIRA de MELO, 2008, p.108 - 110)

condenado quando pego 20%, o que resulta em uma probabilidade de realmente sofrer os efeitos da pena de 2%, risco que até um investidor conservador por vezes aceita assumir. Nesse caso, o custo médio da pena seria $2\% \cdot (2 \text{ anos}) = 14,6$ dias de reclusão ou $2\% \cdot (30 \text{ anos}) = 219$ dias de reclusão, ambas as penalidades realmente leves para inibir o referido comportamento.

“Os estudos específicos mais comuns sobre dissuasão tentam explicar um tipo específico de crime enquanto função de três tipos de variáveis. As variáveis explicativas incluem, primeiro, substitutos para a pena esperada, como a probabilidade de ser preso e condenado e a sentença média para o crime; segundo, certas condições do mercado de trabalho usadas para medir o custo de oportunidade do crime, como o índice de desemprego e o nível de renda na jurisdição; e, terceiro, certas variáveis socioeconômicas, como idade média, raça e urbanização da jurisdição.” (COOTER e ULEN, 2010, p.503)

Diante disso, vemos que a correlação entre aumento (também consideramos aumento quando se parte de uma condição de inimputabilidade que resulta, comumente, em medidas sócio-educativas, para uma de imputabilidade, que resulta em pena propriamente dita) da pena e dissuasão da conduta criminosa é vaga e pouco convincente. Tanto é que nem a pena de morte consegue satisfatoriamente o referido efeito: “As evidências estatísticas não suportam uma crença inabalável na capacidade das execuções de dissuadir a comissão de homicídios” (COOTER e ULEN, 2010, p.524). De sorte que a segunda premissa fica severamente prejudicada em sua credibilidade na forma como está enunciada. Não basta punir, criar o tipo legal e tornar a conduta crime, é preciso também, no mínimo, informar e vigiar para que a dissuasão seja eficiente.

Uma pesquisa feita por Levitt releva que a elasticidade do crime em relação ao número de policiais varia entre -0,43 e -0,50. Isso significa que, para cada aumento de 10% no número de policiais teríamos uma diminuição da ocorrência de crimes entre 4,3% e 5% (COOTER e ULEN, 2010, p.536). Esses dados se referem à realidade dos Estados Unidos, onde o policiamento já é considerável. Levando-se em conta que um aumento no policiamento é tanto mais eficiente quanto menor o policiamento já existente, estima-se que, no Brasil, os efeitos de um aumento no efetivo de polícias tenderiam a ser ainda mais pronunciados. Dessa forma, quando objetivo é inibir a conduta criminosa, aumentar o efetivo policial tem um efeito notavelmente eficiente, sendo muito mais indicado que alterar a pena prevista para a conduta, o que leva ao legislador que assume como certa a primeira premissa a optar por criar leis que aumentem substancialmente o efetivo policial em vez de criar leis que aumentam a penalização propriamente dita.

3.3 Argumenta-se que há países mais desenvolvidos que o Brasil nos quais a maioria penal é inferior à brasileira. Cite-se:

A consulta ao direito comparado, igualmente, não revela qualquer óbice intransponível à discussão e eventual aprovação de uma emenda à Constituição que altere ou torne relativa a maioria penal. Na verdade, é preciso chamar atenção para o fato de o sistema pretendido pelo Senador Aloysio Nunes não ser inédito. Por exemplo, na Bélgica, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, como por exemplo os de trânsito, quando o adolescente é submetido ao regime geral de penas. (BRASIL, 2013, p. 13)

Diante disso, seria possível construir o seguinte silogismo para formalizar o argumento:

Premissa primeira: Países mais desenvolvidos que o Brasil adotam uma idade inferior à 18 anos como critério etário de imputabilidade penal.

Premissa segunda: Se o Brasil imitar a legislação de países desenvolvidos promoverá o próprio desenvolvimento.

Conclusão: O Brasil deveria diminuir a maioria penal para se desenvolver.

A primeira premissa é um fato, não havendo muito o que se discutir a respeito.

A segunda premissa, entretanto, é falha por diversos motivos. Primeiro porque é condição de validade da segunda premissa que haja uma clara relação entre o grau de desenvolvimento do país e a idade na qual as pessoas se tornam penalmente imputáveis, liame sem o qual o referido raciocínio se torna incongruente e, conseqüentemente, inválido. A implicação desse raciocínio é que basta analisar a idade a partir da qual se começa a imputar os jovens para saber o quão desenvolvido um país é, isso é tão absurdo que é o mesmo que dizer que um país passará rapidamente a ser desenvolvido meramente com a mudança dessa idade.

Segundo, porque o que importa realmente no direito comparado, ao menos quando citado para fundamentar a adoção de um determinado critério para nortear a aplicação de uma norma penal, não é saber se um determinado dispositivo legal se inclina a um sentido ou a outro em um determinado país, mas sim se foi ou não eficiente em atingir a finalidade para a qual se destinava, qual fosse minimizar o mal que pretendia eliminar ou promover o bem que desejava instituir, diante do que seria necessário colocar como premissa não o fato de os países desenvolvidos citados terem a referida legislação, mas sim, se for o caso, provas estatísticas de que essa legislação, aqui resumida ao campo do rigor etário, realmente traz resultados.

Terceiro, porque está implícito no raciocínio a seguinte ideia: sendo a norma plenamente vigente em países desenvolvidos, não sobra dúvida razoável a respeito da capacidade que o jovem com a idade escolhida pela lei tem para se determinar diante dos atos por ele praticados, uma vez que o rigor ao qual uma norma tem de ser submetida para ser aprovada em um país desenvolvido é suficiente para dirimir a referida dúvida. Confia-se, dessa forma, cegamente em um sistema legislativo que não se conhece totalmente, que pode se basear em princípios distintos daqueles que basilar o ordenamento jurídico brasileiro, criando, por hipótese, justificativas que não se baseiem exatamente na capacidade para se determinar do jovem infrator e que, por último, destinam-se a regular a conduta de um povo diferente que pode ter uma evolução de desenvolvimento intelectual com a idade seguindo uma curva funcional não idêntica aquela que descreve o mesmo fenômeno no contexto cultural brasileiro.

Para ilustrar o comentário acima, trazemos o seguinte:

La présomption d'absence de discernement a plusieurs conséquences. [...] Une troisième conséquence est l'impossibilité pour le mineur de bénéficier des excuses légales qui, tout en laissant subsister l'infraction, ont pour effet soit une diminution de la peine (excuses atténuantes), soit une exemption de celle-ci (excuses absolutoires). (THIERRY, 2004, p.151-200)

Dessa forma, entende-se no direito belga que o menor não pode ser privilegiado pela excludentes de ilicitude ou culpabilidade, nem mesmo pelas atenuantes que diminuam a gravidade da conduta por ele praticada. Esse entendimento se baseia na hipótese de que a falta de discernimento do jovem é tal que o impede de avaliar as referidas causas. Isso, no entanto, é inadmissível no direito brasileiro, posto que, aqui, uma excludente de ilicitude livra a própria conduta, independente do agente, é que matar em legítima defesa simplesmente não é considerado ilícito, motivo pelo qual o agente não pode sofrer sanções por assim proceder, a menos, obviamente, que tenha agido com excesso ou desproporcionalidade para maior. Ilustra-se, portanto, a eventual inadequação do uso direto de normas do direito estrangeiro como fundamento para a edição de normas do direito pátrio sem levar em conta cuidadosamente as suas bases e consequências. E, para ilustrar a radical diferença de fundamentos destinados a embasar a inimputabilidade excepcional de menores na Bélgica e os princípios que regem o ordenamento penal-constitucional brasileiro, citemos novamente Thierry:

Ces diverses exceptions confirment le caractère pragmatique du modèle protectionnel belge et démontrent que son objectif prioritaire est la défense sociale. Au-delà de la protection du jeune, il apparaît que c'est avant tout la protection de la société qui est privilégiée. Cette caractéristique du modèle protectionnel transparaît

notamment à travers le fait que, dans aucune de ces exceptions qui peut aboutir à voir le mineur être condamné à une peine, la loi n'exige la constatation formelle dans son chef de l'existence du discernement. (THIERRY, 2004, p.151-200)

O que nos leva a seguinte ponderação: o sistema penal belga, quando se aplica, de forma excepcional, aos menores, o faz embasado no princípio de proteção à sociedade, privilegiando o corpo comunitário em detrimento do indivíduo. Esse princípio, entretanto, é incompatível com o ordenamento brasileiro, que adota justamente o princípio contrário, cuja inteligência manda não sacrificar o indivíduo em prol da sociedade.

A conclusão, sendo logicamente válida diante do raciocínio exposto, só se sustenta como correta no mundo real se a premissa segunda estiver também correta. Dadas as inúmeras falhas apontadas na confiabilidade da referida alegação, não se pode, na atual conjuntura política e social brasileira, assumi-la como verdadeira, diante do que é inviável sustentar uma diminuição na maioria penal baseada nisso.

3.4 As possíveis medidas sócio-educativas imputáveis aos menores são incompatíveis com a gravidade dos crimes cometidos pelos menores.

A análise desse argumento parece propor o seguinte silogismo:

Premissa I: Os menores de 18 anos cometem crimes graves.

