

Garantismo constitucional e democracia: o dilema da maioria penal e da proteção integral da criança e do adolescente

The warranty constitutional paradigm and democracy: the dilemma of the age of criminal responsibility and the integral protection of children and adolescents

RICHARDSON HERMES BARBOSA CHAGAS

Acadêmico de Direito no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Pesquisador de Iniciação Científica, tendo já defendido trabalhos em diversos eventos nacionais e internacionais. Monitor das Disciplinas de Direito Constitucional no Curso de Direito do UNASP
richardsonchagas@gmail.com

DILSON CAVALCANTI BATISTA NETO

Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Advogado
dilson_net@yahoo.com

RESUMO A democracia é para muitos o ideal de governo consagrado pela supremacia da soberania popular. Contudo, ao mesmo tempo em que a democracia pode ser considerada como um ideal de governo popular, verifica-se que é um modelo limitado pelos pré-compromissos, e pela valorização das garantias individuais. Assim, surge o conflito entre democracia e constitucionalismo, entre soberania popular e a obediência a pré-compromissos constitucionais, revelando a identidade democrática

da Constituição. Em meio a esse panorama, insere-se a discussão acerca da maioria penal, quando vista sob o plano de uma garantia constitucional. Por possuir tal natureza de garantia, a discussão passa a ser qual a medida mais democrática a ser adotada: a redução da maioria com a consequente prevalência da soberania popular e independência entre gerações; ou sua manutenção e respeito aos pré-compromissos constitucionais, mesmo que de forma contramajoritária. Uma leitura a partir do garantismo leva a uma tendência em optar pela manutenção da maioria penal. Principalmente ao considerar os estudos de Ferrajoli no qual se estabelece que as garantias devem ser mantidas fora do alcance das maiorias denominando de esfera do não decidível.

Palavras-chave: DEMOCRACIA; GARANTIAS INDIVIDUAIS; MAIORIDADE PENAL; GARANTISMO CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT Democracy is for many the ideal of government enshrined by the supremacy of popular sovereignty. However, while that democracy can be regarded as an ideal of popular government, it appears that is a limited model by pre-commitments, and the appreciation of individual warrants. Thus, arises the conflict between democracy and constitutionalism, between popular sovereignty and obedience to constitutional pre-commitments, revealing the democratic identity of the Constitution. Amidst this scenario, is part of the discussion about the criminal age of responsibility, when viewed under the plan for a constitutional warrant. By having such a nature of warrant, the discussion becomes what is the most democratic measure to be adopted: the reduction of the age of criminal responsibility and the consequent prevalence of popular sovereignty and independence between generations; or maintenance and respect for constitutional pre-commitments, even if contramajoritária way. A reading from the Warranty Constitutional Paradigm leads to a tendency to opt for maintaining the criminal age of responsibility. Especially when considering the Ferrajoli studies which establishes that the warrants should be kept out of the reach of majorities calling sphere of undecidable.

Key-words: DEMOCRACY; CONSTITUTIONAL WARRANT; AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY; THE WARRANTY CONSTITUTIONAL PARADIGM.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, muito se discute a respeito de diversos assuntos que revelam o paradoxo existente na democracia, que é a tensão entre o constitucionalismo e o desejo de mudanças por parte de maiorias sociais. Pode-se pensar tal tensão por meio da dicotomia entre pré-compromissos constitucionais e o exercício da soberania popular.

Tal paradoxo merece a mais detida atenção, pois a democracia é um ideal de governo cuja característica mais notável é a soberania da vontade popular. Porém, ao mesmo tempo, tem como grande ideal a existência de um governo limitado no exercício do poder, inclusive limitando o exercício da soberania popular.

A tensão que existe entre democracia e constitucionalismo ganha destaque quando se discute temas referentes à opinião popular em confronto com algum pré-compromisso constitucional. É o caso das garantias constitucionais que, no ordenamento pátrio, receberam tratamento de cláusulas pétreas. Ou seja, receberam proteção contra toda e qualquer forma de redução de seu conteúdo.

No Brasil, tal tema ganha especial relevo, já que existe uma discussão em torno da redução da maioria penal, na qual é questionada se a inimizabilidade aos menores de 18 anos de idade se trata de uma garantia constitucional e se pode ser alterada. Esse problema não deve ser tratado somente com argumentos das decorrências fáticas da punição de jovens, ou mesmo com o simples discurso técnico jurídico, mas através de uma abordagem relacionada com elementos essenciais da concepção democrática de Estado.

Com o fim de apresentar e discutir o paradoxo da democracia em relação à maioria penal, o presente trabalho é dividido em duas partes que se dividem em alguns subtópicos.

