

1. INTRODUÇÃO: O DIREITO E AS INCERTEZAS

Em a Arte e a ciência de roubar galinhas, João Ubaldo Ribeiro nos conta os causos de Lelé, notório ladrão de galinhas da Ilha de Itaparica. O personagem nos dá conta da complexidade do seu ofício, que dificilmente poderia ser compreendida por um leigo no assunto de roubar aves.

A alegoria do autor baiano serve para nos chamar atenção para a tendência de mulheres e homens de acreditar que as atividades que exercem são sempre as mais relevantes e complexas.

A gente tem a tendência de pensar que só o que nós fazemos é difícil e complexo, cheio de sutilezas e complicações invisíveis aos olhos dos “leigos”. Isto, naturalmente, é um engano que a vida desmascara a todo instante, como sabe quem quer que já tenha ouvido com atenção qualquer homem falar de seu trabalho, que sempre, por mais simples, envolve atividades e conhecimentos insuspeitados (RIBEIRO, 1998, p. 60).

Tal crença é particularmente perniciosa no campo jurídico, onde a “vida” tem dificuldade em desconstruir a bolha onde vivem submersos os operadores do Direito.

O jurista, desde o início da sua formação, tem a expectativa de trabalhar com certezas e respostas corretas (RODRIGUEZ, 2005). Como se o direito fosse uma espécie de logaritmo onde um tecnólogo pudesse inserir os fatos sociais e a máquina então produzisse a resposta “correta”.

A matematização do ensino jurídico encerra, portanto, um tipo de conhecimento compartimentizado que possa ser objetivamente aferível num momento posterior, normalmente por meio de provas de múltipla escolha.

Esse cenário ignora solenemente a inserção do saber em direito nas chamadas Ciências Compreensíveis, Espirituais ou Humanas, logo, uma ciência que não se adéqua a lógica matemática das Ciências Exatas ou Explicativas (DILTHENEY Apud SALGADO, 2006, p. 30)¹.

É exatamente esse tipo de processo vulgar de pensamento, presente no senso comum jurídico, que é aplicado ao trato de uma possível redução da maioria penal no espaço público.

¹ Na oportunidade, o autor aplica a célebre distinção proposta por Dilthey ao Direito, qual seja, entre as ciências explicativas e as compreensíveis. O estudo Direito seria uma espécie do gênero das ciências compreensíveis.

Os operadores jurídicos costumam, tão somente, desejar saber se a imputabilidade penal aos dezesseis anos de idade é juridicamente possível ou não, como se as conclusões acerca da constitucionalidade da medida fossem independentes de outros fatores, tais como a atividade hermenêutica, a capacidade de produção de uma boa argumentação geral e jurídica – capaz de gerar consenso na fundamentação da posição defendida – e, por fim, mas certamente não menos relevante, de capital político e econômico para dar visibilidade ao programa defendido.

Dessa forma, ao invés de se discutir acerca de fatores como a conveniência ou não da medida, seus efeitos sobre adolescentes em conflito com a lei, a real capacidade de discernimento e responsabilidade abaixo dos dezoito anos, o histórico brasileiro e comparado no trato da matéria e a eficácia social da atual legislação, há um esvaziamento da discussão para prestigiar um trato fetichista do direito constitucional; como se uma simples declaração sobre a constitucionalidade fosse capaz de fornecer um apanágio definitivo à questão dos adolescentes em conflito com a lei.

Essa postura costuma ser fruto da incapacidade dos alunos de direito e, consequentemente, dos agentes do campo jurídico, em lidar com as incertezas ínsitas ao mundo fenomênico.

Nossas faculdades de Direito resistem cegamente aos estudos transdisciplinares, privando o campo do direito das ricas contribuições das demais ciências espirituais, como a antropologia social, a sociologia, a história, a economia, a psicologia, entre tantas outras. Com efeito, é ainda o paradigma da teoria pura do Direito ou coisa pior, uma má leitura desse paradigma (LEAL, 2014). Para superá-lo:

Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem unívoca, como pretenderam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como essencialmente problemático, incapaz de admitir o raciocínio dedutivo, próprio da matemática. Não importa que gostemos ou não desta contingência. A superação do dogmatismo, que é a expressão mais visível de nosso paradigma, é uma imposição das novas realidades históricas. (SILVA, 2004, p. 270).

O presente trabalho está inserido nesse projeto de “sujar” o Direito. Nosso objetivo é demonstrar que tanto uma eventual declaração de constitucionalidade quanto de inconstitucionalidade no tema da redução da maioria penal são perfeitamente sustentáveis no campo da argumentação jurídica. No entanto, a proposta de redução da maioria penal é uma péssima ideia por ser incapaz de produzir seus efeitos

declarados, devendo então ser descartada por esta razão, e não por uma suposta inconstitucionalidade *a priori*.