Premissa II: Crimes graves devem ser punidos severamente.

Conclusão: Os menores de 18 anos que cometem crimes graves devem ser punidos severamente, devendo, para tanto, serem submetidos ao sistema penal ordinário.

A primeira premissa desse silogismo é inatacável. Basta citar exemplos das condutas criminosas observadas nos jornais de grande circulação, como os próprios exemplos trazidos no parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre a PEC 33. Cite-se:

É o caso, por exemplo, de Genilson Torquato, de Jaguaratama, no Ceará, hoje já maior de idade e livre, assassino confesso de 11 pessoas, dos 15 aos 18 anos. Ou do adolescente de Maringá, conhecido como o “Cão de Zorba” que confessou ter matado 3 pessoas e teria encomendada a morte de mais 4. (BRASIL, 2013, p. 3)

A segunda premissa pode se basear em duas teorias a respeito dos objetivos do Direito Penal, que se dividem em dois grandes grupos: as teorias absolutas e as teorias relativas.

As teorias absolutas têm como característica essencial conceber a pena como um mal que viria como retribuição ao mal causado através do delito, justificada, pois, não pelo possível alcance a eventos futuros, mas pelo valor axiológico de punir o fato passado: *quia*

peccatum. Motivo que as faz também serem reconhecidas como teorias retributivas. A pena, nessa perspectiva, ao menos historicamente, era um castigo através do qual se expiava o mal (BITTENCOURT, 2011, p. 276 e 277). Muito compatível com a ideia de poder absoluto do soberano, que poderia impor, através desse tipo de justificativa, penas de severidade (e, porque não dizer, crueldade) limitadas pela criatividade humana.

Posteriormente e ainda na esteira da teoria retribucionista, mas diante da queda do absolutismo, emergiu um outro fundamento para sustentar os mesmos valores: o Estado seria agora o guardião da ordem e da justiça e a punição seria a forma pela qual se reestabeleceria a ordem quebrada pela conduta criminoso. Esse fundamento aumentou o espectro de aceitabilidade dessa teoria, servindo aos liberais, aos individualistas e aos idealistas (BITTENCOURT, 2011, p. 277 a 285).

As teorias relativas têm como característica essencial conceber a pena como algo destinado a evitar que um determinado mal volte a ser materializado pela conduta de um determinado indivíduo. Ou seja, a pena não se justifica, para essa corrente, como um fim em si mesmo, mas como um meio para evitar eventos futuros (BITTENCOURT, 2011, p. 294). Compatível com a ideia de direito penal mínimo e de utilitarismo do direito. Talvez daí o porquê de serem conhecidas como teorias utilitaristas ou preventivas. (BITTENCOURT, 2011, p. 295)

A finalidade preventiva da pena divide-se em duas direções bem definidas, classificadas em prevenção geral e especial. A primeira visa proteger a sociedade da reincidência da conduta vedada e a segunda tem como destinatário o próprio infrator da norma, que deverá ser “tratado” para que corrija sua conduta e não mais volte a delinquir, protegendo-se, portanto, das futuras punições.

Defendemos que a função do direito penal é essencialmente preventiva, posto que o passado é imutável e que apenas o futuro pode ser condicionado e influenciado pela lei. Como argumento para tal posição, basta indagar se é preferível uma sociedade que puna crimes com maestria absoluta ou uma na qual não ocorram crimes, porque se a segunda é preferida a única alternativa é a prevenção.

Do ponto de vista das teorias absolutas, a premissa segunda teria fundamento. É que, para os retribucionistas, vale algo próximo da *ius talioni*, segunda a qual a gravidade do delito deve determinar a severidade da pena. Porém, mesmo para esses, a culpabilidade deve ser considerada, razão pela qual alguém sem o discernimento necessário à compreensão da

ilicitude de sua conduta seria perdoado da imputação punitiva e, conforme já mostramos anteriormente, não há elementos suficientes para aferir se os jovens brasileiros com menos de dezoito anos têm, em média, essa compreensão.

Se o ponto de vista considerado for o preventivo, a proporcionalidade entre a gravidade da pena e a conduta praticada também deve ser, ordinariamente, mantida. De forma que a validade da segunda premissa não seria seriamente afetada pela adoção dessa corrente, embora que, eventualmente, condutas graves não precisem de punições graves para serem inibidas, o que poderia gerar uma pequena distorção nessa proporcionalidade, já que, segundo à lógica preventiva, não se deve impor pena superior à estritamente necessária à evitar a ocorrência do crime. Cite-se como exemplo de distorção o crime de Peculato praticado por prefeito. Sua gravidade é inequívoca, porém, caso a condenação fosse certa ou altamente provável, bastaria uma pena de alguns poucos anos para dissuadir o agente médio, posto que as pessoas que ocupam de fato os cargos nos quais podem agir dessa forma valorizam excepcionalmente a própria liberdade e não estão dispostas a perdê-la.

Existe ainda a teoria da prevenção geral positiva limitadores, que, apesar de ser denominada uma teoria preventiva, de base relativista, com vistas ao futuro, não abandona o princípio de culpabilidade como fundamento da imposição de pena pelo fato passado, considerando ,assim , sem contradições, a ideia da retribuição da culpabilidade como condição lógica da finalidade preventiva. (BITTENCOURT, 2011,p. 330 e 331).

A Constituição Federal não é clara a respeito da teoria da pena que o Brasil adota e, embora alguns doutrinadores pátrios defendam que o art. 59 do Código Penal estabelece que o Brasil adota o sistema misto sem dar prioridade a nenhuma das duas componentes, conforme exposto a retributividade e a preventividade, o referido diploma legal não vincula o legislador constituinte reformador, que poderia, em tese, optar por mudar essa opção teórica fundamental, desde que tivesse para isso razões suficientes que superassem o ônus imposto pelo transtorno da mudança.

A conclusão, a despeito de as premissas estarem corretas, parece falha. É que as referidas premissas não são condição suficiente para tirar a referida conclusão. Talvez pelo simples fato de que não é necessário reformular uma disposição constitucional para garantir a segunda premissa, bastando, para tanto, aumentar a severidade limitante das medidas sócio-educativas que podem ser impostas aos menores.

Outra consideração relevante é a de que a Constituição Federal assegura, no art. 5º caput, a segurança como direito inviolável de todo cidadão, e, se assim é, é imprescindível que o caráter preventivo da pena seja observado, isso porque é justamente essa faceta que lhe permite evitar crimes futuros e, conseqüentemente, garantir a segurança. Portanto, essa alteração nas medidas sócio-educativas deve ser norteadas pela finalidade de evitar a ocorrência dos crimes e o processo de execução penal deve ser capaz de ressocializar o menor apreendido.

Portanto, a parte da conclusão que supõe submeter o menor à legislação penal e ao referido processo como a única, ou a melhor, forma de puni-lo adequadamente pela gravidade dos seus crimes ou de evitar a ocorrência em si desses crimes se mostra logicamente falha e, por isso mesmo, completamente dispensável.

O que caberá aos parlamentares discutirem, nesse contexto, será quais as medidas mais adequadas aos fins aos quais se propõe a norma responsável por impor aos menores as referidas medidas. Ou seja, uma mera mudança infra-legal é mais do que suficiente e adequada para lidar com o problema em tela.

4 PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRA A DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.

4.1 Essa diminuição é incompatível com a ideia de *ultima ratio*, associada a teoria penal brasileira que, para alguns autores⁵ e para a nossa corte constitucional⁶ (STF), foi adota pela Constituição Federal. Segue o silogismo:

Premissa I: O direito penal deve ser aplicado como último recurso.

Premissa II: Diminuir a maioria penal sem diminuir a maioria geral implica aumentar o campo de incidência do direito penal para além do campo de incidência do direito civil.

Conclusão: Diminuir a maioria penal sem diminuir a maioria geral implica infringir o caráter fragmentário da norma penal.

Para fundamentar a premissa primeira, que se traduz na hipótese de que o direito penal, ao menos no contexto brasileiro, deve ser aplicado apenas para cuidar daquilo que os outros ramos do direito não podem cuidar com eficiência, chegou-se à ideia de *ultima ratio*, ou seja, de que o direito penal é o último recurso que a sociedade deve usar para orientar a conduta dos cidadãos. Nesse sentido:

Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence.”(BITENCOURT, 2011, p.60)

A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. (BRASIL⁷, 2011, p.1)

E, considerando que o instituto da maioria⁸, segundo a definição legal⁹, inferida do Código Penal, art. 26 e art.27, se propõe a medir a aptidão psicológica para

⁵ Dentre os quais: Bittencourt, Capez e Greco.

⁶ “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.” - STF, informativo nº 351, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo351.htm>>

⁷ STF - HC 107638 PE, min. Cármen Lúcia.