Na primeira parte, apresenta-se a discussão acerca da democracia, mais especificamente o conflito entre esta e o Constitucionalismo. Partindo das ideias de Jefferson e Madison, em que o primeiro acredita na democracia fundada no ideal de liberdade intergeracional, e o segundo defende o zelo pelos pré-compromissos constitucionais, expõe-

-se o “garantismo constitucional” de Ferrajoli. Ainda na primeira parte, busca-se relacionar a maioria penal como uma das garantias fundamentais insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil que adotou a doutrina da proteção integral do menor.

Na segunda parte, partindo da concepção do “garantismo constitucional”, demonstra-se que a inimputabilidade penal aos menores de 18 anos de idade é um pré-compromisso que não pode ser quebrado, ainda que diante de apoio de maiorias políticas. Além de argumentos técnicos constitucionais, o presente trabalho busca demonstrar que a redução da maioria pode minar a estrutura de pré-compromissos essenciais para a saúde da democracia no Brasil.

DISCUSSÃO ACERCA DA DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE DO CONFLITO DA DEMOCRACIA COM O CONSTITUCIONALISMO

A democracia aparece como um dos modelos que mais se aproximaram daquilo que o homem sempre buscou como fórmula para tutela e suas liberdades. Na “fórmula democrática, a decisão política encontra sua origem genética nos destinatários do poder do povo, no povo” (CAGGIANO, 2011, p. 7-8). Ou seja, a democracia é mais bem definida a partir da célebre e conhecida frase que afirma ser ela “o governo do povo, pelo povo e para o povo”. O que reflete a necessidade de que as decisões venham a traduzir a vontade da comunidade.

Contudo, Monica Caggiano (2011, p. 8) aduz que a Democracia baseia-se na perpetuidade de suas instituições, que se dá, sobretudo, no desenvolvimento do constitucionalismo. Entretanto, conforme estabelecido pela autora supracitada, revela-se, com isso, a difícil relação existente entre constitucionalismo e democracia. Tal relação tem como síntese a ideia de governos limitados e regidos por uma Constituição escrita, com capacidade para limitar até mesmo a maioria democrática.

Essa difícil relação existente entre constitucionalismo e democracia é chamada por Frank Michelman de “paradoxo da democracia”. Segundo Cristina Consani (2013, p. 75), o constitucionalismo é o ideal de um governo limitado pela lei e que tem como escopo a proteção dos

direitos e garantias individuais e fundamentais. Enquanto que a democracia traz a ideia de governo cujo ideal é abrigar a vontade do povo como soberana.

No entanto, para pensadores como Thomas Jefferson, o ideal de democracia repousa no autogoverno popular, como preceito fundamental da república.

Segundo Jefferson (1964, p. 118):

Cada geração é tão independente da que a precedeu como esta de todas as outras que passaram antes. Ela tem, pois, como as outras, o direito de escolher para si a forma de governo que acredita promover sua própria felicidade, conseqüentemente, de acomodar-se às circunstâncias em que se encontra e que recebeu de seus predecessores; e é para a paz e o bem dos homens que uma solene oportunidade de fazer isso a cada dezenove ou vinte anos deve ser estabelecida na Constituição, de modo que possa ser transmitida, com reparos periódicos, de geração a geração até ao fim dos tempos.

Cristina Consani (2013, p. 76) aponta que Thomas Jefferson entendia a Constituição como sendo além de uma mera “restrição ao governo do povo ou da maioria, mas como instrumento e condição da liberdade de ação popular”. Portanto, por entender a Constituição de tal modo, é inconcebível, para ele, imaginá-la como forma restritiva ao poder popular, que era, no entanto, a visão sustentada por James Madison.

O entendimento do povo como a fonte legitimadora de todo o poder, entendendo que somente dele pode provir a Constituição, é um ponto de concordância entre os dois autores, contudo, discordam em quase todo o restante. Destaca-se que Madison entende que: a liberdade está em se ter um governo estável, e não se deveria subordinar à vontade do povo, questões constitucionais de relevância, afinal isso “traria perigo de perturbar a tranquilidade pública pelo estímulo excessivo das paixões públicas”; como também teve a preocupação maior com a necessidade de haver maior controle entre os poderes, e

quanto à forma de se colocar limites à supremacia da vontade do povo (CONSANI, 2013, p. 76).

A relação entre constitucionalismo e democracia é, na verdade, uma relação de tensão e necessidade, haja vista que, como preceitua Godoy (2011, p. 1), não existe constitucionalismo sem democracia, da mesma sorte que é impossível haver democracia – numa perspectiva moderna – sem o constitucionalismo. Muito embora pareça, à primeira vista, haver uma relação dada entre esses conceitos, quando melhor observados, vê-se que se trata de um conflito impossível de resolver.