A demonstração dos malefícios dessa redução são exatamente as contribuições das demais ciências humanas ao direito, ignoradas pelo jurista médio.

Nesses termos, as propostas legislativas de redução da maioria seriam inconstitucionais não por tratarem de conteúdo protegido por cláusula pétrea – argumento mais comum entre os defensores da manutenção da responsabilidade penal aos dezoito anos – e sim por uma inconstitucionalidade por franca inadequação² – noutros termos: em razão dos projetos de lei não terem a capacidade de gerar os efeitos desejados.

Nessa linha, analisaremos a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por redução de direitos e garantias individuais (cláusula pétrea) e, a partir desse ponto, apresentaremos os argumentos que acreditamos suficientes para provar, de forma cabal, a inconveniência da medida em função: i) da ausência de experiências positivas do direito comparado que sustentem a medida, ii) da inexistência de pesquisas e publicações científicas nas mais variadas áreas do conhecimento que defendam a redução e iii) do caráter meramente simbólico, de cunho político-eleitoreiro, das propostas defendidas.

Na parte final, por meio da aplicação do critério da proporcionalidade³, desenvolveremos nosso argumento da inconstitucionalidade por inadequação.

Na medida em que apresentamos o campo jurídico como aberto a incertezas, estamos cientes que a perspectiva apresentada é apenas mais uma interpretação possível. Não obstante, entendemos que nossa proposta tem a forte vantagem de dialogar com outros saberes, preencher os requisitos de uma solução constitucionalmente adequada e proteger satisfatoriamente a criança e o adolescente do discurso moralista de nossas elites do poder⁴.

2. O DISCURSO POLÍTICO E MUDIÁTICO NA CONSTRUÇÃO DA AGENDA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

² A verificação da adequação representa o primeiro exame do critério da proporcionalidade e consiste na análise de eventual nexo de causalidade entre o objetivo desejado e o meio utilizado para atingi-lo. Nesse sentido. Cf. MARTINS, , 2012, p. 142.

³ Para uma compreensão adequada da aplicação da proporcionalidade recomenda-se a leitura de MARTINS, Leonardo. Ob. Cit. *Capítulo 5. Proporcionalidade como critério constitucional*. Para uma distinção entre proporcionalidade e razoabilidade Cf. SILVA, 2002.

⁴ Para um conceito de elite Cf. MILLS, 1981, p. 17.

Uma realidade que demonstra bem o caráter essencialmente político dessa discussão no Brasil é a relação entre a cobertura feita pela grande mídia sobre as infrações cometidas por crianças e adolescentes e o aparecimento de propostas legislativas no intuito de reduzir a maioria penal.

Ao abordar a questão, nosso objetivo é tornar evidente a apropriação da pauta, feita por parlamentares, explorando fatos sociais extremos – casos isolados e com grande repercussão – para produção de discursos vazios, meramente eleitoreiros e na contramão do conhecimento produzido na área.

Antes, no entanto, é importante falarmos um pouco sobre o enquadramento midiático dessas questões e sua importância na formação da chamada opinião pública, para em seguida estabelecer um paralelo entre o acontecimento de eventos esporádicos de ilícitos com grande apelo emocional cometido por adolescentes e o surgimento das propostas parlamentares no tema.

Um enquadramento ou *framing* é como um pacote interpretativo. É um processo de organização da realidade dentro de determinados eixos de apreciação e compreensão, sendo construído mediante etapas de seleção, exclusão e ênfase de determinados aspectos e informações (AZEVEDO, 2004). Dessa forma, um processo subjetivo de construção da notícia influencia sobremaneira a composição das perspectivas públicas sobre determinada questão.

Nesse sentido, como instrumento da retórica, esta entendida como a arte de bem falar e comunicar, os enquadramentos são instrumentos lógicos, ferramentas, portanto, necessariamente amorais. Dessa forma, as peças jornalísticas podem ser utilizadas tanto com bons ou maus propósitos; ou para construir consenso e entendimento ou persuasão e convencimento, sobre essencialmente qualquer assunto. Podem ainda – e não raro o são – ser instrumentalizados como meros meios para produção de lucro por meio de matérias sensacionalistas voltadas à lógica do consumo.

