


Norton Maldonado DIAS¹
Roberto da Freiria ESTEVÃO²
Edinilson Donisete MACHADO³

MENORIDADE INIMIGA: RESQUÍCIOS DE GÜNTHER JAKOBS NAS POLÍTICAS DE

Argumenta
Journal Law
n. 26 p. 145-164
jan/jun 2017

Como citar este artigo:
Norton Maldonado
DIAS; Roberto da
Freiria ESTEVÃO;
Edinilson Donisete
MACHADO.
Menoridade Inimiga

View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

brought to you by  CORE

provided by Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): Sistema E

REDUTORAS DA MAIORIDADE PENAL

UNDERAGED ENEMY: GÜNTHER JAKOBS' VESTIGES
IN POLICIES OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS
LOWERING THE AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

MENORIDAD ENIMIGA: SECUELAS DE GÜNTHER
JAKOBS EN LAS POLÍTICAS DE EMENDAS
CONSTITUCIONALES REDUCTORES DE LA
MAYORIDAD PENAL

SUMÁRIO:

1 Introdução; 2 Do tratamento penal não cidadão e a redução à um inimigo do Estado; 3 da extensão do tratamento do inimigo à criança e ao adolescente; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

A responsabilidade penal cidadã pune o imputável pelas razões de culpabilidade por um juízo sobre comportamentos pretéritos; enquanto o imputável maior é responsabilizado por razões de periculosidade com projeções de juízos sobre comportamentos futuros. Quando a responsabilização penal que se projeta em comportamentos futuros por razões de periculosidade estende ao imputável faz-se uma redução no tratamento penal que na vertente do pensamento de Gunther Jakobs seria voltado para o inimigo estatal. O trabalho procura demonstrar a possibilidade de equiparação ao tratamento de ini-

políticas de emendas
constitucionais
redutoras da
maioridade penal.
Argumenta Journal
Law; Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 26, p. 145-164.

Data da submissão:
13/11/2016
Data da aprovação:
12/06/2017

1 Centro Universitário
Eurípides de Soares da
Rocha - Brasil

2 Centro Universitário
Eurípides de Soares da
Rocha - Brasil

3 Centro Universitário
Eurípides de Soares da
Rocha - Brasil

migo do Estado, a prática de se responsabilizar penalmente crianças e adolescentes que, mesmo figurando na prerrogativa de regimes especiais de responsabilização, arriscam sofrer os regimes comuns de responsabilização penal, pelo viés de políticas redutoras da maioridade penal, para aquele (criança e adolescente) que deve continuar sendo responsabilizado conforme os regimes especiais de responsabilização (medidas de proteção e socioeducativas).

ABSTRACT:

The citizen criminal responsibility punishes the offender for reasons of culpability for a judgment on past behavior, whereas the non-imputable adult is held liable for risk level reasons with projections of judgments about future behavior. When the criminal responsibility that is projected in future behaviors for reasons of risk level extends to the imputable one, a reduction in the criminal treatment occurs which, in the thought of Gunther Jakobs, would be aimed at the state enemy. The objective of this study is to verify, through the hypothetical deductive methodology, whether children and adolescents would be treated as an enemy of the State when they are held criminally responsible with the same rigor as of the imputable adult. It is quite clear that policies to reduce the age of criminal responsibility remove children's and adolescents' prerogatives from their special accountability regimes (protection and socio-educational measures) when they extend equal responsibility to categories with significant differences already recognized.

RESUMEN:

La responsabilidad penal ciudadana castiga lo imputable por las razones de culpabilidad por un juicio sobre comportamientos pretéritos; mientras que el enemigable mayor es responsabilizado por razones de peligrosidad con proyecciones de juicios sobre comportamientos futuros. Cuando la responsabilidad penal que se proyecta en comportamientos futuros por razones de peligrosidad se extiende a lo imputable se hace una reducción en el tratamiento penal que, en la vertiente del pensamiento de Gunther Jakobs, se volver al enemigo estatal. El trabajo tuvo como objetivo, por el de la metodología hipotética deductiva, verificar si niños y adolescentes serían tratadas como un enemigo del Estado cuando son penal-

mente responsabilizadas con el mismo rigor de la responsabilización del mayor imputable. Es muy claro que las políticas reductoras de la mayoría de edad penal alejan prerrogativas ciudadanas de niños y adolescentes de sus respectivos regímenes especiales de responsabilización (medidas de protección y socioeducativas) cuando extienden la responsabilidad igual para categorías con expresivas diferencias ya reconocidas.

PALAVRAS-CHAVE:

Redução da maioridade penal. Criança e adolescentes. Responsabilização penal.

KEYWORDS:

Lowering age of criminal responsibility. Children and adolescents. Criminal responsibility.

PALABRAS CLAVE:

Reducción de la mayoría de edad penal. Niños y adolescentes. Responsabilidad penal.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa adentra nos discursos do debate a pouco tempo repercutido nos meios de comunicação acerca da proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 33/2012) que apontou um novo limite etário como critério de responsabilização penal de autoria do senador Aloysio Nunes (PSDB-SP) e do candidato à Presidência da República nas eleições de 2014, Aécio Neves (MENDES, 2014).

Releva-se o presente trabalho como forma de pontuar exigências a serem observadas, principalmente quando a mudança estiver no sentido da redução da maioridade penal, haja vista que, não só pela repercussão que o debate impactou no seu tempo, mas nos conclusivos de uma pesquisa feita pelo Datafolha acusada pelo próprio autor da proposta, onde 93% dos paulistanos posicionaram-se a favor da redução da maioridade penal com 600 entrevistados e uma margem de erro de quatro pontos.