A democracia entendida como governo soberano do povo encerra em si uma tensão ante o constitucionalismo compreendido como primado da lei, da Constituição. Nesse sentido, a relação entre constitucionalismo e democracia remete a outra que está na sua base, qual seja soberania e poder constituinte. É na Modernidade que a democracia é tida como governo do povo - governo da maioria. Com isso, altera-se a ideia de soberania, que passa a ser popular, e também a partir daí caberá ao povo à tarefa de se auto legislar e fundar a ordem normativa que regerá a sociedade – a Constituição. A Constituição, no entanto, só adquire um sentido perene se situada num ambiente democrático, e a democracia só se realiza se estiver protegida e albergada pela Constituição (GODOY, 2011, p. XIII).

Michel Godoy (2011, p. 8) também destaca que o que torna tal discussão tão pertinente é o fato de que o pensamento político moderno encontra na democracia e no constitucionalismo seus principais fundamentos. De um lado, o constitucionalismo trazendo seu ideal de limitativo do poder do Estado em favor das liberdades individuais, e, de outro, a democracia com a preocupação de inserir os cidadãos nos processos decisórios políticos.

Baseado nesse destaque, Stephen Holmes (1999, p. 1) ressalta que o constitucionalismo chega, inclusive, a ter natureza antidemocrática, desde que olhado com uma perspectiva de que a Constituição tem como

função básica a retirada de decisões das mãos do povo. Como afirma o autor, “es decir, atar las manos de la comunidad”.

José de Macedo (2011, p. 9), sustenta que essa ideia se explica quando se observa o fato de que o constitucionalismo teve origem nas lutas contra o absolutismo, e desse ponto, o constitucionalismo tem como escopo a limitação de poder, o que aproxima o constitucionalismo do ideal liberal. Nesse sentido, uma das formas de limitação do poder é o estabelecimento de pré-compromissos que devem proteger dispositivos constitucionais diante, inclusive, das maiorias sociais.

Para fins de ilustração, uma noção de pré-compromisso pode ser retirada do conto de Homero na Odisseia, na qual o Odisseu (Ulisses) pede aos seus homens que o amarrassem no mastro do navio, pois queria ouvir as vozes das sereias. No entanto, faz importante a ressalva para os seus homens (que não poderiam ouvi-las, pois deveriam estar com os ouvidos tampados), de que embora ele pedisse para ser desamarrado, eles não o soltassem, amarrando-o com cordas a mais, para que ele ficasse cada vez mais preso¹ (HOMERO, 2009, p. 214).

É importante observar, com isso, a ideia de abdicação de poder, que traz consigo o problema do paradoxo da democracia. É vacilante e ineficiente uma sociedade sem limites, que pode a qualquer tempo modificar as regras do jogo democrático, bem como fazer alterações no seu governo, sem que haja limitações de qualquer natureza. Por sua vez, uma sociedade com limitações (pré-compromissos) tem mais chances de alçar o sucesso, e ser mais eficiente (MACEDO, 2011, p. 14). Por essa razão, a Constituição tem a essência de limitar o poder do Estado. Isso devido ao fato de que, segundo Holmes (1999, p. 2):

Los ciudadanos de hoy son míopes; tienen poco dominio de sí mismos; son lamentablemente indisciplinados y siempre tienden a sacrificar principios perdurables em

¹ “O que a deusa das deusas me predisse, Para informados ou morrermos todos Ou da Parca fugirmos. Das Sereias Evitar nos ordena o flóreo prado E a voz divina; a mim concede ouvi-las, Mas ao longo do mastro em rijas cordas. E se pedir me desateis, vós outros De pés e mãos ligai-me com mais força” (HOMERO, 2009, p. 214).

aras de placeres y beneficios inmediatos. Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esta miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse a unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con sus propios pies.

A Constituição deve ser vista não como um fator limitador do exercício democrático, mas como uma segurança de que o exercício desse poder democrático não levará o povo a rumos estranhos àqueles pretendidos quando selaram o pré-compromisso constitucional. Assim como Ulisses precisou ser amarrado para que não levasse o navio a pique, a Constituição limita o povo para que este não destrua a própria democracia.

Além disso, há de se considerar o fato de o ser humano ter naturalmente a tendência de querer abusar do poder que recebe. Por essa razão, surge a necessidade de existência de um regime político que viesse a tutelar os direitos individuais de cada cidadão, pois somente dessa forma eles estariam protegidos (GODOY, 2011, p. 11).

No entanto, Madison define uma forma de governo representativo em que o principal objetivo é evitar a tirania trazida pelas maiorias que se juntam em unidade de desígnios e paixões, que possam vir a agir contrários aos interesses da sociedade, sobretudo, atentando contra direitos individuais, de outros grupos. Jefferson, contudo, diz que essa forma de governo é um republicanismo, e não uma democracia, em que o povo se administra por si mesmo (CONSANI, 2014, p. 59).

