

Aruani Kindermann Lapolli*
Airtto Chaves Junior**

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NUMA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA DO DIREITO PENAL

Resumo: A presente pesquisa tem por objeto o estudo da redução da maioria penal como instrumento de contenção ao avanço da criminalidade juvenil. A pesquisa se justifica à medida em que a “bandeira da redução da maioria penal” é levantada no plano social toda vez que repercute no meio midiático um ato infracional violento praticado por adolescente. O seu objetivo geral é avaliar se a via penal é adequada e legítima para coibir comportamentos penalmente relevantes praticados pelos adolescentes. Os objetivos específicos são: a) estudar as funções do Direito Penal a partir das Teorias Funcionalistas; b) tratar da quebra paradigmática em criminologia que se revela desde a década de 1960 do século passado; c) avaliar a função da pena sob a ótica da prevenção especial positiva, enraizada no plano legislativo brasileiro a partir daquilo que registra o art. 1º da Lei de Execuções Penais; d) analisar se os objetivos de “proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos” (Funcionalismo Moderado) e “reintegração social do apenado” (prevenção especial positiva) são efetivamente buscados e, por consequência, atingidos. Quanto à metodologia empregada, destacam-se duas fases distintas. A fase de investigação denota a utilização do método comparativo; nas considerações finais, ressalta-se o emprego da base lógica indutiva.

Palavras-chave: Criminologia; Direito Penal; Maioridade Penal.

Abstract: This research aims to study the reduction of criminal majority as an instrument of containment to the advancement of youth crime. The research is justified to the extent that the "flag of lowering the criminal majority" is raised in the social mean as reflected in the media, everytime a violent offense is committed by teenagers. Its overall objective is to assess whether the criminal route is appropriate and legitimate to curb criminally relevant behavior practiced by adolescents. Specific objectives are: a) to study the functions of the criminal law from the Functionalist Theories b) to treat about the paradigmatic break in criminology that reveals itself since the 1960s of the last century; c) evaluate the function of the sentence from the perspective of positive special prevention, rooted in Brazilian law from what records the art. 1 of the Law of Penal Execution; d) analyze whether the goals of "subsidiary protection of legal goods and fragmentary" (Functionalism Moderate) and "social reintegration of the convict" (positive special prevention) are effectively pursued and consequently achieved. Regarding methodology, we highlight two distinct phases. The research phase denotes the use of the comparative method, in closing remarks, we highlight the use of inductive logic base.

Keywords: Criminology; Criminal Law; Legal Age.

1 Introdução: Justificativas para o debate

A pesquisa que aqui se inicia tratará do Direito Penal como instrumento (i) legítimo para contenção da criminalidade juvenil, pelo que, o tema a ser abordado em sua centralidade será o da *redução da maioria penal*.

Por disposição constitucional, no Brasil, a pessoa só passa a imputabilidade depois de completados 18 anos.¹ Assim, os menores de 18 anos são inimputáveis e essa presunção é

* Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Servidora Pública do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Email: aruani@tjsc.jus.br.

** Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor Titular de Direito Processual Penal e Direito Penal pela mesma universidade; Professor da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Advogado Criminalista em Santa Catarina. Email: oduno@hotmail.com.

absoluta, pois o critério aqui adotado é puramente biológico, de maneira que nenhuma outra circunstância de natureza psicológica altera a idade penal. A maior especulação em torno do tema é a (im) possibilidade de redução da maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos.

O tema “redução da maioridade penal” ressurge quando se tem um “crime” de grande repercussão nacional envolvendo, no polo ativo da infração, criança ou adolescente. A partir disso, a mídia clama por penas exemplares, encarceramentos e instrumentos que aparecem camuflados no perigoso discurso: “algo precisa ser feito”. Em miúdos, precisa-se de mais Direito Penal.

Acredita-se, num primeiro plano, que os problemas da criminalidade e segurança pública serão resolvidos com o encarceramento de alguém. Tanto isso ocorre que, em pesquisa do Datafolha² divulgada em abril de 2013, constatou-se que 93% dos moradores da capital do Estado de São Paulo concordaram com a diminuição da idade em que uma pessoa deveria responder criminalmente por seus atos. A mesma pesquisa revelou que apenas 6% dos entrevistados eram contra a redução. Em consultas anteriores, nos anos de 2003 e 2006, o índice de concordância da população apresentou patamares entre 83% e 88%, respectivamente.

A nível nacional, a pesquisa da CNT³ (Confederação Nacional do Transporte), feita em parceria com o instituto MDA Pesquisa, divulgada em junho de 2013, revelou que a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos é aprovada por 92,7% dos brasileiros.

A peça publicitária sustentadora da redução da maioridade penal, muito bem desenhada, por sinal, se concentra em algumas premissas bastante divulgadas e incorporadas ao discurso: a) é cada vez maior o número de menores envolvidos em práticas criminosas; b) o Estatuto da Criança e Adolescente não é eficaz, porque as respostas (“medidas socioeducativas”) nele previstas são muito brandas; c) os autores intelectuais dos crimes (maiores) se utilizam dos menores para sua prática; d) para reduzir essa violência promovida pelo público juvenil, o Direito Penal é a saída mais rápida e eficaz.

¹ CRFB/88, Art. 228. “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Semelhante disposição é trazida no Código Penal Brasileiro, em seu art. 27: “CP, Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

² BENITES, Afonso. **Folha de São Paulo**. 93% dos paulistanos querem redução da maioridade penal. Matéria veiculada em 17/04/2013.

³ DOURADO, Kamilla. **Portal R7 Notícias**. Mais de 90% da população aprova a redução da maioridade penal. Matéria veiculada em 11/6/2013.