É nosso entendimento que, sobretudo no que concerne a pessoa em desenvolvimento em conflito com a lei, as coberturas jornalísticas, em sua grande maioria, são superficiais e fragmentadas, dando ênfase a acontecimentos esporádicos que podem ser explorados para obtenção de audiência (lucro) como único fim.

A lógica do mercado, hegemônica nos veículos de comunicação social brasileiros, figura como um dos obstáculos a uma abordagem que privilegie a contextualização dos eventos num cenário abrangente das políticas públicas da área,

contribuindo para o entendimento coletivo das causas possíveis e produção de eventuais soluções possíveis.

Nesse sentido, o diálogo perpassado por um maniqueísmo rasteiro e irresponsável se sobressai cada vez mais como *modus operandi* de uma espécie de programação que Vianna e Sarkis definem como “datenismo”; fruto da percepção das emissoras de televisão que, para alimentar o interesse coletivo pela temática da violência, a mera veiculação da notícia ou informação não seria suficiente, o que resulta no investimento de seus recursos criativos na construção de imagens capazes de consolidar as representações da violência no imaginário da população. Para consolidar o temor ao crime, nada mais conveniente às emissoras do que criar uma representação abjeta e asquerosa da figura dos seus agentes propagadores⁵.

Entre os efeitos nefastos desse tipo de abordagem está o encobrimento da relação de responsabilidade dos agentes públicos competentes para elaboração e implementação de políticas públicas no setor, pois é sabido que os indivíduos expostos a esses enquadramentos episódicos são menos propensos a atribuir a responsabilidade aos politicamente responsáveis pelas questões (ROTHBERG, 2014).

No entanto, é importante não super dimensionar a capacidade da televisão em determinar a política. É evidente que apenas o modelo de abordagem das campanhas midiáticas não é capaz de influenciar definitivamente a opinião que o público terá de determinados fatos e acontecimentos. Essa compreensão vai depender largamente do estágio de desenvolvimento cultural de uma dada sociedade, bem como dos processos de educação material presentes; se voltados a uma percepção crítica da realidade ou se meros aparelhos ideológicos do Estado cooptado pela sociedade civil (ALTHUSSER, 1970).

Ainda assim, o fato que questões baseadas na construção de um consenso acerca de um juízo de valor – como a redução da maioria penal (CAMINO, 2011) – dependam, sobretudo, de processos educacionais emancipatórios e centrados numa concepção humanista da sociedade, também não autoriza a desconsideração da influência e conseqüente responsabilização da mídia nessas questões.

⁵ VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. **Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso das concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem.** Disponível em <http://www.academia.edu/9768155/Execrando_suspeitos_para_atrain_audi%C3%Aancia_o_uso_de_concess%C3%B5es_p%C3%ABlicas_de_TV_para_a_pr%C3%A1tica_de_viola%C3%A7%C3%B5es_do_direito_constitucional_%C3%A0_imagem>, acessado em 10 de julho de 2015.

O poder de influência da mídia de massa no Brasil é especialmente significativo exatamente em função dos baixos índices de escolaridade da população, da precarização do ensino básico público, do controle dos meios de comunicação por poucos grupos empresariais com interesses particulares específicos e, por fim, ausência de qualquer regulação para o setor; a despeito de expressa determinação constitucional nesse sentido.

Nesse contexto, o poder de influência dos canais midiáticos é significativamente aumentado, pois:

Os enquadramentos, ao selecionarem certos aspectos dos acontecimentos e não outros, ativam algumas conexões e mantêm outras inativas, estimulando alguns raciocínios e mantendo outros pensamentos fora do espectro de avaliações possíveis de um acontecimento. Ao longo do tempo, a exposição repetida a certos enquadramentos tende a consolidar a aparente pertinência de algumas conexões, de maneira que o acesso a elas tende a ser mais fácil, desencorajando juízos alternativos (ROTHBERG, 2014, p. 416).

Com efeito, no debate acerca da redução da maioria penal, os enquadramentos selecionados pela nossa mídia constituem verdadeiros obstáculos a concretização do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), vez que são episódicos, superficiais e sensacionalistas. Dessa forma, ao invés de contribuir para a consolidação de uma cultura de proteção integral e autonomia da pessoa em desenvolvimento, mantém-se no antigo paradigma punitivista do Código de Menores.

Prospera ainda nessas peças jornalísticas a narrativa mítica da responsabilização individual na ausência dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, instaurando-se um quadro de compreensão social da realidade específica no qual as situações de exclusão social são ignoradas e os direitos assegurados esquecidos. Nesse quadro está ausente a responsabilidade do poder público de inserção dos jovens nas esferas da educação e do trabalho (ROTHBERG, 2014).