Jefferson tentava incorporar uma noção menos elitista ao modelo constitucional norte-americano, que visava maior igualdade na forma de eleição de representantes, tudo isso por considerar que uma Constituição deveria assegurar acima de qualquer coisa o autogoverno do povo. Tal ideal fundamentava-se na “crença do progresso humano e na

consequente oportunidade de cada geração aperfeiçoar as instituições estabelecidas pela geração passada” (CONSANI, 2014, p. 61-62).

Ademais, Thomas Jefferson (1964, p. 83) considerava que cada geração deve ser livre em suas decisões, pois, cada geração tem direito de escolha de sua forma de governo, que bem lhe aprouver, bem como de amoldar as circunstâncias que recebeu da geração que precedeu. E é para a pacificação de toda a sociedade que uma solene oportunidade de fazer isso deve surgir a cada dezenove ou vinte anos, com o objetivo de fazer reparos periódicos, de geração a geração, até o fim dos tempos.

O pensamento de Jefferson seguia essa linha por não entender a Constituição como uma maneira de impor restrições ao governo do povo ou da maioria, e sim como um “instrumento e condição de liberdade de ação popular”, por isso a importância de que cada geração seja livre para inclusive estabelecer uma nova Constituição, pois isso seria o exercício máximo de sua liberdade (CONSANI, 2013, p. 76).

Madison concorda com Jefferson quanto ao fato de o povo ser a única fonte legítima do poder, e que esse poder deve ser emanado através da Constituição. No entanto, discorda quanto à Constituição ser um instrumento de liberdade, pois entende que um governo estável é a própria condição de liberdade, por isso se preocupa em estabelecer pré-compromissos que engessam a Constituição com relação a determinados assuntos. Nesse sentido, Consani (2014, p. 89) afirma que tal posição mais libertária da Constituição equivale a atar as mãos das gerações futuras e lhes tirar o direito de decisão. Luigi Ferrajoli (2015, p. 70) entra nessa discussão entre direito e democracia trazendo uma proposta de leitura, a partir da visão do garantismo constitucional. Suas ideias são discutidas no tópico seguinte.

A tensão existente entre constitucionalismo e democracia a partir da visão do garantismo constitucional

Luigi Ferrajoli (2015, p. 12) ao falar acerca do tratamento que se deve dar às garantias e direitos individuais, alega que todo e qualquer avanço que tenha se dado no sentido de tutelar direitos e garantias individuais por meio da Constituição, na verdade, decorre de movimentos

históricos que resultam de transformações em conceitos fundamentais em concepções teórico-filosóficas de uma comunidade.

Tais movimentos crescem, sobretudo, nos momentos de crise, em decorrência da experiência vivenciada diante dos absurdos cometidos contra a humanidade e a dignidade humana, o que se deu, por exemplo, após a segunda grande guerra mundial. De acordo com Ferrajoli (2015, p. 12), foi nessa ocasião que se ganhou força o principal marco do constitucionalismo: a ideia de “constituições rígidas, hierarquicamente superiores à legislação ordinária”, que torna possível de forma concreta assegurar garantias e direitos que viessem a ser inclusos nesse documento, tornando a Constituição mais que uma carta política.

Assim, para Ferrajoli (2015, p. 61), o novo paradigma constitucional não teve como única característica a submissão das leis à Constituição como condição prévia de validade, mas também criou uma dimensão substancial, que submeteu também a “política a princípios e direitos estipulados nas constituições como razão de ser de todo o artifício jurídico”.

O sistema democrático, depois dessa virada histórica, passou a buscar validade de suas leis na Constituição, que deixou de ser uma mera carta política. Além de buscar legitimidade democrática, busca-se, sobretudo, maior garantia a princípios e direitos. Para Ferrajoli (2015, p. 61), essa é a essência do que ele chama de “garantismo constitucional”.

A principal característica de tal garantismo constitucional é a presença de uma constituição rígida. Para que tal rigidez exista, pressupõe-se que a Carta Magna seja composta por um sistema jurídico-político de limites, a qualquer poder, como forma de garantia dos direitos fundamentais.

Ferrajoli (2015, p. 67) afirma que o garantismo constitucional traz consigo a esfera do não-decidível, que é a proteção de direitos, mesmo quando contestados pelas maiorias políticas. Essa proteção concede maior efetividade e proteção das garantias individuais. Essa proteção aparece nas suas quatro esferas de direitos, “políticos, civis, sociais e de liberdade - nas quais se articulam as quatro correspondentes dimensões da democracia”.