Essas premissas, verdadeiras ou não, revelam uma situação de fato fundamentada num sentimento quase que comum: a necessidade de adoção de medidas penais urgentes, já que outras vias de solução que o Estado dispunha não seriam capazes de produzir o mesmo efeito dissuasivo.

Daí surge um questionamento: o Direito Penal é o instrumento adequado para resolver esse tipo de questões?

Inicialmente, deve-se evitar o raciocínio simplista de que do Direito Penal se extraem resultados positivos e em conformidade com o proposto. Não se pode ignorar que o Sistema Penal em que o Direito está inserido produz efeitos altamente prejudiciais aos seus alvos (diretamente) e a todo corpo social (por via indireta e secundária), pelo que, somente se justificaria em situações realmente excepcionais. Além disso, nessas condições de excepcionalidade, não se pode deixar, ainda, de se buscar coerência a este Sistema Penal, o que significa dizer, articular de forma construtiva os antagonismos que o corpo social revela.

A (des) legitimidade do Direito Penal para solução dessa espécie de problema é ancorada em diversas pilastras, das quais duas ganharão relevância na pesquisa que aqui se desenvolve: a) O Direito Penal como instrumento legítimo de proteção de bens jurídicos essenciais à coexistência (Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos); e, uma vez violado o bem jurídico penalmente tutelado, b) a reintegração do apenado por meio da pena privativa de liberdade (prevenção especial positiva).

Toda a sociedade revela um interesse premente na redução da criminalidade infanto-juvenil. Porém, importante a utilização de instrumentos e meios idôneos e legítimos e não de embustes que só tendem a mascarar os problemas e, talvez, potencializar os danos deles decorrentes.

Seria o Direito Penal um instrumento solucionador? Ou, então, meio potencializador desses problemas? É o que se pretende avaliar na sequência.

2 A missão protetora de bens jurídicos do direito penal

Os estudos das concepções instrumentais do Direito Penal são fundamentais para compreensão da (in) viabilidade da redução da maioria penal, pois é no Sistema Penal que se pretende incluir o menor infrator a partir da redução do fator cronológico de imputabilidade penal (de dezoito para dezesseis anos).

Entende-se por *funcionalismo penal* a concepção metodológica segundo a qual os conceitos e o sistema do Direito Penal devem ser construídos com base em considerações normativas, referentes aos fins do Direito Penal e a seus pressupostos de legitimidade.⁴

Essa concepção funcional ganhou força a partir da década de 1970 com o escrito sobre *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal* de autoria do penalista alemão Claus Roxin⁵. Desde então, a ideia de um Direito Penal instrumental e de protetor do “bem jurídico” é bastante difundida, sobretudo, após a sedimentação dos critérios de *subsidiariedade* e *fragmentariedade* tratados pelo jurista, que reunidos, buscam uma *intervenção penal minimalista*.

Conforme Roxin⁶, o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível por meio de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Essa finalidade estaria condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas, de maneira que o Direito Penal seria desnecessário quando se pode garantir a proteção desses bens através do Direito Civil, por meio de uma proibição administrativa ou medidas preventivas judiciais.

Essa teoria do bem jurídico⁷ se refere ao *funcionalismo moderado*, teleológico ou valorativo. A ideia de *valor* está bastante presente na construção funcionalista desenvolvida por Roxin, de maneira que cada conceito (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) deve ser avaliado sob um prisma *Político Criminal*, ou seja, analisado sob uma orientação voltada aos direitos fundamentais e os valores do Estado Social e Democrático de Direito.

Então, sendo o Direito Penal instrumento de proteção dos bens jurídicos mais importantes, como é feita essa proteção pelo Estado? O Estado tipifica comportamentos e

⁴ GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006, p. 369.

⁵ Ver ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32-33.

⁷ Acerca da expressão “bem jurídico”, são importantes os registros de Luís Greco: “No Brasil, a doutrina tradicional, a rigor, nem sempre utiliza as palavras “bem jurídico”, preferindo por vezes o termo objeto ou objetividade jurídica. Como esta diferença é apenas terminológica, pode-se dizer que ela já conhecida o conceito de bem jurídico, mas em sua dimensão exclusivamente dogmática. Ou seja, a nossa doutrina, acostumada exclusivamente com o conceito dogmático de bem jurídico, não costuma reconhecer qualquer função crítica ou política-criminal à ideia. Em geral, só a partir de investigações mais recentes se começou a propor um conceito de bem jurídico como diretriz para o legislador.” In “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Biblioteca Cláudio Guimarães. Obra nº 960. Julho – agosto de 2004. Ano 12, p. 89-90.

impõe sanções àqueles que violarem as regras (tipicidade e pena). Aliás, Rogério Greco⁸ bem lembra que a censura vem corporificada por meio da pena, pois é ela que irá ditar a gravidade do mal praticado.

Assim, o primeiro limite imposto ao direito de punir do Estado é a mais estrita necessidade de recorrer à punição (pena ou medida de segurança), consubstanciado em dois princípios fundamentais: a) o da subsidiariedade na seleção dos bens jurídicos (que opera *in abstracto*), e b) a proteção de bens jurídicos deve suportar forma fragmentária, limitada a ataques mais perigosos (que ocorre *in concreto*). Conforme Santiago Mir Puig⁹, negligenciar esses critérios seria abandonar algumas das tarefas sócio-políticas que o Estado se propõe a cuidar.

A utilidade principal que cobre o estudo desse limite do poder punitivo do Estado é que ele deriva, especialmente, de uma operação funcional, de condições de justificação da punição e a sua necessidade de proteger a sociedade. O fundamento político (que anuncia uma abordagem impositiva de respeito ao Estado democrático de direito) ficaria num segundo plano.