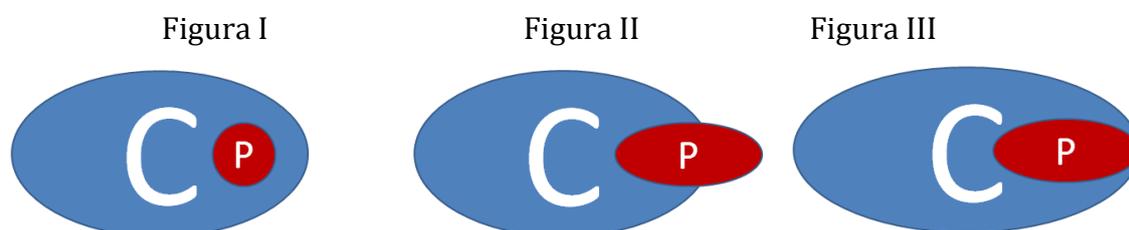
⁸ Para Kant, a menoridade seria “a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem” (KANT, 1995, p.11). Daí, a contrario sensu, dezer-se que a maioria é plena quando essa capacidade se manifestar de forma madura é bem definida.

⁹ Para o legislador do código penal, seriam inimputáveis, segundo o artigo 26, aqueles que completamente incapazes de entender a ilicitude dos atos praticados ou de se determinar diante deles. No que diz respeito ao art. 27, seriam aqueles que ainda não tivessem atingido a maioria. Ora, se a imputabilidade deriva da incapacidade de entendimento, define-se, por inferência, que o menor seria desprovido desse entendimento.

determinar a compreensão do indivíduo diante da sua conduta e do ambiente que o cerca, é de se esperar que as condutas que ensejem maior responsabilidade sejam aquelas para as quais o nível de compreensão exigido seja maior, de sorte que não é razoável, no plano abstrato, permitir que a maioria penal seja reduzida enquanto a maioria geral é mantida, porque a responsabilidade pelos atos que ensejam consequências penais é muito maior do que a daqueles que ensejam consequências em outras searas, salvo, obviamente, algumas exceções, como a capacidade exigida para exercer cargos políticos ou assumir cargos cujos atos praticados possam afetar um amplo complexo de pessoas.

A análise da premissa segunda pode ser feita de diversas maneiras. Muitas das quais levam à noção de que é falsa. Porém, trata-se, na verdade, de uma mera questão de conjuntos matemáticos. Veja-se, portanto, essa alegação na forma de um enunciado lógico.

Seja P o conjunto dos fatos penalmente relevantes e C o conjunto dos fatos civilmente relevantes. Se o direito penal for usado em *ultima ratio*, observaremos a seguinte propriedade: $x \in P \Rightarrow x \in C$. Diminuir a maioria penal sem diminuir a maioria civil implica criar elementos em P que não pertencem a C, contradizendo a propriedade decorrente da própria definição de fragmentariedade. Veja-se o gráfico:



Figuras de elaboração própria.

Perceba a inflação do conjunto P causada pela redução da maioria penal sem a respectiva redução da maioria civil na figura II e a correção da incoerência na figura III, devida a inserção desses mesmos elementos no conjunto C, pela expansão do conjunto C.

Em outras palavras, se a premissa basilar para a diminuição da maioria penal for, portanto, a hipótese de que o adolescente de 16 anos completos ou mesmo um outro, com alguma outra idade, já tem pleno discernimento dos atos que pratica, nada mais justo do que alterar a medida etária do instituto da maioria em si, ao que seria finalmente coerente, ao

Como o legislador não é um cientista, não sua pretensão afirmar que isso é um fato, ou mesmo sustentar essa alegação como uma teoria científica, mas sim enquadrá-la como uma presunção jurídica *jurie et de jure*, ou seja, inafastável. Não há aqui pretensão de verdade.

menos no que diz respeito aos conceitos do parágrafo anterior, com o restante do ordenamento jurídico.

Considerar o Direito Penal isoladamente, diminuindo a maioria penal sem levar conta a sua vinculação com a maioria geral, embora seja o costume de boa parte da doutrina especializada, fere a compreensão sistemática do ordenamento, gerando uma incoerência insuperável e, portanto, inadmissível para o direito, cuja qualidade técnica mais relevante é justamente o fiel compromisso com a razoabilidade dos institutos e sua conexão sistemática.

Ou seja, embora a premissa de que o adolescente tem sim consciência dos seus atos, seja, para muitos, uma constatação óbvia ou auto-evidente, ela não é, ainda que admitida, sozinha capaz de levar o legislador penal a redefinir o critério etário para a imputabilidade penal, conforme o raciocínio explícito no parágrafo anterior. A razoabilidade da premissa em si será analisada em outro momento, quando tratarmos dos critérios de aferição da maioria mais propriamente, por exemplo no item c do capítulo 3 desse trabalho.

Esse raciocínio é puramente lógico. Restringe-se a afirmar que o instituto cujo critério é mais exigente tem, necessariamente, que ter seu limite superior inferior ou igual ao instituto cujos critérios sejam menos exigentes. Em outras palavras, a maioria civil deveria ser, por esse raciocínio, o limiar inferior mínimo para a cogitabilidade da maioria penal. Porém, nos países em que a maioria penal é inferior a civil, esse raciocínio básico não é observado, criando uma legislação paradoxal e, conseqüentemente, extremamente injusta, pois:

Por um lado, inibe-se a participação social dos jovens numa vertente que possibilite um maior exercício ativo de cidadania (i.e. votar, ser eleito, casar, assumir outras responsabilidades), desvaloriza-se a sua capacidade de ação, autonomia, liberdade e responsabilidade até aos 18 anos; mas por outro lado, aceita-se o entendimento da sua competência individual e total discernimento para delinquir promovendo-se a responsabilização penal em idade mais baixa, aos 16 anos.(CARVALHO, 2012, p.1)

É que se para delinquir imputavelmente é necessário estar plenamente ciente da conduta praticada, como se pode, numa mesma ordem jurídica, presumir que o agente não tem a consciência necessária à prática dos atos da vida civil?

Esse raciocínio pode ser criticado levantando-se a questão de que a imputabilidade é possível em casos de ciência parcial da ilicitude da conduta, de forma que a ciência parcial

seria suficiente para criminalizar o indivíduo mas não para autorizá-lo a exercer os atos da vida civil.

Mas isso é incompatível com a ideia de diminuir a maioria penal, sendo sim compatível com a de transformar uma certa faixa etária em semi-imputável. Seria dar aos, por exemplo, adolescentes entre 16 e 18 anos um tratamento especial, como semi-imputáveis. Isso serviria para resolver a incoerência lógica, embora não signifique que seja uma solução conveniente ou mesmo eficiente.

Quando o constituinte resolveu colocar o critério etário como um critério de presunção¹⁰ *juris et de juri* da imputabilidade penal, ou, em um linguajar mais compatível com a técnica jurídica mas menos rigoroso do ponto de vista lógico conceitual, como critério de aferição da imputabilidade penal, não o fez com a inocente ilusão de que todos os menores de 18 anos eram insuficientemente conscientes e passaram, repentinamente, a serem plenamente conscientes com o transcorrer da nova alvorada. O que quis, ao contrário, foi estabelecer um critério objetivo e de simples aferição, o que é conveniente por vários motivos, dentre os quais: é economicamente ótimo porque não impõe grandes custos probatórios a nenhuma das partes, bastando um documento e, eventualmente, a análise de sua autenticidade, para instruir a exceção de inimputabilidade ou qualquer outro ato processual que desse conceito dependa; porque não dá margem à subjetividade de peritos ou do juiz, maximizando a segurança jurídica e porque é um conceito extremamente simples, sendo de fácil compreensão ao intérprete da norma.

Ora, sustenta-se nesse trabalho que a qualidade do bom direito é a eficiência prática. Obviamente, não se pretende, nem de longe, abandonar o conceito de Justiça ou a vinculação do direito à esse ideal, ao contrário, o que se pretende com a maximização da eficiência é justamente alcançar o ideal da justiça, numa aproximação com algumas linhas modernamente estabelecidas pela análise econômica do direito, inalcançável por qualquer ordem jurídica que se contente com abstrações inaplicáveis. De sorte que a otimização da eficiência autoverificável promovida pelo critério etário é muito conveniente e justa.

¹⁰ Pouco importa se a doutrina considera ou não esse instituto como uma presunção. Se aqui se afirma que é inafastável juridicamente o valor prático do conceito é idêntico ao de uma ordem legal. Assume-se nesse trabalho a ideia de presunção porque é perfeitamente viável que uma pessoa com idade inferior a escolhida pelo legislador tenha pleno discernimento da licitude ou ilicitude de sua conduta e plena capacidade de se determinar, de forma que a disposição se enquadra perfeitamente no conceito de presunção, posto que toma por verdade algo que pode não ser.

Quanto à segurança jurídica, trata-se de um princípio consagrado implicitamente pela Constituição Federal, reconhecido como princípio geral do direito por considerável parte da doutrina nacional, a exemplo de Bittencourt, Capez, Mendes e Vasconcelos¹¹. Sendo, assim, outro predicado desejável do critério etário.