A esfera do não decidível somente é possível em decorrência da existência da rigidez constitucional, trazida pelo novo paradigma constitucional, que é a irredutibilidade de princípios e direitos. No entanto, ressalva-se ainda que, para que haja modificabilidade dos institutos previstos nas constituições rígidas, somente são possíveis por meio de procedimentos de revisão qualificados, tudo em prol de maior efetividade e proteção aos direitos individuais (FERRAJOLI, 2015, p. 67).

Portanto, o paradigma garantista representa limitação ao exercício do poder popular no regime democrático, ainda que ressoe paradoxal, haja vista que a democracia está assentada justamente no povo como fonte de poder. Aquele que é o portador absoluto do poder soberano, e quem decide amplamente seus desígnios, e que, por sua vez, tem assentada sua validade na Constituição com seus pré-compromissos.

Contudo, o mais paradoxal desse novo paradigma é que os direitos fundamentais ressaltados na Constituição têm como escopo a manutenção do poder popular, mas também o limita. Apesar da aparência paradoxal, isso é elemento essencial não apenas da democracia, mas principalmente do novo conceito de soberania popular (FERRI; CADEMARTORI, 2012, p. 54).

Com essa nova concepção, a teoria garantista assume que pode haver decisões contramajoritárias que sejam, em sua essência, democráticas. Segundo Ferri e Cademartori (2012, p. 54) disso, pois, decorrem constituições baseadas no novo paradigma, dotadas de direitos fundamentais, que se constituem como limites ao exercício dos poderes do Estado, e como “contenção da vontade do povo”.

No Brasil, esse conjunto tutelado contra decisões abolicionistas ganhou a alcunha de cláusulas pétreas, que funcionam como verdadeiras limitações materiais ao poder de reforma do poder constituinte derivado reformador. Dirley da Cunha Jr. (2013, p. 243) coloca que essas cláusulas pétreas vedam a supressão total ou parcial de um “núcleo irredutível, que consiste num núcleo cujo conteúdo mínimo é irreformável”.

Faz-se uma ressalva aqui: não é que tais cláusulas não possam sofrer reforma, o que não se pode é reduzir seu alcance ou lhe abolir da

Constituição. É possível imaginar reformas que buscam melhor contemplar tais dispositivos.

Uma vez apresentados conceitos centrais para o presente trabalho, o tópico seguinte relaciona a maioria penal como uma das garantias fundamentais insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil que adotou a doutrina da proteção integral do menor.

A maioria Penal como garantia constitucional

A Constituição de 1988 surgiu em um período de construção de uma sociedade que fosse acima de tudo “livre, justa e solidária”, traçando como novos fundamentos, nessa reconstrução, princípios como a busca pelo reconhecimento e proteção da dignidade humana e da cidadania, sendo, inclusive, reconhecidos direitos de grupos que até então não eram incluídos e eram, por vezes, até mesmo marginalizados.

Como um reflexo dessa experiência vivenciada no panorama social brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina da proteção integral raia no horizonte do ordenamento jurídico pátrio como uma proposta de trazer uma nova fase do direito da criança e do adolescente que tem como grande proposta de adoção de proteção à dignidade humana e a cidadania (SILVA, 2012, p. 194).

Segundo Souza (2010, p. 3), pode-se, a partir de então, participar do “processo decisório e de asseguramento de garantias”. E, dessa forma, ao se estabelecer a maioria penal, assegurou-se a todos, dentro dessa faixa etária alcançada, a proteção já trazida pela doutrina da proteção integral, que foi então reafirmada, constitucionalmente, pela adoção da inimputabilidade penal aos menores de 18 anos de idade.

A proteção integral notabiliza-se como um direito fundamental das crianças e adolescentes. Tal direito funciona como um arcabouço, onde existe uma quantidade maior de direitos e garantias individuais, cujo fundamento é diferenciar esses indivíduos em razão de sua condição de desenvolvimento físico e mental, e, portanto, ensejando direitos e garantias específicas para eles. E, dessa forma, trazer maior proteção ao seu desenvolvimento sadio e integral (SILVA, 2012, p. 194).

Para Marcelo Gomes Silva (2012, p. 246), é possível entender que a doutrina da proteção integral consiste em inegável avanço aos direitos

da criança e do adolescente, pois se trata de importante consideração à criança/adolescente e à sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Dessa forma, a inimputabilidade penal das crianças/adolescentes (Art. 228 da Constituição Federal) encontrou sustentáculo na doutrina da proteção integral que veio ser firmada com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, ratificada pelo Brasil em 1990. Com isso, é possível notar que o Brasil, antes mesmo da ratificação dessa convenção, já reconhecia à criança e ao adolescente direitos e garantias próprios de sua fase de desenvolvimento (MAZZUOLI, 2000, p. 85).