Assim, a coerção penal (basicamente, a pena) deve procurar materializar uma aspiração ética que será a razão de atuação do próprio Direito Penal (seu “por que” e seu “para quê”) a fim de buscar a prevenção de futuras afetações de bens jurídicos. E essa concepção funcional prevalece no âmbito doutrinário como verdadeira missão do Direito Penal, embora não exista consenso quanto ao conteúdo dessa proteção.

Então, para compreensão da presente pesquisa, necessário se faz entender a prevalência do discurso no sentido de Direito Penal como instrumento protetor de bens jurídicos¹⁰, isso para que se perfaça um “corte” dessa concepção instrumental para função selecionadora de pessoas, pois, num plano manifesto, o Estado se utiliza do Direito Penal se voltando quase sempre a determinados setores sociais, raramente, contra certas condutas. Tanto que uma parcela de privilegiados possui a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas.¹¹

⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 65.

⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción las bases Del Derecho Penal**. Montevideo: Julio César Faira Editor, 2003, p. 112.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. V. 1. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

¹¹ CHAVES JUNIOR, Aírto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A miséria atrás das grades**: a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal. *In Revista Direito e Justiça – Reflexões Socio jurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009*, p. 14.

3 A falsa universalidade do bem jurídico: O QUE (QUEM) se pretende proteger?

Uma das causas fundamentais da criminalização de grupos cada vez mais amplos de pessoas é, conforme Francisco Muñoz Conde¹², encontrada nas próprias normas jurídicas, que manipuladas adequadamente por grupos de pressão minoritária e detentores do poder, dificultam a coexistência pacífica dos distintos sistemas de valores de uma mesma comunidade e aumentam a luta entre os sistemas dominantes e os que não o são.

Assim, ao invés de a norma penal funcionar como um instrumento motivador determinante dos comportamentos das pessoas e, diante disso, constituir um fator integrador dos diferentes grupos sociais, protegendo bens jurídicos fundamentais ao todo, possui um efeito invertido, favorecedora e até mesmo causadora da marginalização, já que, por vezes, é manipulada para proteger interesses minoritários.¹³

E a norma penal é instrumento para implementação dessa manipulação? Há muitas razões para acreditar que sim. Sabe-se que há uma hierarquia valorativa de bens jurídicos a ser protegidos pelo Estado. Se outros ramos do direito não são suficientes para abranger a proteção necessária ao bem, faz-se valer a via penal. A lei penal, como anotado, tipifica uma conduta (violadora do bem jurídico), onde se prevê uma pena ao agente violador. No âmbito abstrato, quanto mais valioso o bem jurídico, maior deveria ser a pena prevista para o tipo que pretende proteger aquele bem. No âmbito concreto, quanto maior a violação ao bem jurídico penalmente protegido, maior deveria ser a pena aplicada ao infrator, nos limites do preceito secundário do tipo.

E aí está o problema. A construção teórica, que parece ser bastante simples, por sinal, não se operacionaliza nestes moldes, nem no âmbito abstrato, nem no plano concreto. Basta uma rápida (mas atenta) análise da legislação brasileira para verificar, sem qualquer sombra de dúvidas, que o patrimônio é, pela via penal, mais intensamente protegido. Qual a razão, por exemplo, de um crime de furto qualificado ter uma penalização maior do que um crime de abandono de recém-nascido com resultado morte? Qual o motivo racional que leva o legislador a anotar maior pena ao furto qualificado se comparado ao delito de lesão corporal grave?

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Função motivadora da norma penal e “marginalização”. *Revista Justitia*. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986, p. 35.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Função motivadora da norma penal e “marginalização”. *Revista Justitia*. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986, p. 32-33.

Não se pode perder de vista que se está tratando da soma dos exercícios de poder de todas as agências que operam no processo de criminalização¹⁴, ou seja, do sistema penal. Isso não quer dizer, porém, que a palavra “sistema” indica uma operação homogênea e organizada das agências de controle penal.

Desse modo, é fundamental a contribuição da legislação penal na seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais, ou seja, no processo de criminalização. A criminalização primária consiste no ato de selecionar bens jurídicos relevantes que mereçam proteção impostas pelo direito penal material. O problema é que, em grande medida, a legislação penal é seletiva, estigmatizante e promove a degradação na figura social de sua clientela.¹⁵

Percebe-se, ainda, que as malhas dos tipos penais são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios de “colarinho branco”. Por isso, na formulação dos tipos penais, é possível denotar um critério puramente “político” de intervenção altamente seletiva aos “inimigos políticos” e a preservação dos “amigos políticos”¹⁶ mesmo que pratiquem exatamente o mesmo comportamento.

Diante disso, é possível dizer que o Estado, pela via do Direito Penal, não protege por igual todos os bens relativos a que têm igual interesse todos os cidadãos; tampouco a lei penal é igual para todos os sujeitos independentemente da danosidade social e da gravidade das infrações à lei penal por eles realizadas.¹⁷

4 A questão da prevenção ESPECIAL positiva

Dispõe o artigo 1º da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal¹⁸: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 144.

¹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 26.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 40.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30-31.

¹⁸ BRASIL. **Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

Trata o dispositivo mencionado da prevenção especial positiva, que nada mais é que a correção, reeducação, ressocialização, enfim, reintegração do condenado, termos usados indiscriminadamente como sinônimos do objetivo da pena.