Quanto à facilidade de compreensão por parte do intérprete, trata-se de um princípio geral do direito penal com fulcro na noção de que, sendo o direito penal destinado a orientar a conduta das pessoas e sendo extremamente graves as consequências de infringir a norma penal, deve esse ramo usar conceitos acessíveis à linguagem comum do povo. Seria a suma injustiça criar conceitos de difícil entendimento e submeter a persecução penal pessoas que ignoravam cometer delito por uma mera ignorância vocabular. Nesse sentido:

Oarrimo ao uso linguístico é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas. O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e deseja ser entendido por ele. Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais. (LARENZ, 1997, p. 451)

Diante disso, parece ter acertado o legislador ao escolher o critério etário como método de aferição da maioridade penal. Quanto ao valor escolhido, 18 anos, parece também razoável, porque a idade escolhida como parâmetro não deve ser a primeira idade na qual o mais excepcionalmente precoce dos seres humanos tornou-se capaz de compreender o mundo ao seu redor, nem mesmo a do homem médio, mas sim uma que dê alguma folga para evitar, o quanto possível, que alguém seja considerado capaz sem de fato sê-lo. Trata-se de uma proteção, uma cautela, perfeitamente adequada ao princípio do *in dubio pro reu*.

Entretanto, eventualmente, percebemos que a realidade dos fatos e as circunstâncias do agente são mais do que indicadores de seu entendimento completo, caso em que, quando acobertados pelo manto da inimputabilidade, geram grande comoção social, pois a sociedade costuma enxergar nisso uma grande injustiça. Para afastar esse problema seria possível admitir que a presunção da lei não mais fosse *juris et de jure*, mas sim *juris tantum*. Essa proposta será analisada mais a frente.

¹¹ Aqui são listadas as referências completas: “Dessa forma, objetiva-se que o princípio de legalidade, como garantia material, ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal.” (BITTENCOURT, 2010, p.1367); A segurança jurídica constitui uma garantia contra o arbítrio do governante (CAPEZ,2010,p. 23); “estaria perpetrando, senão um ataque à cláusula pétrea da segurança jurídica ou do direito adquirido, certamente que uma fraude ao constituinte originário” (MENDES, 2012, p. 120); “a segurança jurídica ocupa a posição de valor prioritário”(VASCONCELOS, 1993, p.33).

4.2 Baixo grau de reincidência dos menores apreendidos em relação aos maiores presos.

Premissa I: O sistema penal tem finalidade preventiva, devendo promover a reabilitação do preso.

Premissa II: O índice de reincidência entre os jovens egressos das casas de detenção é significativamente menor do que o dos adultos egressos do sistema penitenciário.

Conclusão: as medidas sócio-educativas imputadas aos menores brasileiros são mais eficientes na função ressocializatória do que o sistema penitenciário convencional.

Como já defendido anteriormente, a Constituição Federal assegura ao indivíduo e à sociedade o direito à segurança, diante do quê é de interesse do sistema penal que os crimes sejam prevenidos e, portanto, os presos sejam reabilitados. Já houve quem levantasse que essa vinculação não é necessária, pois que se os presos forem mortos eles não foram realmente reabilitados e, no entanto, não cometerão mais crimes, trata-se da prevenção especial negativa, especial porque se destina à espécie, o criminoso em si e negativa porque não se dirige a promover uma mudança na boa vontade do indivíduo, mas a eliminar o próprio indivíduo:

“En la literatura correccionalista el proyecto disciplinar se encuentra casi siempre articulado con arreglo a las dos finalidades de la prevención especial, la positiva de la reeducación del reo y la negativa de su eliminación o neutralización, que por consiguiente no se excluyen entre sí, sino que concurren acumulativamente en la definición del fin de la pena como fin diversificado según la personalidad, corregible o incorregible, de los condenados.”(FERRAJOLI, 1995, p. 264).

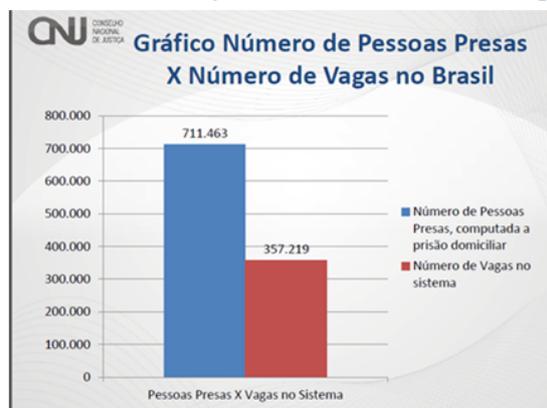
Essa proposta, porém, além de ser inadmissível na ordem constitucional vigente, pois que vedada a pena de morte, é também imprecisa, pois, a menos que se defenda a execução como pena única e universal para qualquer delito, coisa que nem a mais sanguinária das ditaduras humanas já impostas ousou estabelecer, sempre será conveniente a reabilitação para aqueles que escaparem à pena capital.

Ou seja, não resta outra saída senão a de aceitar a premissa primeira como inteiramente coerente e compatível com a ordem vigente, de forma que nos parece seguro admiti-la como verdadeira.

Quanto à premissa segunda, cite-se: “as condições desumanas das cadeias brasileiras as tornam incapazes de recuperar quem quer que seja. Hoje o índice de reincidência entre adultos é superior a 70%, contra 20%, ou menos, entre os adolescentes (em unidades socioeducativas). (BRASIL, 2015, p.1)”

Se esses dados estiverem corretos, substituir o sistema destinado a cuidar dos atos infracionais pelo sistema carcerário comum é substituir o sistema mais eficiente pelo menos eficiente, gerando, por um lado, um previsível aumento da criminalidade pelo mero fato de se aumentar a reincidência entre significativa parcela da população de menores apreendidos que, ao passarem para o sistema carcerário comum, adequar-se-iam aos seus índices, por outro, uma inadmissível inflação populacional no já defasado e atrasado sistema carcerário brasileiro. Nesse sentido, trazemos os seguintes gráficos do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2014, p.6 e 7):

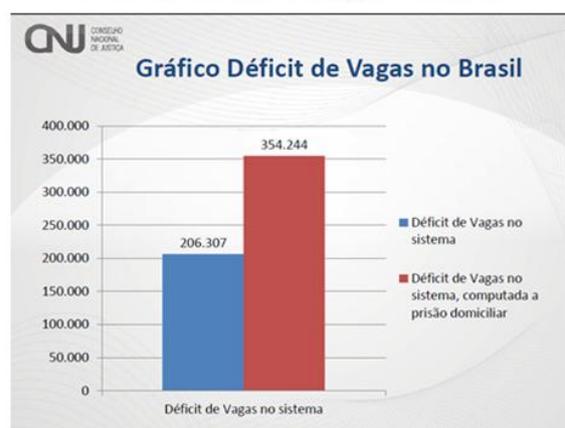
Gráfico 7 – Nº de presos no Brasil x nº de vagas



Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 10out. 2014. >

Gráfico 8 – Déficit de vagas no Brasil



Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 10out. 2014. >

Diante desses dados, fica evidente a incapacidade do sistema carcerário brasileiro de absorver um efetivo extra de detentos, sendo pouco razoável esperar o cumprimento da função ressocializatória. Além disso, a mera existência do quadro mencionado é já um atentado à ordem constitucional vigente, pois que o próprio estado se presta a continuamente descumprir preceitos constitucionais básicos, como a previsão de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. Ressalte-se que isso não é meramente um descumprimento negativo, em que o Estado deixa de honrar com um princípio constitucional alegando a reserva do possível, mas um descumprimento positivo, pois que força o condenado a se submeter a um sistema carcerário corroído pela própria incompetência do Estado.

Além disso, o processo simplificado de captura de menores é muito mais simples e célere do que o processo penal comum, além de não estar submetido à prescrição, evitando, e não promovendo, a impunidade. Cite-se:

Tratando-se de menores inimputáveis, as medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do ECA não se revestem da mesma natureza jurídica das penas restritivas de direito, em razão do que não se lhes aplicam às disposições previstas na lei processual penal a prescrição da pretensão punitiva. (BRASIL, 1998, p. 1)

Diante disso, resta-nos analisar a conclusão, aparentemente já evidenciada pelos fatos aludidos, sujeita, entretanto a algumas considerações relevantes. A crítica que se pode fazer a essa conclusão é de que o índice de reincidência não é, por si só, suficiente para aferir se a finalidade preventiva está sendo cumprida, pois que seria possível que, apesar da diminuição de criminosos, a quantidade total de crimes se mantivesse constante, bastando para isso o proporcional aumento de crimes praticados por agente. Essa crítica carece de dados fundamentantes, pois a hipótese, embora possível, é improvável, seria condicionada a haver uma variável determinante no sistema de apreensão de menores capaz de fazer a maioria desistir de voltar a cometer crimes e tendo no restante o efeito de intensificar o cometimento.

Também há outra possibilidade intrigante. É que a confiabilidade do dado não é garantida. Embora a fonte seja confiável, não explicita se considerou na reincidência os menores que, tendo sido submetidos a medidas sócio-educativas, foram depois submetidos ao sistema penal comum pela mera mudança etária. Porque se esses não foram considerados, esse dado torna-se indigno de crédito. É que a hipótese fundamentante se mostraria errada nessa circunstância, pois essa hipótese, implícita até o momento, é de que há uma variável no sistema de medidas sócio-educativas cuja magnitude é mais capaz de dissuadir as pessoas a elas submetidas do que a respectiva magnitude da mesma variável no sistema penal ordinário.