Todavia, apesar de por vezes a doutrina de proteção integral ser citada como sendo o principal sustentáculo da inimputabilidade penal do menor de 18 anos, é necessário que se esclareça que a doutrina da proteção integral é, na verdade, um arcabouço maior que, em sua estrutura normativa, tem como papel principal assegurar à criança e ao adolescente, direitos de toda a ordem. Inclui-se aí não só a inimputabilidade penal, mas um “núcleo irredutível de respostas às violações que sofrem a infância e a adolescência brasileira, inclusive aquelas advindas de ataques criminológicos contidos nos discursos de redução da idade de imputabilidade penal” (SILVA, 2012, p. 246). Ou seja, diversos são os dispositivos constitucionais que protegem o menor em relação, por exemplo, ao direito à educação, saúde, lazer e proteção familiar.

Apesar de tal escolha pela doutrina da proteção integral, muito se questiona acerca da natureza de garantia individual da maioria penal, vez que a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos de idade encontra-se fora do rol de garantias individuais previstos no artigo 5º. da Constituição da República. No entanto, tal crítica provém, sobretudo, de uma interpretação apressada dessa garantia individual, pois o §2º. da Constituição da República, estabelece que os direitos ali previstos, não excluem outros que possam decorrer do regime adotado pela Constituição, ou até mesmo proveniente de tratados internacionais.

Destarte, estaria, então, inclusa como garantia individual a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos de idade. Deve-se destacar, ainda sobre a objeção já apontada, que o legislador constituinte trouxe a menoridade penal no artigo 228 por uma mera questão de técnica legis-

lativa (SILVA, 2012, p. 5). A inimputabilidade penal dos menores de 18 anos de idade foi tratada justamente no mesmo capítulo que se refere às garantias dadas à família. Tal escolha se deu em virtude de uma tentativa de demonstrar que as garantias das crianças e adolescentes seriam tuteladas com os da família, e, portanto, base da sociedade.

Contudo, o que se tem sustentado é que a maioridade penal é uma garantia individual, sim, mas não o é por si mesma. Na verdade, a garantia do adolescente está no fato de existir um instituto que assegure a ele um tratamento diferenciado e a garantia assegurada é independente do número fixado. Ou seja, a garantia individual existente na maioridade está no tratamento diferenciado do adolescente, e não na idade prefixada como limite etário dessa fase, isso pouco importa (SILVA, 2012, p. 5).

Partindo para o cerne do presente trabalho, a próxima parte demonstrará que a inimputabilidade penal aos 18 anos de idade é, à luz da doutrina do garantismo constitucional, um pré-compromisso que não pode ser quebrado, ainda que diante de apoio de maiorias políticas.

GARANTISMO CONSTITUCIONAL E A MAIORIDADE PENAL: O PRÉ-COMPROMISSO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Atualmente, existem diversas Propostas de Emenda à Constituição (PEC) com o objetivo claro de reduzir o alcance do dispositivo constitucional, ou seja, que visam reduzir a maioridade penal de 18 anos de idade para idades ainda menores.

Em meio à discussão, surgem teses a respeito da redução da maioridade ou da manutenção da mesma aos 18 anos de idade. Segundo os defensores da redução, a grande maioria da população brasileira é a favor e clama por essa redução. Porém, mesmo considerados minorias, os defensores da não redução, apontam que se trata de uma medida descabida, e surgem teses de todos os tipos para criticar as medidas que tendem a reduzir a maioridade.

O que se nota é que os discursos reducionistas ganham força cada vez que ocorre no país a prática de um ato infracional que choque a opinião pública, e que seja cometido por um adolescente. Nessas ocasiões, surgem os discursos em voz alta e vibrante em prol de reduzir a maioria, visando o encarceramento desses jovens, como se isso fosse a panaceia de todos os problemas (GOMES, 2015, p. 4). E, por conta dessa discussão que cada vez mais ganha volume, há inúmeras propostas de emenda à Constituição, tendentes a alterar o artigo 228. Por questão de enfoque, a PEC que receberá maior atenção é a 171/1993 por estar em estágios mais avançados.

A PEC 171/1993 visa atribuir responsabilidade penal ao jovem a partir dos 16 anos de idade todas as vezes que ele praticar um delito. Segundo as justificativas apresentadas na PEC, deveria o critério formador da imputabilidade levar em consideração o caráter psicológico, e não meramente biológico.

A imputabilidade penal pode ser determinada por três critérios: o biológico, o psicológico e o biopsicológico. No critério psicológico, é observado se no momento da prática delituosa, a ausência de rigidez mental foi determinante para que o agente não tivesse entendimento ou fosse capaz de se autodeterminar segundo a ilicitude do fato. No biopsicológico, é verificado se há existência de fator que diminua a rigidez do agente, e se no momento da prática delituosa a ilicitude do fato chegou ao entendimento do infrator. Já no critério biológico, a simples presença do fator que reduza a rigidez mental, por si só, já é capaz de tornar o agente imputável (NORONHA, 1977, p. 173).