Historicamente, porém, reconhece-se que pessoa alguma pode ser reintegrada (no plano social) por meio do cárcere. Até mesmo porque, conforme registra Zaffaroni¹⁹, a prevenção especial não deve consistir em alguma “reeducação” ou “tratamento” que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido “moral” ou “médico”, ou seja, não pode o Direito Penal de um Estado que respeita os Direitos Humanos considerar o criminalizado numa condição de inferioridade. Ademais, a prevenção especial não pode ser rígida, mas sim, uma forma de resolver os conflitos manifestados pela criminalização.

A história penal mostra que em nenhum momento e em nenhuma sociedade, a prisão soube cumprir a sua suposta missão de recuperação e de reintegração sociais, numa perspectiva de redução da reincidência. Sem contar que o próprio sistema penitenciário, desde a arquitetura das instalações, passando pela indigência dos recursos institucionais e a falta de medidas concretas de ajuda no momento em que o preso é libertado se opõe a suposta função de reformar a sua clientela.²⁰

Tem-se, então, que as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, pelo contrário: a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável ou aumenta. Ademais, a detenção provoca a reincidência, pois, depois de sair da prisão, têm-se mais chance de voltar para ela.²¹

O incrível é que, ainda, depois de mais de 200 anos de pleno fracasso da pena privativa de liberdade (quanto aos seus objetivos declarados), há fervorosos defensores desse instrumento com a justificativa de prevenção especial.

De acordo com o Informe Regional de Desenvolvimento Humano (2013-2014) do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento)²², o percentual de reincidência no Brasil, tendo por base a atual população carcerária do país, é de aproximadamente 70%. Esses dados reforçam a tese de que o instrumento prisão não funciona, ao menos para aquilo que justifica a sua existência.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1:** parte geral, p. 96.

²⁰ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.459.

²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 254.

²² Disponível em latinamerica.undp.org.

Segundo Airto Chaves Júnior e Fabiano Oldoni²³, para ressocializar alguém, é necessário que antes a pessoa tenha passado por um processo de socialização anterior, mediante oportunidade de trabalho e especialmente educação. As prisões brasileiras só têm intensificado a pobreza e ainda mais a desigualdade na medida em que promovem o aniquilamento da pessoa que “vive” a experiência do cárcere, revelando uma inversão dos propósitos da missão declarada no âmbito legislativo. Por isso, a reintegração do sentenciado significa corrigir os determinantes da exclusão social destes setores, para conduzi-los a uma vida pós-penitenciária que não signifique, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão.

4.1 Seleção de bens ou seleção de pessoas? Notas sobre o Funcionalismo Contencionista

A concepção funcional contencionista é teorizada por Eugênio Raúl Zaffaroni²⁴ desde a década de 80 do séc. passado. Conforme essa construção teórica, a função do Direito Penal (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis.

Neste caso, se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado, pois é ele um apêndice indispensável do Direito Constitucional do Estado de Direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o chamado “Estado de Polícia”. Diante dessa perspectiva, a função do Direito Penal, como instrumento do Estado de Direito, seria reduzir a violência do Estado de Polícia, bem como, a seletividade que lhe é intrínseca.

A seletividade de pessoas, notadamente aquelas mais vulneráveis do ponto de vista econômico é característica marcante do sistema. Isso acaba por colocar o Direito Penal como instrumento contendor de comportamentos praticáveis por grupos determinados, de forma que criminaliza certos padrões de conduta e imuniza outros comportamentos que, num plano material, são tão ou mais reprováveis que aqueles em que o Direito Penal realmente ataca.

²³ CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para que (m) serve o direito penal?:** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 209.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 3. ed. 2007.

Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos²⁵ anota que crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam, tais como o imperialismo e a exploração do trabalho; ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processados nem reprimidos como crimes, como a criminalidade de “colarinho branco”.

Zaffaroni²⁶ demonstra o critério seletivo do Direito Penal como forma de contenção da criminalidade. É que, historicamente, o poder punitivo sempre discriminou certos grupos de seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo sem correspondência à condição de pessoas.

Desde a era pré-moderna, o poder punitivo conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *pessoas* a grupos mais vulneráveis e mais distantes aos centros de poder. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, o controle constante deve recair sobre eles.

Assim, desde sua própria origem, o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada – como sempre – sobre um preconceito que impõe *medo*, sempre admitida e ratificada abertamente pelos teóricos de seu tempo.²⁷

No século XV, o livro *Malleus Maleficarum*, também chamado *O martelo das feiticeiras*²⁸ foi escrito pelos inquisidores alemães Heinrich Kramer e James Sprenger a pedido do Papa Inocêncio VIII. O objetivo era enfrentar as conspirações *demoníacas* contra a Cristandade, praticada pelo inimigo da Igreja Católica, *a mulher*. Essa obra foi publicada pela primeira vez em 1486 e até o final do século XVIII foi o fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Inquisição em diversos países.

Os autores afirmavam que as bruxas representavam as mulheres em estado natural. A obra foi considerada um verdadeiro Tratado de Criminologia que enviou milhares de mulheres às fogueiras da Inquisição. Aconselhava que todas as suspeitas de bruxaria fossem submetidas à tortura: se confessassem mereceriam o fogo; se não confessassem, também, pois só uma bruxa, fortalecida por influência do Demônio poderia resistir à semelhante suplício sem ceder à confissão.²⁹

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 2. Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 9.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.11.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

²⁸ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa os Tempos, 1997.

²⁹ Conforme registra Eduardo Galeano, oito séculos mais tarde, a Igreja Católica continua negando o púlpito às mulheres. Mesmo assim, o mesmo pânico faz com que os muçulmanos fundamentalistas às mutilem o sexo e

Fora da Europa, o poder colonialista legitimado por estes discursos exerceu-se sob a forma de genocídio. Os *índios* ignoravam os dez mandamentos, os sete sacramentos e os sete pecados capitais; não conheciam a palavra *pecado* nem temiam o *inferno*; não sabiam ler nem tinham nunca ouvido falar em direito de propriedade.³⁰ Essas características demarcavam a inferioridade dos índios e sua duvidosa humanidade, o que justificaria qualquer brutalidade contra eles.