Para simplificar a abstração, tragamos um exemplo: suponhamos que a variável diferenciadora é a capacidade de moldagem do caráter, doravante definida por maleabilidade da personalidade, e que seja de maior magnitude nos jovens que nos adultos. Se for o caso, observaremos que os jovens aprenderão mais com as penas e tenderão a cometer menos crimes futuramente. Se, no entanto, houver um mero remanejamento de jovens submetidos às medidas sócio-educativas para adultos submetidos a penas propriamente ditas, mascarando a reincidência por um mero desacordo terminológico, a variável em estudo não apresenta diferença sensível se magnitude, ou ao menos não o suficiente para justificar uma diferença de postura, posto que não se verifica diferença de postura.

Ou seja, podemos ter aqui um argumento terminal contra a diminuição da maioria penal, desde que os dados citados estejam devidamente coerentes com a realidade, como também podemos ter um argumento completamente vazio e irrelevante, caso isso não se verifique e, ao contrário, verifique-se homogeneidade entre as respectivas reincidências. Pode até ocorrer o esdrúxulo caso em que esse argumento se inverte, porque se a reincidência for maior entre os menores que entre os adultos, teríamos um argumento a favor da tese contrária.

4.3 Um dos princípios constitucionais mais relevantes ao moderno Estado Democrático de Direito é o da segurança jurídica¹². Diante disso, levanta-se aqui um argumento não contra a diminuição da maioria penal em si, mas contra a possibilidade de admissibilidade excepcional de imputabilidade, como no caso de cometimento de crimes hediondos. Explícite-se o argumento:

Premissa I: O critério etário promove a segurança jurídica (pois ~~que~~ elimina a subjetividade do julgador, permitindo a prova meramente documental como meio eficaz para determinar a imputabilidade).

Premissa II: Critérios biopsicológicos, que dependem de prova pericial para a aferição, embora logicamente aptos a permitir excepcionalidades ao manto da inimputabilidade, aumentam a margem de subjetividade do julgador.

Conclusão: Se o objetivo é maximizar a segurança jurídica, o critério etário deve ser a opção do legislador.

¹² Conforme estudado no referencial teórico desse trabalho, trata-se de um princípio não expresso pela Constituição Federal, não obstante reconhecido pela doutrina e por parte da filosofia do direito como princípio inerente à própria democracia.

A segurança jurídica é maximizada com o critério etário por duas razões. Primeiro que não há grande dilação probatória no que tange à aferição da imputabilidade, o que além de trazer celeridade ao processo, elimina da equação a subjetividade do magistrado. Segundo, porque aos potenciais prejudicados, que seriam justamente aqueles que, por algum motivo, passaram dessa idade e não completaram o desenvolvimento da consciência e personalidade, dá-se a possibilidade de provarem sua condição, não chegando a se tornarem prejudicados de fato¹³.

Pode-se levantar que se o sistema permite a prova em benefício do réu, seria falta de coerência não conceber a hipótese da prova contra o réu. Porém, sabe-se que a presunção de inocência permite essa distorção, uma vez que é preferível, na ordem jurídica brasileira, soltar um culpado a prender um inocente. Sobre esse princípio, trazemos:

Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA¹⁴, 2008, p.153)

A presunção de inocência é mais do que uma garantia de liberdade, constituindo-se igualmente em uma garantia de segurança apta a livrar o cidadão do eventual arbítrio punitivo do Estado. (MENDES, 2012, p.786)

Quanto ao estabelecimento do critério biopsicológico em casos excepcionais, começa-se com o problema de definir o que são esses casos realmente excepcionais. Não parece haver vínculo lógico entre a gravidade da conduta e o grau de consciência do agente, posto que as consequências mais desastrosas podem advir dos atos mais banais, podendo ocorrer um homicídio qualificado, por exemplo, pelo mero emprego de um instrumento qualificador, que não esteja necessariamente ligado a um grau de iluminação precoce do discernimento do agente. A ligação que se constata, no entanto, é entre o grau de premeditação da conduta e a consciência do agente, pois que parece razoável esperar que um agente consciente seja capaz de mais longo e cuidadoso planejamento de seus atos, ao passo que um agente de consciência limitada deverá ter também uma limitada capacidade de planejamento das ações.

¹³ Excetuam-se as falhas no próprio sistema, contra as quais nada se pode fazer além da constante vigilância da legalidade processo por parte dos advogados e do magistrado.

¹⁴ RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores

Tendo isso em conta, fica difícil vincular a possibilidade da exceção ao cometimento de crime hediondo, a menos que se venha defender que o dolo, elemento essencial ao cometimento desse tipo de crime, já engloba o discernimento do agente e não se restringe a mera vontade de causar o dano, mas a compreender de fato o dano causado. Não é esse o entendimento em voga no Brasil, posto que separamos a o dolo da culpabilidade, sendo perfeitamente possível que um indivíduo haja com o dolo de matar e dê causa a morte da vítima sem no entanto estar apto a responder por seus atos naquele momento. Senão vejamos:

Mantém-se em plena vigência o dogma secular *nulla poena sine culpa*, consagrado na expressão de Feuerbach, tornando-se inadmissível a responsabilidade objetiva. A culpabilidade jurídicopenal constitui-se dos seguintes elementos: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. (BITTENCOURT, 2011,p.648).

A consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial. Mas a consciência do dolo abrange somente a representação dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a consciência da ilicitude, que hoje, como elemento normativo, está deslocada para o interior da culpabilidade. (BITTENCOURT, 2011,p.764).

A conclusão, aceitas as premissas, parece inevitável. É que a segurança jurídica, como está explícito na primeira premissa, é privilegiada pela objetividade que o critério etário oferece em comparação ao critério biopsicológico. O máximo que se poderia criticar, nesses termos, seria a hipótese de que pode haver, em tese, um critério ainda mais objetivo do que o etário e, portanto, ainda mais apto a promover a maximização, ou, nos termos de Alexy, a otimização¹⁵ da segurança jurídica. Entretanto, não há indícios da existência de tal critério na literatura jurídica conhecida, diante do que a opção do legislador pode ser considerada como ótima segundo esse princípio.

Outra crítica válida é de que a segurança jurídica não é, de forma alguma, o único princípio a nortear a criação de uma norma penal. De forma que otimizá-la não é, a princípio, a única finalidade da norma. Diante do que é possível levantar o seguinte questionamento: seria, então, razoável perdoar *a priori* agentes que são, de fato, conscientes, com o intuito de maximizar a segurança jurídica?

¹⁵ Segundo o autor: "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não dependa somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes." (ALEXY, 2006, p.90)

Pensamos que sim, porque o custo processual de verificar o estado de consciência do agente em um país com sérios problemas no poder judiciário, diante dos quais a celeridade jurídica já está bastante comprometida, parece maior do que o benefício de conseguir imputar os agentes que, sendo exceções à regra geral, desenvolveram um grau de consciência precoce o suficiente para entenderem completamente a ilicitude dos atos que praticam e para se determinarem diante deles. Corre-se o risco, caso se ignore esse fato, de promover a impunidade em vez de combatê-la. É que a prescrição tem servido a livrar da punibilidade um contingente crescente de infratores da lei, de forma que, se a pretexto de alcançar um maior contingente de indivíduos, o legislador tornar a norma mais complexa e estender a carga probatória, nada mais fará do que ampliar o tempo do processo e conseqüentemente a possibilidade de impunidade. Ressalte-se que está a se falar do tempo médio total de todos os processos, de sorte que os indivíduos inimputáveis submetidos a análise de exceção consumirão uma parte do tempo dos tribunais, que deixaram de dispor desse tempo para adiantar outros processos. Logo, como a maioria dos adolescentes serão considerados inimputáveis (sob pena de critério etário estar inadequado), esse tempo terá sido um custo muito alto a ser pago por um benefício muito menos sólido do que cuidar bem dos processos já abundantes que se acumulam.

Dessa forma, o que se defende, ao menos nesse trecho do trabalho, não é a impossibilidade teórica abstrata da previsão de exceções à regra etária de imputabilidade, mas sim que a eficiência do sistema seja previamente otimizada para que a possibilidade dessa mudança seja cogitável, ou seja, a possibilidade de aceitação de exceções ao critério etário está logicamente obrigada a ocorrer em um momento posterior à referida resolução da problemática referente à celeridade jurídica.

Se a visão for de que não se tratam de meras exceções, mas sim de uma nova regra, ou seja, de que há um contingente significativo de pessoas abaixo da idade prevista para a imputabilidade, o argumento mais adequado deveria ser de mudar a faixa etária e não criar essa possibilidade de exceção, esse argumento, no entanto, já foi analisado no capítulo anterior e ainda será considerado mais a frente. Mais uma vez, trazemos a noção de que ignorar a realidade procurando um puritanismo jurídico é agir de forma destituída de razão ou de crédito, porque o direito se destina a guiar a realidade e não se pode legislar bem sem considerá-la cuidadosamente.

4.4 Inviabilidade constitucional, pois, segundo Dallari: “A previsão de tratamento jurídico diferente daquele que se aplica aos adultos é um direito dos menores de 18 anos” e, “de acordo com o artigo 60, § 4º, da Constituição, não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir garantias individuais” (DALLARI, 2001, p. 25). O silogismo aqui baseia-se em três premissas:

Premissa I: Segundo a Constituição Federal, os menores de 18 anos têm direito a um tratamento diferente daquele aplicado aos adultos.