No Brasil, foram adotados dois dos critérios. O biopsicológico, no tocante aos doentes mentais. Concernentes à imputabilidade por idade, o ordenamento pátrio adotou o critério biológico, ou seja, basta que o agente tenha menos de 18 anos de idade, para que seja considerado como incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar segundo essa ilicitude (NORONHA, 1977, p. 173).

Apesar de, segundo documento publicado pela Câmara dos Deputados (PIOVESAN; SIQUEIRA, 2015), hoje no cenário nacional as propostas de redução da maioria penal contarem com um apoio

massivo de 87% da população, levantam-se os seguintes questionamentos: a maioria é uma cláusula pétrea, por se tratar de garantia constitucional? Até onde as maiorias podem decidir a possibilidade de redução de tal pretensa garantia?

No Brasil, as garantias e direitos fundamentais receberam tratamento diferenciado, pois para modificar um dispositivo constitucional exige-se um rito mais rígido do que se necessita para as inovações legislativas comuns. Nesse caso, além do processo já mais rigoroso, é preciso ter atenção no sentido de que tal alteração não venha abolir, de qualquer maneira, direitos e garantias individuais. Ou seja, não venha sequer a reduzir os seus alcances (CUNHA JR., 2013, p. 243).

Esse conjunto tutelado contra decisões abolicionistas ganhou a alcunha de cláusulas pétreas, como já afirmado, que funcionam como verdadeiras limitações materiais ao poder constituinte derivado reformador. Segundo Cunha Jr. (2013, p. 243), essas cláusulas pétreas vedam a supressão total ou parcial de um “núcleo irreduzível, que consiste num núcleo cujo conteúdo mínimo é irreformável”.

O Artigo 60, §4º., inciso IV afirma que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Como já afirmado, por mais que o Art. 228 não esteja no rol dos direitos e garantias individuais (Art. 5º. da Constituição Federal), o §2º. do Art. 5º. da Constituição define que tais garantias podem ser encontradas em outros dispositivos constitucionais e de declarações de direitos humanos. Nesse sentido, a própria redação do Art. 228 não deixa dúvida de que se trata de uma garantia fundamental.

Para trabalhar com problemas como esse, entretanto, o discurso puramente técnico constitucional passa a ser superficial. É importante notar que as razões para não se pleitear a redução da maioria penal têm fundamento, além da mera técnica jurídica, em argumentos centrais à manutenção das bases democráticas.

A redução da maioria penal a partir do Garantismo Constitucional

Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão” (2002), afirma que o Estado de Direito equivale à própria democracia, pois reflete além da

vontade da maioria, os interesses e as necessidades das minorias. Portanto, cria-se uma esfera do que se pode e não se pode decidir. Ou seja, como técnica de limitação, o Garantismo Constitucional, tira do alcance das maiorias determinados direitos e garantias individuais (FERRAJOLI, 2002, p. 963) assumindo um caráter mais “madisoniano” no debate já apresentado.

Portanto, com relação à maioridade penal, ao entendê-la como garantia individual, para o Garantismo Constitucional, a medida mais democrática a ser adotada é a sua manutenção, de forma a inseri-la numa esfera do não decidível. O que traria maior efetividade à tutela de direitos individuais como um todo (FERRAJOLI, 2015, p. 25). Ferrajoli chega a dizer que não se trata de amarrar as mãos dessa geração, e lhes tirar a liberdade, mas amarrá-las é impedir que amputem as mãos das gerações futuras, com retrocessos em garantias e direitos.

Ora, a redução da maioridade penal consiste em verdadeiramente amputar as mãos das gerações futuras que, antes mesmo de serem capazes de participar das decisões democráticas, já verão seus direitos e garantias individuais serem extintos. Portanto, entender que a redução é uma cláusula pétreia é uma forma de impedir que o exercício da soberania popular venha derrubar o próprio Estado democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho foi possível discutir diversos aspectos do Estado Democrático em suas várias facetas. Porém, o que se destaca aqui é que a democracia é a fórmula que tutela as liberdades do ser-humano que mais se aproximou daquilo que se anseia, entre os diversos modelos.

No entanto, na democracia, há um latente paradoxo, em razão da tensão existente entre a maioria democrática e constitucionalismo. Pois a democracia se divide entre o ideal de governo cuja maior característica é o exercício da soberania popular, contudo, também é parte da democracia um padrão de governo institucionalmente limitado por dispositivos constitucionais imodificáveis.