Dessa forma, a conquista da América foi uma longa e difícil tarefa de exorcismo, eliminando a maior parte da população americana da época, desbaratando suas organizações sociais e políticas e reduzindo essas pessoas à condição de servidão e escravidão.³¹

Finalmente, na América Latina, o estereótipo do desviante sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes³², ou seja, pessoas que, por alguma razão, não respondem às normas vigentes e não estão afetas aos processos de controle preventivo.

Zaffaroni³³ adverte que o sistema penal não se trata simplesmente de um acordo externo, mas também de sério “tratamento” integrado em um complexo processo de deterioração, cuja parte mais importante é feita pela prisão e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema. A preocupação, neste caso, é propagar o *status* do criminalizado, de privar de liberdade periodicamente a pessoa³⁴, convertendo-a em um “suspeito profissional”, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juízes etc.

Observa-se que os agentes do controle social desfrutam de ampla margem de discricionariedade na seleção que realizam. Nada mais errôneo que supor (como sustenta a

lhes cubram a cara. E o alívio pelo perigo conjurado leva os judeus mais ortodoxos a começar o dia sussurrando: *Graças, Senhor, por não me ter feito mulher* (In GALEANO, Eduardo. **Espelhos**: uma história quase universal. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 115-116).

³⁰ GALEANO, Eduardo. **Espelhos**: uma história quase universal. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 118.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34-35.

³² A exceção ocorre nos momentos de violência política ou terrorismo de estado escancarado, nos quais o estereótipo se desvia para varões jovens das classes médias (o “jovem subversivo”, ao qual se contrapõe o “jovem esportista”). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 131.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 134-135.

³⁴ Sabe-se que, mais genericamente, as práticas judiciais aparentemente mais neutras e mais rotineiras, a começar pela aplicação da pena provisória, tendem sistematicamente a desfavorecer as pessoas de origem mais humilde e fragilizadas do ponto de vista econômico.

Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração³⁵.

Desde os trabalhos pioneiros de Georg Rusche e Otto Kirchheimer³⁶, confirmados por cerca de 40 estudos empíricos em uma dezena de sociedades capitalistas³⁷, sabe-se que existe no nível societário uma estreita e positiva correlação entre a deterioração do mercado de trabalho e o aumento da população carcerária, ao passo que não existe vínculo algum comprovado entre índice de criminalidade e índice de encarceramento.

Vera Malagutti Batista³⁸, ao pesquisar processos do Juizado da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, e neles a posição dos juízes, promotores, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, concluiu que “todos os lapsos, metáforas, metonímias, todas as representações da juventude pobre, como suja, imoral, vadia, perigosa, formam o sistema de controle social no Brasil de hoje e informam o imaginário social para as explicações da questão da violência urbana”. Talvez por isso, um dos inimigos do Estado hoje seja, efetivamente, um grupo de adolescentes mais vulneráveis ao alcance dos direitos que esse mesmo Estado declara proporcionar de forma certa e igualitária.

Por isso, Zaffaroni³⁹ defende um funcionalismo redutor como única maneira de legitimar o poder punitivo seletivo como é o que se tem. Para tanto, importante o registrado por Michel Foucault⁴⁰ que anota necessário abandonar a ilusão de que a penalidade é, antes de tudo, uma maneira de reprimir os delitos; estudar os sistemas punitivos concretos como

³⁵ “Refração”, porque, dependendo da situação e do caso colocado sob apreciação das agências de repressão, a solução pode ser das mais surpreendentes. Para exemplificar, lembra Eduardo Galeano que, em 1997, um chefe indígena brasileiro chamado Galdino de Jesus dos Santos que estava de visita em Brasília, foi queimado vivo enquanto dormia numa parada de ônibus. Cinco rapazes de boas famílias, que andavam farreando, jogaram álcool nele e lhe tocaram fogo. Pensamos que era um mendigo, justificaram eles. Um ano depois, a justiça brasileira lhes aplicou penas alternativas, pois não se tratava de um caso de homicídio qualificado. O relator do Tribunal de Justiça do Distrito Federal explicou que os rapazes tinham utilizado apenas a metade do combustível que possuíam e isto provava que tinham atuado movidos pelo ânimo de brincar, não de matar. *In O crime que abalou o Brasil e o mundo*: o assassinio do índio Pataxó Galdino Jesus dos Santos, queimado vivo por brincadeira. Disponível em <http://members.tripod.com/arlindo_correia/101201.html> 10, out. 2008.

³⁶ Ver RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

³⁷ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

³⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 120.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 88.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 27/28.

fenômenos sociais que não podem ser explicados pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas primordiais, mas recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção não é o único elemento, podendo-se dizer que a definição das infrações e suas repressões são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções.

Assim, conforme a concepção contencionista, a função do Direito Penal de todo Estado de Direito deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis, de maneira que se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, terá lamentavelmente fracassado, perecendo o Estado de Direito e, por via de consequência, avançado o Estado de Polícia.⁴¹

Considerando-se que o paradigma reducionista tem por base a teoria criminológica da reação social, vale ressaltar desde logo a crítica de Alessandro Baratta⁴² ao postulado da igualdade, que informa que a lei penal é igual para todos. Isso porque a criminalidade não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos, e que, além disso, é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, a partir de mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento o antagonismo dos grupos sociais têm influência fundamental.