Nosso próximo argumento se refere à relação entre uma opinião pública fortemente influenciada pelos meios de comunicação e a elaboração das políticas públicas. Trata-se de uma relação de duas vias, pois tanto a modificação do cenário político influencia a construção da opinião pública como a agenda específica dos meios de comunicação podem construir transformações na opinião pública a ponto de causar modificações legislativas (HOWLET, 2000).

Assim, é comum que agentes políticos detentores de mandato parlamentar se esforcem para se posicionar em consonância com um sentimento contingencial de

determinados setores da população com os quais tenham alguma relação. Usualmente, reforçam essa postura em períodos de afloramento crítico das emoções em função de algum evento próximo, tudo com o intuito estratégico de angariar capital político (não apenas votos). É nesse cenário que surgem propostas de Emenda Legislativa superficiais, defendidas por meio do discurso epidictício (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 2005, p. 53), para dar vazão a uma vontade situacional.

Também os meios de comunicação exploram esses momentos de comoção social adequando o seu próprio discurso ao sentimento das massas.

Fenômeno que merece atenção diz respeito a fato da maioria avassaladora da sociedade, arvorada nos posicionamentos adotados pelos meios hegemônicos de comunicação, encampar com entusiasmo o discurso repressor, em especial o que concerne à redução da maioria penal. Ainda que contraditoriamente guarde a compreensão de que a educação e a prestação efetiva dos demais serviços básicos e fundamentais sejam pontos fundamentais para a construção de um país mais justo e solidário; irracionalmente, assim, defendem com voracidade a intensificação da repressão, ao passo que se queixam das falhas do Estado em arcar com suas responsabilidades preventivas, fazendo uma confusão entre o que é causa e o que é efeito.

A contradição entre a vontade geral e a vontade de todos ora consubstancia no que chamamos de opinião pública, já foi apontada por Rousseau (1970, p. 43) quando reflete que “há às vezes diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta atende só ao interesse comum, enquanto a outra olha o interesse privado, e não é senão a soma de vontades particulares”.

A redução da maioria penal, analisada pelo prisma do conceito de responsividade, é um excelente exemplo dessa diferença. A responsividade é a identificação das ações do Estado na busca de contemplar as demandas imediatas dos cidadãos em busca de popularidade (CAMPOS, 2009, p.482). A construção e execução de políticas públicas, se reduzida à adequação de vontades coletivas pontuais, mal (in)formadas, além de alargar o controle dos poderes estatais sobre a população, traz sérios danos à sociedade civil.

É o que pode ser percebido da observação do curto lapso temporal entre o acontecimento de crimes de grande repercussão social envolvendo pessoas em desenvolvimento e a posterior produção legislativa no sentido de buscar a redução da maioria penal.

Pesquisa recente estabeleceu a conexão dessas propostas legislativa com dois casos de repercussão nacional: o assassinato do casal Liana Friendenbach e Felipe Caffé (2003) e do menino João Hélio (2007), ambos com o envolvimento de adolescentes.

Esses debates influenciaram a Câmara dos Deputados e a apresentação de propostas favoráveis à redução da inimputabilidade penal nos períodos citados. Veículos de comunicação mobilizaram declarações do presidente da República, de atores políticos e grupos da sociedade civil e, além disso, foram realizadas pesquisas de opinião sobre o tema, bem como foram veiculadas na grande mídia manifestações de atores políticos favoráveis e contrários à medida (CAMPOS, 2009, p. 480).

Os meios de comunicação em massa, seja por meio do teor das matérias ou pela quantidade de reportagens veiculadas à exaustão, constroem um enquadramento favorável a redução da maioridade penal e, assim, acabam sendo extremamente relevantes na retomada dos debates sobre a questão quando do acontecimento de crimes com grande repercussão.

Auxiliam, portanto, a construção de um “mau senso comum” em torno do recrudescimento do tratamento penal das pessoas em desenvolvimento em franca oposição à vontade da Constituição e do ECA.

A cobertura da grande mídia nacional, seja por um compromisso voluntário, seja pelo uso meramente mercadológico da notícia como instrumento de produção de lucros finda por contribuir com a agenda da redução da maioridade penal.

Bourdieu (1997), aliás, já havia tratado sobre a submissão dos campos político e jornalístico às vontades do mercado e de qualquer maioria, ao constatar que:

A influência do campo jornalístico reforça as tendências dos agentes comprometidos com o campo político a submeter-se à pressão das expectativas e das exigências da maioria, por vezes passionais e irrefletidas, e frequentemente constituídas como reivindicações mobilizadoras pela expressão que recebem na imprensa (BOURDIEU, 1997, p. 114).

