

4.6 Da inconstitucionalidade da redução da maioria penal

Josué de Matos Ferreira

Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Ubá/MG – UNIPAC. Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



Josué de Matos Ferreira

“É MELHOR prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida”.

Cesare Beccaria

1. Introdução

Movida pelo clamor e profunda comoção social, atrelada aos auspícios de um pensamento massificado pela mídia, é recorrente a intenção de alguns parlamentares – ao menos em discurso – à redução da maioria

penal.

Trata-se de resquícios de um direito penal máximo, que vem perdendo força, progressivamente, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, substituído por medidas de reeducação social, atreladas a políticas públicas sociais e de descriminalização de condutas.

Essa nova mentalidade vem evoluindo desde o pensamento de Michel Foucault e Cesare Beccaria, propondo uma reflexão acerca da legitimidade do *jus puniendi* e da efetividade da pena. Muito evoluiu a civilização humana no que se refere ao abandono das penas cruéis. Constatou-se que, apesar de a dosimetria da pena necessariamente dever ser conjugada à lesividade e gravidade da conduta praticada¹, muito mais importante o aspecto ressocializador e reeducador da intervenção ativa do Estado em face da prática delituosa (incluindo aqui tanto a pena quanto as medidas protetivas e socioeducativas) do que a gravidade do “castigo” aplicado.

Nosso ordenamento pátrio não deixou de acompanhar tal evolução. Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, cujo corpo de direitos individuais e sociais fez com que fosse conhecida como “Constituição Cidadã”, foram editados diversos diplomas normativos com essa nova mentalidade. Notadamente a lei dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/95) e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), associados à reforma da parte geral do Código Penal (que autoriza, e, g., a substituição da pena privativa de liberda-

de por restritiva de direitos), são sinais do rumo tomado pelo legislador brasileiro.

Entretanto, como, em se tratando de uma sociedade capitalista e consumista, mais aparentemente fácil é isolar, marginalizar, excluir, segregar, que efetivamente compreender, trabalhar e transformar condutas, a sociedade não tem alcançado a plena aceitação dessa nova política criminal. Diante das alternativas de reeducar um infrator ou depositá-lo à margem do convívio social, infelizmente a sociedade não titubeia em optar pela segunda.

Não obstante esses e outros desvalores sociológicos e filosóficos que renderiam uma discussão infinitamente mais aprofundada sobre o tema², o presente artigo se propõe a uma análise jurídica acerca da possibilidade ou não da redução da maioria penal no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Da origem do direito de punir

O estado natural do homem, de fato, era a plenitude de sua liberdade sem qualquer limitação ou restrição. O exercício desta era pleno, de forma que a sua vontade e seus desejos sofriam apenas as limitações naturais de suas ações, como as leis da física, por exemplo. Legítima era ao homem qualquer conduta, pois esta dependia exclusivamente de sua vontade individual.

Mas o ser humano não se satisfaz com o isolamento. Ele é eminentemente um ser social. E, assim, passou a atender à necessidade de agrupar e, juntamente com semelhantes seus, estabelecer a sociedade.

Entretanto, com esse novo modelo – a transição da vivência, para a convivência – suas liberdades individuais passaram a se conflitar com as dos demais integrantes do meio social. Pois cada um buscava a obtenção de seus interesses particulares, muitas vezes opostos aos dos interesses dos demais.

Passou a ser necessária a limitação dessas liberdades para

a viabilização da vida em comunidade. Para tanto, os homens viram-se obrigados a delegar parte delas, de forma isonômica, por meio de um instrumento hábil que é a norma.

Para a elaboração dessa norma, a sociedade humana viveu as mais variadas formas de governo, de estruturação socioeconômica e de tentativas de se justificar a titularidade do poder de editá-las. Desde a antiguidade até a modernidade, passando pelos sistemas feudais, pela formação do estado absolutista, chegando à moderna concepção do estado democrático de direito, muito mudou, à exceção da necessidade de se limitarem as liberdades individuais. Essa norma, expressão dos valores sociais, para que surta o efeito de regramento de condutas deve ser um comando imperativo, obrigatório, irresistível. Para tanto imprescindível a coerção inibitória das condutas avessas ao ordenamento normativo posto. Surge então, em favor do estado (hoje seu titular exclusivo), o *jus puniendi*, ou direito de punir.

3. Da manutenção dos direitos mínimos

Como já apontado, a delegação da liberdade individual é parcial. Essa proporcionalidade entre as liberdades conservadas e delegadas variou conforme os sistemas de organização social adotados ao longo da evolução da civilização humana. Partiu-se de uma quase negação absoluta a eles, até um sistema de garantias mais aprimorado e ampliado.

A edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, entre outras de natureza semelhante, vieram como uma tentativa da comunidade internacional a coibir, na ordem interna dos países que compõe o Globo, os ordenamentos que subtraem excessiva parcela de liberdades individuais e deixam o cidadão absolutamente sujeitado. Embora, ainda hoje, encontremos sistemas jurídicos em que o indivíduo vê subtraída a quase totalidade de suas liberdades mínimas.

O sistema de garantias no Brasil, autodenominado Estado Democrático de Direito, é aquele previsto em sua Norma Fundamental, como um rol de garantias do cidadão em face do Estado, ou seja, liberdades individuais deste em detrimento dos interesses da coletividade, chamados Direitos Individuais⁵.

A esses direitos, pela sua essencialidade à democracia e à dignidade humana (princípio fundamental da República Federativa do Brasil, art. 1º, inc. III CR/88), a Constituição estabeleceu *status* de imutabilidade, vedando ao legislador constituinte derivado emendas constitucionais tendentes a aboli-los (art. 60, §4º, inc. IV). Estão, portanto, incluídos no rol das chamadas cláusulas pétreas.