O reducionismo penal pretende um Direito Penal mínimo, que no entender de Amilton Bueno de Carvalho, é um sonho dos criminalistas críticos, ao buscar uma real *ultima ratio* e não mero discurso de *ultima ratio*: “mínimo que seja mínimo mesmo e não mínimo com o discurso de mínimo para justificar o máximo, como se todo comportamento tido como ‘imoral’ merecesse ser alcançado pelas agências penais”⁴³.

5 A redução da maioria penal como instrumento (i) legítimo de redução da criminalidade

Partindo da premissa de que o Direito Penal não atemoriza, pois sua existência não tem evitado crimes, além da promessa de ressocialização ou recuperação jamais ter se concretizado, urge sua desbanalização, com a redução do seu alcance drasticamente.⁴⁴

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

⁴² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.112.

⁴³ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 40.

⁴⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.46.

Na esfera dos direitos da criança e do adolescente, resguardados pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁵, pode-se por analogia dizer que permanece no senso comum o paradigma da criminologia positivista, que já deveria ter dado lugar a um genuíno Direito Infracional, baseado em garantias constitucionais.

Ocorre que, na prática, tem-se aplicado um verdadeiro “direito penal juvenil” baseado na cultura higienista, seletiva e enfim, Lombrosiana do revogado Código de Menores. Segundo Vera Malaguti Batista⁴⁶, é justamente a partir da época do sistema menorista (anos 1920) que a palavra *menor* passa a associar, definitivamente, crianças pobres, a serem tuteladas pelo Estado, para a preservação da ordem e asseguramento da modernização capitalista.

Batista relembra do sistema conhecido como SAM – Serviço de Assistência ao Menor, que existiu nos anos 1930 a 1945, de onde surge a ideia de “orientação profissional” como parte do processo de recuperação de adolescentes, de modo que o ensino profissionalizante parece ser a única alternativa da juventude pobre: aspirar à integração por baixo no mercado de trabalho é a única perspectiva possível.⁴⁷

Já a Doutrina da Segurança Nacional trazida pelo Golpe Militar de 1964 traz com o novo código menorista, segundo Batista⁴⁸, a cultura da “situação irregular”, como um estado de patologia social, sendo um dos eixos desse sistema o não reconhecimento do menor como pessoa, mas como um sujeito a ser tutelado.

De fato, os adolescentes não são verdadeiramente reconhecidos como sujeitos de direito, mas sim, como sujeitos a serem tutelados pelo Estado, em sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Doutrina da Proteção Integral. A construção desse marco filosófico teve como base a mudança de paradigma nos estudos da Criminologia já mencionados, com o objetivo de reunir ações de proteção e garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

⁴⁵ BRASIL. **Lei Federal 8.069, de 13/07/1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

⁴⁶ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69.

⁴⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 72.

⁴⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 79.

Segundo Alexandre Morais da Rosa⁴⁹, os estudos criminológicos, em seu paradigma atual, aparentemente impregnaram alguns de seus postulados no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao buscar a redução de encaminhamento de casos ao Judiciário ou ao tentar evitar a privação de liberdade, justamente por não acreditar no discurso de ressocialização. Isso pode ser verificado na excepcionalidade da aplicação da medida de internação ou mesmo na brevidade de seu cumprimento, além da previsão de alternativas consubstanciadas, por exemplo, nas medidas socioeducativas de obrigação de reparar o dano e prestação de serviços à comunidade.

Contudo, segundo o autor, ainda é priorizada pelos juízes, arraigados à visão menorista anterior, a medida de internação, até pela pouca compreensão existente de que as medidas socioeducativas têm avançado no sentido de atender ao discurso oficial de oportunizar condições de reflexão e amadurecimento sobre condutas contrárias ao convívio social. Fica evidente o olhar seletivo determinando maior punição aos adolescentes provenientes das periferias, e a remissão aos “filhos da classe média”, de modo a fortalecer o sistema punitivo e ferindo a proposta avançada e afinada com os direitos humanos pretendida no Estatuto da Criança e do Adolescente. 50

Conforme já se verificou no decorrer deste estudo, a lei determina qual conduta é considerada crime, ficando a cargo das agências de poder do sistema penal dizer quem é o criminalizado. O discurso repressor se aproxima do Direito Infracional, na perspectiva de apontar tecnicamente quem é o desviante, bem como prescrever o tratamento ao “anormal”, entendido como criminoso/infrator e, numa sociedade à margem do capitalismo, todos os que pretensamente prejudicam essa engrenagem (mendigos, ébrios, vadios, que não estudam etc). Surge então, a diferenciação: para o rico, tratamento; para o pobre, exclusão.⁵¹

Mário Luiz Ramidoff⁵² ressalta os sistemas de garantias trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de atendimento das novas exigências sociais, identificação dos novos sujeitos de direito, estabelecimento de proteções diferenciadas, asseguramento de toda sorte de preconceito, exploração, abandono e negligência. Tanto que o

⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011p. 20.

⁵¹ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23.

⁵² RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45.

próprio texto constitucional⁵³, em seu art. 227 estabelece a responsabilidade comum e concorrente, de igual sorte que compete à família, à sociedade e ao Estado o alcance de tais metas relacionadas aos sistemas de garantias.

Desta forma, não se pode tratar o Direito Infracional como sinônimo de Direito Penal Juvenil, muito menos pretender estender os efeitos do Direito Penal aos adolescentes, justamente por se tratar de uma justiça especializada baseada na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, com objetivo jurídico-protetivo de assegurar os direitos afetos à criança e ao adolescente, por meio do “sistema de garantias”, que não deve guardar nenhuma relação com outros sistemas.⁵⁴

Ramidoff⁵⁵ ainda refere que um exemplo do enfraquecimento identitário da teoria jurídico-protetiva viria justamente de uma indevida submissão integrativa com base na interpretação ideológica repressivo-punitiva, tão particular ao Direito Penal.