Assim, é importante considerar essas perniciosas relações por trás da discussão acerca da redução da maioridade penal. Uma questão sensível como essa não pode ser decidida com base em maiorias eventuais – a “vontade de todos”, informada por uma mídia de massa sem compromisso com o debate honesto – e conduzido por atores políticos com interesses individuais mascarados numa argumentação moralista e conservadora.

Aliás, como sugere uma das classificações mais aceitas na psicologia do desenvolvimento da moral (KOLHBERG, 1976), as argumentações pró redução da maioria, frequentemente contidas no discurso de um mau senso comum e reiteradas por alguns parlamentares oportunistas, por serem expressão de um sentimento de vingança latente (retributivas) e baseadas numa argumentação religiosa-metafísica, estão situadas no nível mais baixo de desenvolvimento da escala kohlbergiana; o chamado estágio pré-convencional.

Por fim, se a mídia não cumpre o seu papel na democratização de boa informação que sustente a construção de consensos livres da dominação do dinheiro e do poder, também o Poder Legislativo faz mal uso de suas atribuições ao utilizar largamente a produção normativa num sentido meramente performativo-simbólico. É a esse tópico que nos dedicaremos na próxima seção.

3. INCONSTITUCIONALIDADES

Traçado o contexto no qual se desenvolve o discurso em favor da redução da maioria penal, passaremos a analisar a eventual inconstitucionalidade da medida.

3.1. Inconstitucionalidade por violação a cláusula pétrea

O argumento da impossibilidade de redução da imputabilidade penal em decorrência de se tratar de cláusula pétrea em nosso sistema constitucional é ponto costumeiramente levantado nas discussões acerca do tema.

A tese mais comumente invocada para, preliminarmente, atestar a inconstitucionalidade formal de tal medida é a que aduz que emenda constitucional que tenha como objeto a modificação do art. 228 da Constituição Federal, reduzindo a maioria penal para idade abaixo dos 18 (dezoito) anos, fere uma garantia individual.

A norma constitucional objetiva protegeria crianças e adolescentes em conflito com a lei de qualquer tentativa de redução da maioria, absoluta ou qualitativa. Segundo essa tese, qualquer proposta de redução não resistiria a análise segundo a melhor técnica constitucional e a mais indicada hermenêutica dos direitos fundamentais.

A inconstitucionalidade se basearia na conjugação do enunciado do art. 60, §4º da Constituição Federal, o qual observa que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais e o já mencionado art. 228 que dispõe como penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (ECA).

No entanto, não nos parece claro a proteção do manto de cláusula pétrea sobre a idade mínima para responsabilização penal. Tanto é que muitos juristas conservadores defendem a tese contrária⁶, seja albergada em argumentos de ordem prática, moral ou jurídica.

A título de hipótese, numa outro cenário carcerário, mais próximo do ideal descrito pela Lei de Execuções Penais, caso estudos científicos verificassem que dado a evolução histórica do comportamento humano a idade mais adequada para início da persecução penal fosse dezessete ou dezesseis anos, ao invés dos dezoito que estabelece a nossa legislação, estaríamos acorrentados a não modificar a lei para acompanhar os melhores estudos dos campos;

Em síntese, o que se quer dizer é que a aplicação da chave da constitucionalidade entrincheira os juristas em campos opostos, nos quais todos acreditam estar com a razão, portanto ao lado do Direito.

Outra construção jurídica, que demonstre por meio de estudos transdisciplinares a inconveniência da medida, a nosso ver, parece ter melhor chances de construir com consenso mais amplo que obstaculize a redução da maioria penal com argumentos mais sólidos.

Nosso intuito nos próximos tópicos é justamente desenvolver ou contribuir para essa argumentação.

3.2. Inconstitucionalidade por inadequação.

Hoje já não há uma defesa séria que alegue a existência de uma única solução correta para casos concretos nos quais incidam normas jurídicas; se é que tal defesa um dia existiu⁷.

Com a compreensão da existência de mais de uma solução possível, abre-se espaço para a argumentação jurídica e o resgate da retórica. A argumentação se impõe nesse cenário de incertezas, “pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência” (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 2005, p. 1). Nesse momento, a solução mais adequada passa a depender da qualidade da

⁶ Disponível em: <http://radios.ebc.com.br/revista-brasil/educacao/2015-07/reducao-da-maioridade-penal-e-so-uma-das-polemicas-que-envolvem-o-eca>. Consultado em 14.08.2015.