Conclui-se, partindo de uma perspectiva garantista, que, quando se debate acerca de garantias constitucionais, de um lado, e de outro lado o anseio de mudanças do texto constitucional patrocinado pela maioria do povo, o que deve prevalecer é o ideal de pré-compromisso ou vontade popular.

Em meio a essa discussão, por meio do ideal garantista de Luigi Ferrajoli, existe a equação da vontade popular *versus* pré-compromissos constitucionais, optando-se pela manutenção destes, tendo em vista que a geração presente não pode colocar em risco o futuro das próximas gerações, lhes amputando as mãos, meramente como forma de tentar exercer o poder popular a qualquer custo.

Portanto, é necessário que se assegurem garantias individuais com proteção de pré-compromissos constitucionais, pois, o ideal democrático é de um governo limitado no exercício de todos os poderes, inclusive o popular. Entre as diversas garantias constitucionais certificadas no atual panorama constitucional brasileiro enfatiza-se a maioria penal.

A maioria penal, tutelada pela doutrina da proteção integral, consagrada pela Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente é verdadeira garantia constitucional, pois protege o adolescente em sua individualidade, e tem como caráter evitar que lhe seja imputado responsabilidade criminal como se fosse adulto. Assim, por diferenciá-lo em razão de sua situação de pessoa em desenvolvimento, é a garantia da inimputabilidade o pressuposto da consecução de todos os demais direitos que o envolve, inclusive, o direito à educação, saúde, lazer, entre outros.

REFERÊNCIAS

CAGGIANO, M. H. S. Democracia x Constitucionalismo. Um Navio à deriva? **Cadernos de estudos de pós-Graduação em Direito**: estudos e documentos de trabalho / Comissão de pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 2.011. ISSN: 2236-4544; Disponível: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf 04/01/2016.

CONSANI, C. F. Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 42, p.

75-98, jan./jun., Santa Catarina, 2013. Disponível: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_apontamentos_de_frank_michelman_sobre_o_paradoxo_da_democracia_constitucional.pdf> acessado em: 12/01/2016.

CUNHA JR., D. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2013.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A Democracia através dos direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político – tradução de Alexander Araújo de Souza Gomes**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

FERRI, C.; CADEMARTORI, S. A teoria do garantismo jurídico e a soberania popular: o aparente paradoxo das decisões contramajoritárias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 48-56, jan./jun., 2012.

GODOY, M. G. **Constitucionalismo e Democracia: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Ano de defesa 2011, f. 140. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito do Estado – faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba – Paraná. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf;jsessionid=A7C0E3EDA4D79A23EB421533993489B2?sequence=1> acessado em: 26/01/2016.

GOMES, L. F. A redução da maioria penal. **Jornal do Comércio**, p. 4, 2015. Disponível em: <<http://edicao.jornaldocomercio.com.br/jornal/jcomercio/2015/04/20/1813/pdf/jl20004.pdf>> acessado em: 18/06/2016.

HOLMES, S. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**, México, 1999. Disponível em: <http://www.seminario2005.unal.edu.co/Trabajos/Holmes/Precompromisos%20y%20las%20paradojas%20de%20la%20democracia.pdf>. Acessado em: 04/03/2016.

HOMERO. **Odisseia**. Trad. Manoel Odorico Mendes. Atena Editora, São Paulo, 2009.

JEFFERSON, T. **Escritos políticos**, São Paulo: Ibrasa, 1964.

MACEDO, J. A. C. **Constitucionalismo, Democracia e Autogoverno**. Ano de defesa 2011, f. 185. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito do Estado – faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba – Paraná. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/26574/Dissertacao%20biblioteca%20Jose%20Arthur%20C.%20M..pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 02/03/2016.

MAZZUOLI, Valério. **A Influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional**. In: R. Proc. Geral Est. São Paulo – Centro de Estudos, (53):233-247, jun., São Paulo, 2000.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. V. 1, 14. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

PIOVESAN, E.; SIQUEIRA, C. Câmara aprova em 2º turno redução da maioria penal em crimes graves. Câmara Notícias – Câmara dos Deputados, Brasília, 19 ago., 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/494248-CAMARA-APROVA-EM-2-TURNO-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-EM-CRIMES-GRAVES.html>>. Acesso em 20 jul., 2016.

SILVA, M. G. **Menoridade penal: uma visão sistêmica**, Rio de Janeiro, Editora Lumens Juris, 2012.

SOUZA, David Coutinho e. **A inimizabilidade penal à luz da doutrina da proteção integral: reduzir ou não a idade penal?** Curso de pós-graduação lato sensu – Instituto brasileiro de Direito Público, Brasília, 2010.

Submetido em:31-7-2016

Aceito em: 2-12-2016