Essa perigosa aproximação teórico-pragmática com a ideologia do sistema penal busca legitimar a ressignificação punitiva e repressora, ou seja, limitação, castigo, dor, dos comportamentos e medidas legais a serem aplicadas. Filiar-se aos ditames da racionalidade da dogmática do Direito Penal e a todo seu discurso deslegitimado, seria, portanto, um retrocesso ideológico ao menorismo.⁵⁶

As proposições legislativas de redução da maioria penal constituem-se num retrocesso político ideológico, visto que a idade da imputabilidade penal é fruto de avanços civilizatórios e humanitários democraticamente alcançados. Assim, a idade da maioria penal demanda superação de conjecturas comportamentais que são delimitadas a partir da prática do ato infracional. A responsabilização diferenciada é um compromisso com a formação educacional da criança e do adolescente, dada sua condição pedagógica elementar que é indispensável para a construção de projetos de vida responsáveis. Assim, o exercício da cidadania dos jovens depende muito mais do respeito de todos do que simplesmente de mais castigo (punição).⁵⁷

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05/10/1988.

⁵⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

⁵⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

⁵⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

⁵⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 194.

Baratta⁵⁸ menciona que o sistema dos direitos das crianças e dos adolescentes foi conduzido, até o momento, por duas emergências: a emergência do risco-abandono e a emergência criminal. Em consequência, prevaleceram políticas públicas de resposta contingencial a essas urgências, e não políticas públicas básicas.

Assim, não é verdade que a resposta protetiva à emergência risco-abandono é o alibi para a resposta repressiva à emergência criminal; segundo Baratta⁵⁹, é verdade que ambas as respostas emergenciais são a desculpa da opinião pública e das instituições para as graves deficiências das políticas públicas de base. Infelizmente, é com base nas políticas públicas emergenciais em que tem se ancorado o legislador para justificar disparates como a redução da maioria penal.

Analisadas as teorias funcionalistas do Direito Penal, além dos paradigmas criminológicos que estudam o sistema penal, não se pode perder de vista que o processo de criminalização recruta de maneira desigual a população criminal. Enfim, a redução da idade penal causará, por meio da criminalização primária, a antecipação das mais diversas formas dissimuladas de isolamento social, senão do próprio encarceramento que consubstanciam-se no desfecho final de um amplo processo de estigmatização da juventude brasileira.⁶⁰

A promoção dos direitos afetos à infância e adolescência impõe uma permanente reflexão sobre o conteúdo ideológico das normas jurídicas, impedindo que o discurso jurídico-penal, já deslegitimado como se viu com relação aos adultos incluídos no sistema penal, atinja com suas injustiças os adolescentes abarcados pelo Direito Infracional, devendo o pensamento criminológico crítico estar permanentemente alerta para, ao menos, oferecer argumentos para a manutenção da imputabilidade penal aos dezoito anos⁶¹

Morais da Rosa⁶² propõe um Direito Infracional mínimo, partindo da premissa de que, se o Direito Penal, como *ultima ratio*, ou seja, como último recurso democrático perante a vergonhosa história das penas, e das medidas socioeducativas, estariam justificados os custos com as medidas socioeducativas nos casos em que os efeitos lesivos das condutas possam justificá-los. A consequência direta seria a redução de número de tipos, a diminuição

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. **Prefácio.** In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 30.

⁵⁹ BARATTA, Alessandro. **Prefácio.** In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 30.

⁶⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 197.

⁶¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 197.

⁶² ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 235.

do tempo das medidas socioeducativas, as quais, por serem muito prolongadas, excluem o sujeito da sociedade e são desumanas, mormente nas condições em que são aplicadas.

Acrescenta Morais da Rosa⁶³ que a imputabilidade relativa aos menores de dezoito anos é de natureza garantidora de direito individual, uma vez que a inimputabilidade não implica impunidade, vez que estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Contudo, impunidade tem sido a principal bandeira utilizada pelo exército contrário ao Estatuto e favorável à redução da maioridade penal, sem informar ao grande público que impunes já são muitos outros, os adultos, que como visto no decorrer deste trabalho, não são atingidos igualmente pelo sistema penal.

Não se podem considerar impunes aqueles que cumprem as medidas socioeducativas em condições hoje iguais ou piores que a própria pena carcerária. Questões de terminologia ou a natureza do ato infracional são irrelevantes quando não se preserva aos adolescentes uma responsabilização diferenciada daquela aplicada aos adultos, nos moldes garantidos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal.⁶⁴

Segundo Morais da Rosa⁶⁵, tudo não passa de uma questão política, pois a natureza da medida socioeducativa terá a característica e a finalidade que será dada por quem estiver no poder político ou na atuação direta da aplicação da medida socioeducativa. De fato a realidade tem mostrado a predominância de práticas puramente punitivas, aproximando a medida socioeducativa de internação ao caráter de pena privativa de liberdade, transmutando os adolescentes inimputáveis em verdadeiros imputáveis do Código Penal.

Em suma: as premissas ideológicas do Direito Penal não alcançam seus objetivos declarados por meio do sistema penal, dado o fator criminógeno e distante da ressocialização do condenado. O discurso seletivo-positivista está inculcado na mente do legislador e também na do juiz, embora a evidente deslegitimação do discurso jurídico-penal pelas concepções criminológicas com visão crítica já não seja nenhuma novidade.

Da mesma forma, os adolescentes ainda são submetidos à cultura menorista e higienista que, na prática, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não conseguiu superar. A urgência da criminalidade não pode alicerçar alterações legislativas a ponto de

⁶³ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 320.