⁷ Tal ideia, de uma única solução correta, mais parece a pretensão de um suposto positivismo jurídico com bases kelsenianas que é, na verdade, uma criação de seus críticos superficiais reproduzida sem maiores cuidados na academia brasileira. (LEAL, 2014).

fundamentação da decisão, bem como sua capacidade de gerar consenso em torno de si pela adesão de espíritos à tese defendida.

Por tudo que foi exposto antes, caso existisse um modelo ideal do uso da razão comunicativa como descrito por Habermas ou caso os falantes seguissem as regras gerais de argumentação descritas por Perelman e Tyteca (2005), a argumentação jurídica, como um tipo especial do discurso geral (ALEXY, 2001), certamente afastaria qualquer roupagem jurídica dos projetos que desejam a redução da maioria penal.

No entanto, sabemos que não é assim. O cenário descrito anteriormente, qual seja, da construção de uma agenda pública em torno da questão, impulsionada por parlamentares em conjunto com a grande mídia empresarial, no sentido de forçar a criação de um mau senso comum sobre uma suposta necessidade da redução da maioria penal no Brasil; somada a *salada de frutas* que é hoje nossa teoria e prática da interpretação constitucional, podem, eventualmente, legitimar, também juridicamente, essa redução por meio de uma declaração de constitucionalidade.

O que queremos dizer com *salada de frutas* é o que Virgílio Afonso (2005) chamou de sincretismo metodológico: os métodos de interpretação constitucional, mesmo quando radicalmente incompatíveis entre si, são apresentados como complementares, como um “conjunto de métodos”, ferramentas disponíveis para solução dos casos. O que possibilita que o juiz salte de um para outro sem maiores cerimônias, vestindo sua vontade individual com roupas de juridicidade.

O fato de existir mais de uma solução correta não é o mesmo que dizer que vale tudo, pois existem métodos compostos por regras a serem seguidas. O que não pode ser aceito é que operadores do direito declarem utilizar métodos iguais em suas decisões e cheguem a resultados diametralmente opostos, como frequentemente acontece com a utilização da proporcionalidade⁸.

Portanto, é levando em consideração dois tipos de incertezas: i) a existências de múltiplas respostas juridicamente sustentáveis para um mesmo caso e ii) a falta de racionalidade e cientificidade da interpretação constitucional no Brasil, que nos parece que a tese que sustenta a inconstitucionalidade da redução da maioria penal pelo chamamento das cláusulas pétreas seja frágil e incapaz de gerar o consenso necessário

⁸ É justamente a crítica elaborada por Marcelo Neves ao analisar a prática jurídica brasileira e constata que “a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e completas, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas.” (NEVES, 2013, p. IX).

para criar um obstáculo a essa campanha contra os direitos da pessoa em desenvolvimento.

Parece-nos que, em função da impossibilidade de se determinar exatamente quando se inicia a capacidade de compreensão da realidade que justifique uma responsabilização penal numa certa idade - até por que esse momento é substancialmente diferente de pessoa para pessoa - é que é necessário o estabelecimento, via Legislativo, de uma idade que passe a compor uma lei abstrata e geral a ser aplicada a todos.

Nesses termos, decidir se é essa idade é mais razoável aos 16, 18, 21 ou mesmo 40 anos, é competência dos poderes eleitos e não do Judiciário, porém, desde que fundamentado em estudos da psicologia do desenvolvimento da moral, de razões sociológicas e antropológicas que justifiquem a medida, bem como de considerações pragmáticas como espaço e condições dignas nos presídios.

É justamente todo esse manancial para além do direito e da política legislativa que nossos parlamentares que desejam a redução da maioria penal não têm. Se perguntados o contrário, sobre por que não aumentar a maioria, dificilmente seriam capazes de argumentar racionalmente em por que não aumentar essa idade para os vinte um anos ao invés de baixar para os dezesseis.

Nossa proposta é, a partir desses dados, sustentar outra tese de inconstitucionalidade por meio da adequada aplicação do critério da proporcionalidade à questão. A nosso ver, uma argumentação que pode ser universalizada ao ponto de gerar o consenso necessário a proteção dos direitos da pessoa em desenvolvimento.

3.2.1. *Exame de proporcionalidade*

Inicialmente é importante delimitarmos o que entendemos por proporcionalidade, pois, há na doutrina e na prática uma clara confusão na recepção desse instituto (MARTINS, 2012), desde a sua natureza jurídica, passando pela sua própria nomenclatura (SILVA, 2002) e chegando até o momento de sua aplicação (SAPUCAIA, 2013).