Premissa II: As garantias e direitos individuais não são passíveis de supressão ou diminuição via emenda constitucional, dado o art. 60 § 4º CF.

Premissa III: O direito a um tratamento diferente daquele aplicado aos adultos tem o status constitucional de garantia individual.

Conclusão: O tratamento diferenciado conferido aos menores de 18 anos por norma constitucional não é passível de supressão ou diminuição via emenda constitucional.

Sobre a premissa primeira, parece razoável afirmar que a Constituição não faz, expressamente, essa ressalva, ao menos não nesses termos, e os termos, sendo o direito uma ciência que trabalha com lógica da linguagem, são essenciais à hermenêutica. Para demonstrar que a premissa I, da forma como está enunciada, não reflete exatamente o conteúdo constitucional, basta mostrar que, em algum caso, a própria Constituição trata indivíduos menores de 18 anos da mesma maneira que trata o maior, pois o enunciado ali firmado se pretende geral, não admitindo, logicamente, exceções, sob pena de falsidade. E casos não faltam, pois que os direitos fundamentais, por exemplo, são garantidos a todos, sem distinção de idade na maioria dos exemplos, de forma que o tratamento diferente levaria os menores a uma situação mesmo de desvantagem nesse caso. Não nos detenhamos nesses exemplos, pois que um é já suficiente para demonstrar a falta de credibilidade da alegação feita na primeira premissa.

Ressalte-se que a forma de enunciar a premissa interfere essencialmente na validade do argumento, diante do que não se podem admitir imprecisões terminológicas nessa etapa, pois que isso levaria a um subjetivismo insuperável e a verdadeira aniquilação de qualquer pretensão de uma ciência jurídica. Não parece, entretanto, mero acidente a escolha das referidas palavras; mas um sofisticado artifício retórico que, distorcendo sutilmente o

texto constitucional constrói um argumento válido¹⁶, porém baseado em premissa falsa e portanto apto a conduzir à conclusão imprecisa em medida proporcional à distorção criada; afirma-se isso porque há texto constitucional expresso apto a tratar da matéria. Mais adequado nos parece, portanto, enunciar a primeira premissa conforme o texto constitucional, para daí analisar a validade do argumento.

Premissa I (reformulada): São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Conforme o art. 228 da CF.

Premissa III (reformulada): A inimputabilidade, dada aqueles que ainda não completaram dezoito anos, é uma garantia individual.

Não há divergência relevante no direito pátrio no que diz respeito a aceitação da existência de limitações ao poder constituinte reformador. Isso porque, conforme evidenciado acima, trata-se, no Brasil, de norma constitucional explícita.

Além disso, aceitar essa regra é perfeitamente compatível com a ideia de que poder constituinte reformador (ou derivado) é hierarquicamente subordinado ao que determinou o poder constituinte originário, seja na forma, no tempo ou na matéria de que trata. (DA SILVA, 2000, p.66)

Diante do que a premissa III torna-se perfeitamente plausível com essa nova redação. A premissa I, em sua nova forma, não é passível de discussão quanto à sua veracidade, pois que presente na Constituição por hora vigente. Dessa forma, passemos a análise daquilo que não é consenso.

Cumpra, primeiramente, investigar se dispositivo constitucional que dispõe da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos é, de fato, uma garantia individual (ou mesmo um direito). Poder-se-ia, a fim de tentar elucidar a questão, definir garantia e direito individual, porém, se assim o fizermos, só estaremos vinculando o argumento aos estritos termos daquelas definições. Como aqui se pretende uma análise tão geral quanto possível e diante do fato de que as definições aqui divergem bastante, e partindo da noção de que o direito se presta a determinados fins sem os quais não tem, em si, fundamento ou propósito, analisaremos a norma diante da sua finalidade.

O fim dessa norma é, sem dúvida, proteger da persecução penal todo aquele que, por razões de imaturidade, ainda não é suficientemente capaz de se responsabilizar pelas

¹⁶ O argumento poderia ser válido se a premissa fosse verdadeira, porque ter direito à algo pode ser entendido como uma garantia individual, diante do que o enquadramento da inimputabilidade na imutabilidade constitucional seria defensável.

próprias escolhas. A idade escolhida pelo constituinte originário é uma mera aproximação presumida intuitivamente ou, ainda que baseada em fatos, uma conclusão precária e não científica sobre a adequação da faixa etária escolhida. De forma que a parte intocável do preceito é o princípio implícito de que há uma idade aquém da qual não é razoável responsabilizar o menor e não a idade em si. Se constituinte originário tivesse escolhido 30 anos como idade padrão, estaríamos nós vinculados? Estaria o direito constitucional cego aos avanços da psiquiatria e da psicologia, que podem, com o passar do tempo, fornecer propostas outras para o valor quantitativo adequado do critério etário? Pensar de forma contrária implica em admitir que os princípios constitucionais são, eventualmente, vazios de conteúdo e que pouco importa se prestam-se ou não a cumprir seus objetivos, devendo de toda maneira serem tidos como a dogmas.

O que se sustenta nesse trabalho é que, para mudar o valor quantitativo do critério etário proposto pela constituição é necessária uma construção lógico-científica baseada em fatos suficientemente capaz de aferir idade mais adequada apta a substituir aquela que se pretende por obsoleta. Crer que a ciência, ainda que determinando essa idade, não pode corrigir o legislador é crer que o direito não se presta a normatizar a realidade, que não se vincula a ela, podendo estabelecer o que quer que deseje pelo mero poder de estabelecer. Algo contrário aos princípios fundamentais objetivos que levaram à própria criação do direito: promover a paz social e diminuir a arbitrariedade do soberano (pouco importa se o soberano é um rei, um presidente, um corpo colegiado de representantes ou o próprio povo).

Se, por outro lado, considerássemos que o referido preceito está, a despeito dos fundamentos acima evidenciados, apto a incluir na imutabilidade a idade em si, nem por isso se pode de logo abandonar a discursão e concluir que jamais o ordenamento pátrio poderá modificar essa idade, isso porque é possível que, em algum ponto, ocorra uma mutação constitucional. Tragamos o conceito do ministro Gilmar Mendes, o principal responsável pela inserção dessa teoria no ordenamento pátrio:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. (MENDES, 2012, pg.201)

Poder-se-ia protestar com alegações do tipo: “é logicamente impossível relativizar o conceito numérico de 18 anos” ou mesmo “esse tipo de mudança não vai acontecer no direito brasileiro”. A primeira assertiva é logicamente incorreta, é que a constituição federal não definiu o que é ano, diante do que, a improvável, mas não impossível, redefinição social do conceito poderia abalar a estrutura da garantia. Se ano passar a ser entendido, por exemplo, como a metade do tempo que a terra leva para executar uma volta completa em torno do sol, o que hoje vemos como 18 anos passará a ser apenas 9, embora que com a nova denominação. A segunda alegação traz uma certeza absoluta a respeito de um futuro arbitrariamente distante, sendo igualmente indigna de crédito, pois que esse grau de certeza não pode ser conferido sequer as previsões do tempo que se prestam a antever o que acontecerá no dia seguinte. Obviamente, é forçoso reconhecer que o exemplo trazido é esdrúxulo e certamente pouco provável. Mas cumpre o seu papel, que, longe de propor com êxito o caminho mais razoável pelo qual essa mutação poderá se manifestar, evidencia a possibilidade.

Quanto à aceitação da mutação constitucional em si, não é objetivo do presente trabalho discorrer exaustivamente sobre o acerto dessa teoria, ressalte-se apenas que os argumentos sobre os quais os ministros do Supremo Tribunal Federal se apoiam são legítimos e dignos de nota.

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. (BRASIL¹⁷, 2014, p. 72)

A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. (BRASIL¹⁸, 2014, p. 73)

Por fim, para evidenciar a postura do supremo em relação ao próprio poder, citemos mais uma vez um trecho do voto do ministro ao elencar um rol de entendimentos doutrinários que se opunham à postura da suprema corte àquele momento:

¹⁷ Pode ser encontrado em: RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE ; RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

¹⁸ Pode ser encontrado em: RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE ; RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

Sucedo que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. (BRASIL¹⁹, 2014, p. 76)

E, quanto ao porquê de um dia o STF vir a ver nesse dispositivo uma possibilidade de mutação constitucional, se já não ficou suficientemente claro nas linhas acima, é suficiente dizer que, caso a realidade fática do país indique com grau suficiente de certeza que a idade ali prevista é inadequada é razoável supor que o supremo continue fazendo o que até então fez: relativizar a norma para preservar a sua coerência e aplicação a uma realidade diferente daquela a qual se destinou quando foi produzida.

Há ainda a possibilidade de levantar que o STF só pode aplicar mutação constitucional em normas formais. Mas a impossibilidade de imputação antes dos 18 anos pode perfeitamente ser vista como norma de direito formal, posto que trata de uma garantia processual, ou seja, se refere a forma e não ao conteúdo.