Absolutamente necessária a intangibilidade dos direitos individuais pelo Poder Reformador, para coibirem-se atentados contra a cidadania, como os ocorridos durante a ditadura militar no Brasil, e peculiares aos regimes autocráticos na história da formação dos povos.

Assim, dedica a Constituição Brasileira um Capítulo aos denominados *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* e consagra em seu art. 5º que "Todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade..." Entretanto, o rol de direitos individuais não se limita aos previstos no artigo ou mesmo no capítulo retrocitado, conforme poder-se-ia concluir através de uma leitura superficial do texto constitucional.

Nesse sentido têm-se posicionado tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria. Alexandre de Moraes afirma "Relembre-se que o rol do art. 5º é exemplificativo, existindo outros direitos e garantias individuais espalhados pela Constituição Federal e, consequentemente, existindo outras cláusulas pétreas com base no art. 60, § 4º, IV. CF. ..." ^{4; 5}

Como, pois, identificar se um determinado dispositivo constitucional consiste em um direito individual? O próprio conceito e origem destes direitos, traçados linhas atrás, apontam-nos a direção para tal operação. Em complementação a esses fatores, o *caput* do art. 5º delineia quais os direitos individuais básicos (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade) sendo, portanto, os demais, derivações destes, tais como os previstos nos incisos do supracitado artigo. O direito de liberdade de pensamento e crença (inc. VI) como derivação do direito à liberdade, o de isonomia entre homens e mulheres (inc. I) como derivação do direito à igualdade, e assim por diante.

Podemos concluir, portanto, que serão direitos individuais aqueles cujas normas estabeleçam liberdades públicas – negativas contra a atuação do Estado na esfera individual e positivas como dever do Estado em torná-las eficazes – que derivem de um dos cinco direitos básicos previstos no *caput* do art. 5º da CR.

4. Da norma constitucional de fixação da inimputabilidade penal

Prevê o art. 228 da Constituição da República: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."

A norma acima transcrita impõe exceção ao *jus puniendi* do Estado aos menores de 18 (dezoito) anos de idade. Ou seja, impede ao Estado que atue na esfera individual dos cidadãos que não tenham atingido tal idade, restringindo a sua liberdade (física e patrimonial) a fim de compeli-los a se absterem de determinadas condutas postas (normas penais típicas) no ordenamento jurídico.

Ora, como é de concluir, não obstante não esteja no bojo do art. 5º, trata-se claramente de uma liberdade individual dos menores de dezoito anos, contra a atuação do Estado, que se deriva diretamente do direito individual básico à liberdade. Assim sendo, em se tratando de direito individual é imutável, não podendo ser objeto de emenda constitucional, como pretendem frequentemente os legisladores pátrios.

Estamos aqui alinhados com a lição de Alexandre de Moraes, em sua obra *Direitos Humanos Fundamentais*, quando após demonstrar que, não obstante a imputabilidade penal em limite etário aquém dos dezoito anos não contraria a Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, afirma:

Essa previsão transforma em especialíssimo o tratamento dado ao menor de 18 anos em relação à lei penal. Dessa forma, impossível a legislação ordinária prever responsabilidade penal aos menores de 18 anos.

A questão, todavia, deve ser analisada em seu aspecto mais complexo, qual seja, a possibilidade de alteração constitucional que possibilitasse uma redução da idade geradora da imputabilidade penal. Seria possível uma emenda constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, para alteração do art. 228?

Entendemos impossível essa hipótese, por tratar-se a inimputabilidade penal, prevista no art. 228 da Constituição Federal,

de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em Juízo, tampouco poderem ser responsabilizados criminalmente, com conseqüente aplicação de sanção penal.

Assim, o art. 288 da CF encerraria hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, constitucionalistas de renome, incluindo a Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, têm-se posicionado contrariamente à redução da maioria penal, por entendê-la inconstitucional.

5. Conclusão

Assim, embora, o urgir da sociedade por soluções e políticas de segurança pública deságüe no clamor público pela redução da maioria penal, através da manipulação da mídia e de uma compreensão parca da própria sociedade brasileira e

suas crises como um todo, isso é juridicamente impossível em nosso ordenamento pátrio.

O legislador constituinte, em um momento de sabedoria e iluminação, não omitiu a questão da limitação etária à imputabilidade penal no texto da Norma Fundamental Brasileira, protegendo-a contra políticas imediatistas, irrefletidas e certamente equivocadas de alguns defensores da alteração constitucional mencionada.

Dessa feita, o esforço empreendido em um discurso eivado de inconstitucionalidade adotado por tantos em nosso contexto social deveria – não combatido, mas redirecionado –, buscar uma compreensão do problema da falta de segurança pública em que vive a sociedade brasileira. Perseguindo a aplicação efetiva das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma norma reconhecidamente avançada na defesa dos direitos e imposição dos deveres à criança e ao adolescente pela condição peculiar de pessoas em desenvolvimento em que se encontram.

Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

Notas

¹ “Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir.” BECCARIA, Cesare.

² Para um aprofundamento no tema sob este aspecto, indicamos a obra de João Batista Costa Saraiva, denominada: *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*.

³ “Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado. É um dos componentes mínimos do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial. Estas liberdades públicas dizem respeito, ao menos num primeiro momento, a uma inibição do poder estatal ou, se preferirmos, a uma prestação meramente negativa. É dizer, o Estado se exonera dos seus deveres nesses campos, abstendo-se da prática de certos atos. Dissemos num primeiro momento porque hoje as coisas já não se passam exatamente assim. Ao Estado não compete tão-somente deveres de abstenção, mas também deveres de prestação ...” BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 333

⁵ Sobre o tema e sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, o mesmo autor expõe na seguinte obra: **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 297.