Afastamos-nos da tradição que identifica ambivalência entre o princípio da razoabilidade do direito inglês e a proporcionalidade como delineada na prática constitucional alemã, por acreditarmos ser uma aproximação insustentável, não obstante ser a compreensão defendida pelo Ministro Luis Roberto Barroso em numerosos trabalhos e, portanto, aplicada cotidianamente em nossa Corte Suprema.

Nesses termos, nos parece muito mais adequada e consistente a elaboração feita por Martins (2012), em atenção aos debates acadêmicos da Alemanha. Não por compreender que o acesso a esses debates seja um argumento de autoridade ou tenha uma finalidade de erudição em si, mas, antes, por que faz todo sentido e é mesmo necessário que, na recepção de um instituto do direito comparado, entenda-se o sentido de sua origem, seu desenvolvimento e seu atual uso.

Assim, a proporcionalidade deve ser entendida como um critério rigoroso de aplicação do direito, uma meta-norma – uma norma sobre a aplicação de outras normas – que demanda a aplicação seqüencial de três exames ou subcritérios específicos denominados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito à verificação da relação entre meios e fins, ou seja, a busca de umnexo de causalidade entre o objetivo que se pretende alcançar e os meios escolhidos para tal. No exame de necessidade, verifica-se se não há outra medida capaz de alcançar os mesmos objetivos causando menos impactos sobre outros direitos igualmente fundamentais, nesse ponto, pergunta-se se não um meio menos gravoso em substituição ao desejado. Por fim, apenas após a aplicação dos dois subcritérios anteriores sem ter-se atingido uma resposta definitiva, deve-se fazer o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que é o sopesamento de pretensões de direito.

Portanto, exigir uma aplicação em sequência significa dizer que, na análise de constitucionalidade de uma medida, caso ela falhe em qualquer um dos exames preliminares, o veredicto de inconstitucionalidade deve ser dado nesse momento, prescindindo então da aplicação dos demais subcritérios. Assim, caso uma medida seja declarada inadequada, não é necessário, sendo mesmo contraproducente, verificar sua necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito.

Apesar de declararem o recurso a esse método com alguma frequência, inclusive, citando as fontes doutrinárias alemãs, os Ministros do STF tendem a apenas descrever os dois primeiros subcritérios (adequação e necessidade) como exercício de retórica e demonstração de erudição, pois, decidem diretamente a partir de uma ponderação subjetiva e irracional de valores. Esse processo acaba por mascarar vontades particulares como decisões técnico-jurídicas, como já descrito acima.

É nosso entendimento que a redução da maioria penal, analisada pelo critério da proporcionalidade, seguramente não passaria sequer no primeiro exame da adequação. Ora, todos os objetivos declarados das propostas legislativas que almejam

essa redução, nitidamente alicerçados em juízos morais pré-convencionais, não podem ser devidamente atingidos com a redução da maioria penal.

Em outras palavras, não há qualquernexo de causa e efeito entre reduzir a maioria e a promoção da segurança pública ou manutenção da ordem, por exemplo. Igualmente, não existem experiências bem sucedidas no direito comparado que indiquem melhoras nos índices de criminalidade após a redução, inclusive, pelo contrário, países que tomaram a medida no passado, hoje pensam em voltar atrás em função dos resultados negativos da redução. Não bastasse esse cenário, também não há pesquisas científicas nas ciências humanas que embasem tal medida.

Portanto, nos parece que a redução da maioria penal para 16 anos é inconstitucional por que inadequada para atingir seus objetivos declarados.

A opção por essa abordagem tem o condão de proteger adequadamente os interesses da pessoa em desenvolvimento e, conseqüentemente, da sociedade ao passo que apresenta vantagens importantes como o desmascaramento dos frágeis discursos punitivistas que escondem as responsabilidades do poder público e aproveitam-se de um sentimento generalizado de insegurança que pouco tem haver com crianças e adolescentes em conflito com a lei; é também capaz de gerar um consenso jurídico sobre a questão, visto que elaborado dentro de um paradigma da argumentação jurídica racional e aberta a considerações externas ao direito; e faz tudo isso sem lançar mão do argumento constitucional dúbio das cláusulas pétreas.

CONCLUSÃO: A REDUÇÃO DA MAIORIDADE COMO UMA MÁ IDEIA

A redução da maioria penal é frequentemente explorada por nossos parlamentares e pela mídia empresarial – basicamente quase a totalidade dos canais abertos – para angariar capital político e lucro, respectivamente.