Resta, portanto, argumentar em linhas paralelas, que não se prendam exclusivamente à formalidade do texto constitucional, mas que avaliem também os aspectos principiológicos da Constituição e da própria existência do Direito e, *in casu*, do Direito Penal.

4.5 Também pode-se levantar com argumento a mera desnecessidade²⁰ da diminuição. Propõe-se o seguinte questionamento: “A redução da maioria penal é requisito indispensável para a punição do menor no Brasil?”(MENEZES, 2007, p.1), diante do que se pode construir o seguinte silogismo:

Premissa I: A sociedade pretende aumentar o tempo de internação dos jovens infratores.

Premissa II: As medidas sócio-educativas²¹ podem ser mudadas por legislação infraconstitucional, já que amparadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, uma lei infraconstitucional.

Conclusão: É possível aumentar o tempo de internação dos menores sem alterar a idade na qual a imputabilidade é aferida.

¹⁹ Pode ser encontrado em: RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE ; RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

²⁰ Note-se que, pelo princípio da intervenção mínima do direito penal, não seria logicamente compatível com o ordenamento a edição de norma penal desnecessária.

²¹ Ver artigos 103 e 104 do Estatuto da criança e do adolescente.

A primeira premissa parece bem sólida, pesquisas indicam que essa pretensão beira os 90%. Citem-se:

Pesquisa Datafolha mostra que caso houvesse uma consulta à população adulta brasileira a respeito da redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos, 87% votariam a favor da redução. Na comparação com levantamentos anteriores, a taxa de apoio à redução da maioridade penal oscilou três pontos e alcançou o índice mais alto da série histórica (era 84% nas pesquisas de 2006 e de 2003). Contrários a mudança na legislação são 11% (mesmo índice de 2006), indiferentes 1% e não souberam responder 1%. (DATAFOLHA, 2015, p.2)

Seguindo a seguinte metodologia, segundo o próprio instituto:

A pesquisa do Datafolha é um levantamento por amostragem estratificada por sexo e idade com sorteio aleatório dos entrevistados. O universo da pesquisa é composto pela população com 16 anos ou mais do país. Nesse levantamento realizado do dia 09 ao dia 10 de abril de 2015, foram realizadas 2.834 entrevistas em 171 municípios, com margem de erro máxima de 2 pontos percentuais para mais ou para menos considerando um nível de confiança de 95%. Isto significa que se fossem realizados 100 levantamentos com a mesma metodologia, em 95 os resultados estariam dentro da margem de erro prevista. (DATAFOLHA, 2015, p.2)

Para a Gazeta do Povo,

Enquanto 90,4% dos entrevistados são favoráveis à responsabilização criminal de adolescentes, apenas 8,3% declararam ser contra. Para 64% dos entrevistados, a redução da maioridade contribuiria para reduzir a violência. A pesquisa mostra ainda que 55% dos consultados avaliaram que a proposta deva valer para todos os tipos de crimes, mesmo delitos considerados mais leves. (DO POVO, 2015, p.1)

Embora a metodologia da segunda pesquisa citada não esteja explícita na fonte, sendo, portanto, menos confiável, pode-se vislumbrar um aspecto em comum com a primeira: a intensão manifesta de responsabilizar os menores pelas suas condutas com mais severidade.

Quanto à premissa segunda, é aceito em nosso direito, conforme o artigo 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que normas infraconstitucionais podem ser mudadas por leis posteriores, desde que cumpridos os requisitos formais. Além disso, na própria Constituição, em seu art. 61. Não havendo, portanto, dúvida a respeito dessa possibilidade.

Aceitas as premissas, a conclusão é inevitável, a menos que se consiga levantar um empecilho constitucional à possibilidade de variação das medidas sócio-educativas. Não se encontra, porém, na Constituição Federal, dispositivo que preveja essa limitação expressamente. O Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 06 de novembro

de 1992, incorporado ao ordenamento jurídico como norma de caráter supra-legal²², também não traz dispositivos capazes de presumir essa limitação. Sobre o tema, confira-se:

O art. 5º da Constituição ganha novo parágrafo, uma vez que este confere expressamente status constitucional aos tratados relativos aos direitos humanos. A doutrina, com destaque para Antonio Augusto Cançado TRINDADE (2002)653, sempre insistiu em dar aos tratados de direitos humanos status superior ao dos demais, e, em relação ao sistema jurídico nacional, equiparava-os à posição de emenda constitucional, cf. art. 5º, § 2º, da Constituição. O mesmo autor havia feito essa proposta à época da Assembleia Nacional Constituinte. Todavia, o texto final adotou apenas parte dela no § 2º do art. 5º. Isso gerou acaloradas discussões sobre o status das normas de direito fundamental na hierarquia do ordenamento jurídico nacional.

O STF, ao analisar a melhor exegese do art. 5º, § 2º, nos casos em que se discutia o conflito entre o Pacto de São José e a Constituição, optou pela interpretação que confere a esta última a primazia. (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2012, p. 287)

Que pese o fato de que o mero aumento do tempo de internação do menor apreendido não é suficiente para cumprir a função ressocializadora da pena, há um detalhe interessante a ser analisado: o benefício social do aprisionamento. Reconhecemos que colocar nesses termos pode atrapalhar a aceitação do interlocutor, porém é forçoso reconhecer que o aprisionamento, se não tivesse benefício social algum, já teria sido abolido da legislação.

Note-se aqui que, a despeito da discussão a respeito do critério correto para aferir a idade mais adequada a partir da qual seria justo considerar imputáveis os brasileiros, é perfeitamente possível coibir com eficiência igual ou mesmo maior a prática de crimes por adolescentes com uma mera mudança na legislação infraconstitucional, tornando as medidas socioeducativas mais gradativas e estendendo o prazo máximo sob o qual pode um menor ficar submetido à restrição de liberdade ou de outros direitos.

²² Tratados internacionais que tratem de direitos humanos podem ser incorporados ao ordenamento na qualidade de emenda à Constituição desde que cumpram os requisitos formais para a aprovação. Jurisprudência consolidada do STF. Julgado paradigmático: RTJ 174/335-336, Rel. Min. Celso de Mello.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É possível perceber, diante do exposto, que ainda não temos dados suficientes nos quais possamos nos basear para estabelecer um critério etário baseado em outra idade mínima de inimputabilidade. Há dados que levam a crer que os jovens brasileiros são mais maduros hoje do que em 1988, ano de promulgação da Constituição, outros, no entanto, apontam para a hipótese de que os jovens brasileiros são igualmente imaturos ou mesmo ainda mais que aqueles aos quais estão sendo comparados, de forma que se exige, para avançar nesse ponto com prudência, pesquisas sérias, em âmbito nacional, para medir o grau em que cada elemento componente do que entendemos por maturidade se manifesta em cada idade, quando poderemos finalmente elaborar uma teoria que seja baseada em fatos, como exige o rigor da norma penal, mais do que em especulações.

O mesmo se pode dizer quanto ao índice de criminalidade juvenil. Medi-lo depende de aumentar o poder fiscalizatório do estado, atualmente incapaz de registrar a autoria da maior parte dos crimes cometidos em território nacional, de modo que o fato de mais menores estarem sendo presos não implica necessariamente que mais menores estão cometendo crimes, pode significar simplesmente que estão sendo pegos com mais frequência. Além do que, em muitos países desenvolvidos, como Estados Unidos e Canadá, é comum que a criminalidade juvenil seja proeminente, e isso não ocorre porque não sejam punidos, pois o são, mas por causa, provavelmente, dos ímpetus da idade (não estamos dizendo que cometem crimes por serem jovens, mas sim que cometem mais crimes por serem jovens).

Quanto ao fato de haver países desenvolvidos com maioridade inferior à brasileira, há que se avaliar se essa menoridade precoce é compatível com a sua cultura, pois que a maturidade se desenvolve diferentemente em culturas distintas, no nosso caso, já sustentamos que ainda não há elementos suficientes disponíveis para tomar essa conclusão, além disso, mostramos em uma análise gráfica global, que não há relação direta entre diminuir a maioridade e diminuir os índices de criminalidade, de forma que essa medida não parece ser razoável para esse fim.

Também sustentamos que aumentar a punição dos crimes em uma sociedade de elevada impunidade é uma medida inócua no combate à criminalidade, que nos parece ser o principal objetivo da legislação penal, isso porque, economicamente, a penal real seria a pena abstrata multiplicada pela probabilidade de condenação, e, levando em conta que o aumento da pena abstrata tem o limite superior em 30 anos, não seriam observáveis, na realidade

brasileira, diferenças aptas a dissuadir o comportamento criminoso, então mudar a classe dos menores infratores de inimputáveis para imputáveis não será uma medida apta a cumprir a função pretendida pelos proponentes da medida, qual seja: punir mais severamente as condutas mais indesejáveis.

Conclui-se que não é compatível com a ideia de *ultima ratio* diminuir a maioria penal sem que se diminua a maioria geral (admitindo-se, obviamente, exceções cujo objetivo não seja propriamente de pressupor incapacidade civil, mas de exigir uma capacidade qualificada, como é o caso da elegibilidade para presidente), isso porque o campo de incidência do direito penal deve estar completamente contido no campo de incidência do direito civil e de qualquer outro ramo, sob pena de ferir-se o seu caráter fragmentário.