⁶⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 324.

⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 325.

suprimir direitos conquistados democraticamente, em especial a Doutrina da Proteção Integral que informa serem os adolescentes sujeitos em condição especial de desenvolvimento.

De fato, colocar os adolescentes ao alcance do falido sistema penal é aumentar o poder do Estado no uso de seu aspirador de limpeza social. O Direito Penal não previne crimes e não ressocializa condenados. Certamente não o fará aumentando o alcance de sua clientela com a redução da maioridade penal.

Considerações finais

No presente artigo, intitulado “A redução da maioridade penal numa perspectiva funcionalista do Direito Penal”, verificou-se que o Direito Penal não é um instrumento legítimo para contenção da criminalidade juvenil, de modo que se torna sem razão a redução da maioridade penal.

Isso porque o Sistema Penal em que o Direito está inserido produz efeitos altamente prejudiciais a todo corpo social, justificando sua presença somente em situações excepcionais.

Como visto, prevalece no âmbito doutrinário o discurso do Direito Penal como verdadeiro instrumento protetor de bens jurídicos, nos termos da concepção funcionalista moderada de Roxin. Contudo, o que ocorre na prática é a utilização do Direito Penal pelo Estado para selecionar determinadas pessoas, a despeito da impunidade de uma minoria de privilegiados.

A busca de uma realidade baseada na concepção reducionista de Zaffaroni, enfim, ancorada numa criminologia de visão crítica, resultaria num direito penal apto a legitimar essa seletividade que lhe é inerente.

Ao contrário da propalada função protetora sustentada pelo sistema penal, verificou-se que o Direito Penal promove uma seleção de determinados crimes, que serão praticados por determinados grupos de pessoas. Nota-se uma discricionariedade ampla dos agentes de controle do Estado, pois grupos privilegiados da sociedade simplesmente não são atingidos por esta seleção, mitigando-se o princípio da igualdade, que informa que a lei penal é igual para todos.

Nesse aspecto denota-se que a norma penal não funciona como um instrumento motivador determinante dos comportamentos das pessoas, mas, ao contrário, favorece e até mesmo causa mais marginalização, pois, conforme visto neste trabalho, a Legislação Penal é seletiva e estigmatizante. Afinal, esta não expressa um consenso de vontades, mas reflete o

interesse da classe dominante. Não protege igualmente todos os bens a que têm interesse todos os cidadãos.

Enfim, destacou-se que o sistema penal é um verdadeiro embuste, ao pretender, um poder que não possui e ocultando o verdadeiro poder que exerce, evidenciando-se que o sistema penal está estruturalmente montado para se retroalimentar. Ademais, a pena, objetivo último do sistema, conforme visto, não ressocializa, não reeduca, enfim, não reintegra o condenado.

Ainda que se acredite no ideal “lei-prisão” como solução à emergência da criminalidade, o que ocorre são consequências agressivas, entre as quais: aumento acentuado das penas, criação irracional de novos tipos, penas mais severas e desproporção entre crime-castigo, endurecimento do sistema, de modo que a pena passa a ser mero castigo e retribuição. Isso sem mencionar as condições inaceitáveis das prisões, que só agravam o mal que supostamente se curaria com o encarceramento.

Se o Direito Penal não evita crimes nem cumpre sua promessa de ressocialização ou recuperação dos condenados à privação de liberdade, necessária a redução do seu alcance conforme propõe o funcionalismo contencionista.

A visão trazida pela Criminologia Crítica é suficiente para demonstrar a deslegitimação do discurso jurídico-penal e do próprio Direito Penal, com a negação dos princípios que sustentam sua ideologia, constatando-se sua ineficácia como protetor de bens jurídicos e como instrumento capaz de socializar o sujeito que, eventualmente, transgredir a norma, afinal, nem mesmo é operacionalizado de maneira a buscar os objetivos que declara.

Dessa forma, relacionando-se tais incapacidades ao público juvenil, qualquer proposta legislativa de redução da maioria penal seria um retrocesso, pois culminaria na inclusão num sistema falido os adolescentes sem considerar sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, concluindo-se que qualquer aproximação do Direito Penal desses sujeitos protegidos será ofensiva à conquista de direitos humanos elementares da Doutrina da Proteção Integral.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ed. Rio de Janeiro: Editora Revan.

_____. **Prefácio.** In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BENITES, Afonso. **Folha de São Paulo.** 93% dos paulistanos querem redução da maioria penal. Matéria veiculada em 17/04/2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05/10/1988.

_____. **Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal.

_____. **Lei Federal 8.069, de 13/07/1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas:** algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CHAVES JUNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. **Para que (m) serve o direito penal?:** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHAVES JUNIOR, Aírto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A miséria atrás das grades:** a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal. In **Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009.**

DOURADO, Kamilla. **Portal R7 Notícias.** Mais de 90% da população aprova a redução da maioria penal. Matéria veiculada em 11/6/2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011.

GALEANO, Eduardo. **Espelhos: uma história quase universal**. Tradução de Eric Nepomuceno. 2 ed. Porto Alegre: L&PM, 2009.

GRECO, Luís, “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Biblioteca Cláudio Guimarães. Obra nº 960. Julho – agosto de 2004. Ano 12, p. 89-90.

GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 65.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción las bases Del Derecho Penal**. Montevideo: Julio César Faira Editor, 2003, p. 112.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. _____. Função motivadora da norma penal e “marginalização”. **Revista Justitia**. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. 10.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas.** Curitiba: Juruá, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUCHE, Georg; KIRCHHMEIER, Otto. **Punição e estrutura social.** Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical.** 2. Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva].** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1:** parte geral. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.