No primeiro caso, os representantes tentam dar responsividade a um sentimento punitivista fortemente presente na sociedade brasileira e, dessa forma, procuram alavancar votos e simpatia do eleitorado com discursos de ódio inflamados. Ao mesmo tempo, se esquivam de trabalhar numa solução permanente e eficaz do problema, por meio da elaboração e aplicação de políticas públicas preventivas direcionadas à pessoa em desenvolvimento.

Quanto ao lucro, aproveitando-se do mesmo sentimento retributivista ainda presente na sociedade brasileira, a mídia usa as peças jornalísticas que retratam as infrações cometidas por crianças e adolescentes como mera mercadoria, portanto,

sempre e exclusivamente em busca de audiência (lucro). Para isso lança mão de enquadramentos rasteiros que põem as pessoas em desenvolvimento em conflito com a lei como verdadeiros monstros, além de únicos responsáveis pelos seus destinos, dessa forma, isentando as falhas do poder público.

Trata-se de uma relação de retroalimentação. Os discursos e posicionamentos públicos de parlamentares e outras autoridades, bem como as peças jornalísticas recheadas de sangue, aumentam a sensação de insegurança e a vontade de vingança. E assim a sociedade fica mais susceptível ao discurso da redução e torna-se um mercado ainda melhor para a venda de violência.

A redução surge então como solução fictícia para um problema real, ainda que super dimensionado pela mídia e política. Trata-se de uma nova legislação com hipertrofia de sua função simbólica, pois tem como objetivos: i) demonstrar potência de ação dos parlamentares, pressionados pela sociedade civil a combater a violência, ii) apaziguar os ânimos das comunidades, iii) criar uma falsa sensação de segurança na população carente desse bem e iv) capitalizar-se politicamente no cenário nacional.

No entanto, por mais que infelizmente seja verdade, que nossa população esteja efetivamente desejosa de ver a redução da maioria ser aprovada, nos parece claro, pelos motivos expostos, que qualquer projeto nessa direção seja inconstitucional. Seja por que o direito a não ser penalmente processado antes dos 18 anos constitua um garantia individual e, assim, esteja protegida pela condição de cláusula pétrea, seja por que não há sequer uma única experiência no direito comparado ou produção científica que estabelece uma relação positiva entre redução da maioria e promoção da segurança pública.

Em síntese, a redução é inconstitucional por potencialmente violar cláusula pétrea e certamente por não passar no exame de adequação do critério da proporcionalidade, uma vez que o meio escolhido pelo legislador (redução) não tem a capacidade de gerar os efeitos desejados (maior segurança pública).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Lisboa: Presença, 1970.

- AZEVEDO, F. A. **Agendamento da política**. RUBIM, A. A. C. (org.). Comunicação e política: conceitos e abordagens. São Paulo: Unesp; Salvador: Edufba, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- CAMINO, Cleonice Pereira dos Santos; GALVÃO, Lilian Kelly de Sousa. *Julgamento moral sobre pena de morte e redução da maioria penal*. Revista Psicologia & Sociedade, v. 23, n. 2 2011: 228-236.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioria penal na Câmara dos Deputados*. Revista Opinião Pública, v. 15, n. 2, 2009: 478-509.
- GALEANO, Eduardo. **O Livro dos Abraços**. São Paulo: L&PM Pocket, 2005.
- HOWLET, Michael. *A Dialética da Opinião Pública: efeitos recíprocos da política pública e da opinião pública em sociedades democráticas contemporâneas*. Revista Opinião Pública, v. 6, n. 2, 2000: 167-186.
- LEAL, Fernando. *O formalismo expiatório: Leituras impróprias de Kelsen no Brasil*. Revista Direito GV, v. 10, n.1, 2014: 245-268.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.
- MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- _____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; Chaïm, PERELMAN. **Tratado da nova argumentação: a nova retórica**. 2 ed. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RIBEIRO, João Ubaldo. **A arte e a ciência de roubar galinhas**. In: A arte e a ciência de roubar galinhas: crônicas. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- RODRIGUEZ, José. *Por uma pedagogia da incerteza*. Revista Prisma jurídico, n. 4, 2005: 49-60.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: Princípios de Direito Político**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1970
- ROTHBERG, Danilo. **Enquadramentos midiáticos e sua influência sobre a consolidação de direitos de crianças e adolescentes**. Revista Opinião Pública, v. 20, n. 3, 2014: 407-424.
- SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica: aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SAPUCAIA, Rafael. *Aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso*. Revista SJRJ, v. 20, n.36, 2013: 193-204
- SHATO, Iyengar. **Is anyone responsible? How television frames political issues**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, O. A. B. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Tânia Pereira da. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma Proposta Interdisciplinar**. São Paulo: Renovar, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002: 23-50.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.