Mostramos que o baixo índice de reincidência dos menores submetidos à medidas sócio-educativas se comparados aos adultos submetidos ao sistema de execução penal indica a maior capacidade recuperativa desse primeiro sistema, o que é altamente desejável para sociedade, que almeja a diminuição da criminalidade.

Demonstramos que a escolha do critério etário é ótima porque maximiza a segurança jurídica, posto que de aferição meramente documental, ao mesmo tempo que observamos as inconveniências de se admitir excepcionalidades à esse critério no atual contexto da sociedade brasileira, posto que a admissão dessas exceções poderia levar a diminuição da eficiência da justiça penal, algo que não se pode tolerar posto que essa eficiência já é muito baixa, sem o correspondente aumento da eficácia, já que, por hipótese, só a minoria dos casos levaria a admissão da excepcionalidade, sob pena de a idade escolhida como paradigma etário estar inadequada.

Entendemos que o número 18 não está albergado pelo manto das cláusulas pétreas, posto que o direito individual garantido pela constituição é o de que aqueles considerados incapazes sejam inimputáveis, o número 18 nada mais é do que o critério utilizado para aferir essa incapacidade, de forma que o critério pode ser mudado para se adequar à evolução social sem ferir, de forma alguma, o mandamento constitucional da imutabilidade das garantias e direitos fundamentais, desde que respeitando os limites da proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, chegamos à conclusão que emendar a Constituição com o fim de alterar a penalidade máxima à qual os menores podem ser submetidos é desnecessário, visto que essa

limitação é de ordem infraconstitucional, diante do que poderia ser mudada por uma lei posterior, redefinindo os limites e os critérios nos moldes do que seja considerado razoável e conveniente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCILOY, Hildebrando, SILVA, G. E. Do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. Ed. 20. Saraiva. 2012.

ALCÂNTARA, Gustavo Kenner e BORGES, Alexandre Walmontt. A imputabilidade penal flexível e as normas protetivas de direitos fundamentais – possibilidade de alteração da menoridade penal em face da Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo científico. Universidade Federal de Uberlândia. 2008.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 5 ed. Tradução: Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros. 2006.

BANDEIRA de MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução por J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999.

BITENCOURT, César roberto. Tratado de direito penal. V.1. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Ministério Público é contra a redução da maioria, saiba por quê. Ministério Público do Estado do Paraná. Acesso em 02 de dez de 2015. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=5471>>

BRASIL. Parecer da comissão de constituição, justiça e cidadania sobre as Propostas de Emenda à Constituição nºs 20, de 1999, 90, de 2003, 74 e 83, de 2011, 33, de 2012 e 21, de 2013, que alteram as redações dos arts. 14, 129 e 228, da Constituição Federal. Relator sen. Ricardo Ferraço. Brasília. 2013. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAAahUKEwjppIaosfXIAhXGCpAKHRoLCbs&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.gov.br%2Fatividade%2Fmateria%2FgetTexto.asp%3Ft%3D138540&usg=AFQjCNFTYwqwotYtP-rTpe0hdNKGqgy6dg&sig2=7rZr818x2XfkVKsv4lATow>>

BRASIL. Presidência da república, Secretaria de direitos humanos. 2012. Brasília. Publicado em 2014. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiC1f_d4qvJAhWDJZAKHTXrDKwQFggoMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.sdh.gov.br%2Fassuntos%2Fcriancas-e-adolescentes%2Fpdf%2Flevantamento-sinase-2012&usg=AFQjCNFsMHEwdnrXsjj4CKroaHQy7DCNw&sig2=IHDDqpt7f5YQNwj9-KnZyw>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335 Acre. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de direito da vara de execuções penais da comarca do Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. 20 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - Habeas Corpus : HC 107638 PE. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 370.682-9 de Santa Catarina. Min. Ilmar Galvão. Acesso em 30 de jan. de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-jun-25/stf_confirma_retroatividade_ipi_aliquota_zero?pagina=3

BRASIL. STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS : RHC 7698 MG 1998/0039145-2. Disponível em : <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19811224/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7698-mg-1998-0039145-2>

CARLOS, Roberto C. Jornalismo sem pautas viciadas!. Cresce o número de adolescentes grávidas no Brasil. 2013. Acesso em 04/11/2015. Disponível em: <https://robertocarlosc.wordpress.com/2013/01/18/cresce-o-numero-de-adolescentes-gravidas-no-brasil/>

CABRAL, Gustavo César Machado. Parlamento altivo? Notas sobre a agenda conservadora da 55ª legislatura da câmara dos deputados (inédito)

DA SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 6, p. 541-558, 2005.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 4, p. 23-51, 2006.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 2009.

DATAFOLHA. Maioridade Penal. Acesso em: 18 nov. 2015. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/04/24/maioridade-penal.pdf>

DALLARI, D. de A. A razão para manter a maioridade penal aos 18 anos. In: BULHÕES, A. N. A. (et al). A Razão da Idade: Mitos e Verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.

DO POVO, Gazeta. Vida e Cidadania. 90% apoiam a redução da maioridade penal. Acesso em 18 nov. 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/90-apoiam-reducao-da-idade-penal-c8e24o0vlosyway5n00aryvi#ancora>

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría do garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibanéz et al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. v. 2. Madrid: Trotta, 2007.

FINKELHOR, D. Mitchell, WOLAK J. e SABINA Chiara. Rapid Communication: The Nature and Dynamics of Internet Pornography Exposure for Youth. Cyber psychology &

behavior. Volume 11, Number 6, 2008. Disponível em:
<<http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV169.pdf>>

FRAGA, Érica e TUROLLO JR. Reynaldo, 07/06/2015, 2hr. Folha de São Paulo. Brasil revê maioria penal sem ter mapa da criminalidade juvenil. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1638659-brasil-reve-maioridade-penal-sem-ter-mapa-da-criminalidade-juvenil.shtml>>

GIKOVATE, Flávio 2015, p.1, acesso em 23 de nov. de 2015. Disponível em: <
<http://flaviogikovate.com.br/como-definir-maturidade-emocional/#more-3022>>

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Ana. “Direito penal” do inimigo e os inimigos do direito penal. 2005. Artigo científico. Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal parte geral. V.1. Impetus. Ed. 12. Rio de Janeiro. 2010

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, T. Leviatã. Trad: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IHERING, Rudolf von. A Luta pelo direito. Trad. João Vieira Araújo. São Paulo: Martin Claret. 2002.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Trad. Artur Morão. Edições 70. Lisboa, Portugal. Ed. 1. 1995.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Tradução de: Afonso Bertagnoli. São Paulo. 1959 Edição digital. 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa, Portugal. 1 ed. 2007.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 1 ed. Martins Fontes. São Paulo. 1999.

MARICONDI, Maria Angela (Org.) et al. Falando de Abrigo. São Paulo: FEBEM, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Ciro Calheira. Discutindo a redução da maioria penal. Artigo científico. 2007. COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Direito e Economia. 5 ed. Porto Alegre. Bookman. 2010.

MORTARI, A. César. Introdução à lógica. UNESP. 1º ed. São Paulo. 2001.

NAKANO, Nádia. Adolescentes em conflito com a lei: reflexões acerca da responsabilidade penal e a problemática quanto a redução da idade penal. Artigo científico. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. São Paulo. 2005.

NEWTON, Roger G. A Verdade da Ciência. 1ed. Dinalivro, 1999.

NOLASCO, Bruno de Matos Ávila. Economia política e direito. Artigo científico. Universidade Federal Fluminense. 2012.

NORTH, Douglass Cecil. Institutions, Institutional change and economic performance. 1 ed. Cambridge University Press. 1990.

PEC - Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012, disponível em:

<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=715#pec_33> Acesso em: 09 de out. De 2015.

PARNAÍBA, Guilherme e OLIVEIRA, Junia. Cresce número de adolescentes que cometem crimes para ostentação. 2014. Acesso em: 23 de nov. de 2015. Disponível em:

<http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/03/21/interna_gerais,510290/cresce-numero-de-adolescentes-que-cometem-crimes-para-ostentacao.shtml>

POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Trad. Eduardo I. Suarez. 2 ed. México. 2007.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. [Brasília]. Supremo Tribunal Federal. v. 215. Jan de 2011, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/215_1.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Social, v. 14, 2004.

SERRETTI, André Pedrolli. A função dos princípios penais constitucionais para a teoria do garantismo penal. 2009. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/1895.pdf>

SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THIERRY ,Moreau, « Belgique / La responsabilité pénale du mineur en droit belge. », *Revue internationale de droit pénal* 1/2004 (Vol. 75) , p. 151-200, disponível em:

<<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2004-1-page-151.htm>>

ZIEGLER, Maria Fernanda e BALMANT, Ocimara. Saúde-minha saúde. Em dez anos, suicídio de crianças e pré-adolescentes cresceu 40% no Brasil. 2014. Acesso em: 04/11/2015. Disponível em: <<http://saude.ig.com.br/minhasaude/2014-09-10/em-dez-anos-suicidio-de-criancas-e-pre-adolescentes-cresceu-40-no-brasil.html>>