Percebe-se, no debate legislativo e político ocorrido, algo bastante pontual, em suma, a temática da redução da maioridade penal foi coloca-

da como uma questão restrita a política criminal e opinião pública, sem invocar aspectos mais filosóficos que conquistaram significativos posicionamentos sociais, dentre os quais, os pilares de um tratamento mais específico voltado à criança e ao adolescente.

Dentre as perspectivas filosóficas que investigaram riscos de posturas estatais radicalizarem juízos de voluntariedade humana e de consciências no processo de maturidade da pessoa, vale a abordagem do pensamento contratualista, inclusive sob uma perspectiva de dualidade daquele que tem aptidão para reconhecer ou não pacto social e sofrer o objeto da repercussão dos debates, em suma, sofrer a discutida responsabilização penal.

Atenta-se, portanto, em alguns cuidados de aprofundamento filosófico sobre a temática da redução da maioridade penal, dentre os quais, a vertente contratualista utilizada pelo filósofo alemão Günther Jakobs para categorizar o reconhecimento ou não do pacto social, em suma, deslocar o Direito Penal em uma visão subjetiva de um inimigo ou de um cidadão do Estado à medida que reconhece ou não o pacto constituidor da sociedade política.

Ocorre que, na visão do filósofo alemão, o criminoso cidadão que faz jus às garantias constitucionais corresponde, justamente, a aquele que reconhece o pacto social e, portanto, não será tratado como inimigo.

Dentro do contexto retratado como de Direito Penal Cidadão, o imputável que é considerado cidadão será responsabilizado por razões de culpabilidade e, vale enfatizar, por comportamentos pretéritos. Enquanto o considerado inimigo será responsabilizado, pelas razões de periculosidade e por comportamentos futuros, justamente por motivos finalísticos, haja vista que o agente inimigo combate o pacto social, não fazendo jus às garantias que, em tese, seriam de todas as pessoas.

O ponto da investigação aparece quando o trabalho vai adentrar na figura do inimputável, que será responsabilizado no Direito Penal Cidadão com uma sanção penal chamada de medida de segurança por razões de periculosidade e por juízos de comportamentos eventuais e futuros.

Percebe-se que a responsabilização do imputável inimigo no Direito Penal, O Inimigo se aproxima bastante da responsabilização do inimputável, pois ambos ocorrem pelas razões de periculosidade e por comportamentos eventuais e futuros.

O próprio filósofo alemão, G. Jakobs, atrelou o propósito atentatório ao pacto social para existir um inimigo e o fundamento desta ligação foi, justamente, em razão de que, para responsabilização penal e respectiva punição na vertente contratualista, é preciso que o agente tenha o elemento fundamental que embasa o contrato social, ou seja, a vontade (aptidão volitiva do seu agente).

O inimputável possui deformidades volitivas e, portanto, acaba não aperfeiçoando de maneira satisfatória as exigências do contrato social e, por isso, este agente recebe este tratamento diferenciado (baseado na periculosidade e de responsabilização por comportamentos futuros ainda não ocorridos).

A tese de G. Jakobs tenta estender esse modelo de responsabilização do inimputável (punição de comportamentos futuros pelas razões de periculosidades) a aquele que, embora seja imputável e tenha as capacidades volitivas perfeitas, acabam não cumprindo as exigências do contrato social, justamente, por combater o pacto social que elevou o estado de natureza para a sociedade política, sendo um inimigo do estado.

A criança e o adolescente são espécies de inimputáveis, porém recebem tratamentos especiais veiculados pelas medidas de proteção e socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A presente proposta irá trabalhar estas perspectivas filosóficas que não poderiam fugir dos debates que buscam definir responsabilizações tão intensas como as classificadas penalmente.

Assim, por meio do método hipotético dedutivo, indaga-se o ponto exato, ou seja, até quando Poder Político pode avançar em políticas de reduções da maioria da pessoa de maneira a responsabilizar penalmente agentes que não possuem a maturidade volitiva suficiente para alcançarem as exigências do pacto social e das expectativas volitivas por parte das vertentes contratualistas que constituíram a sociedade política.

Não se trata de discutir a redução da maioria penal específica para os 16 (dezesseis) anos, mas de reflexões filosóficas alcançarem limites no debate político para projetos de emendas constitucionais, questionando limites para esta redução da maioria penal a partir da preservação democrática que deve apreço pelas concepções filosóficas contratualista que sempre respeitaram a plenitude da maturidade volitiva e de consciên-

cia cuja redução estaria preordenando crianças e adolescentes ao invés de repensar o regime especial que fazem jus.

2 DO TRATAMENTO PENAL NÃO CIDADÃO E A REDUÇÃO À UM INIMIGO DO ESTADO

No histórico da humanidade, podemos exemplificar vários momentos em que crianças e adolescentes sofreram punição de poderes políticos de um dado governo ou foram perseguidos como um inimigo estatal ou do poder em uma determinada época.

O episódio, por exemplo, dos chamados “Santos Inocentes” (primeiros mártires cristãos), correspondente à política de infanticídio ordenada pelo rei da Judeia, Herodes, em um dos livros historicamente mais antigos, especificamente no evangelho de Mateus 2:16-18, no qual podemos perceber o tratamento inimigo voltado para a morte de todos os meninos da vila de Belém, em que pese haja muita controvérsia quanto ao número de crianças mortas, bem como da veracidade história da ocorrência.

Porém, podemos citar, também, Esparta, na Grécia Antiga, onde a criança ao nascer era minuciosamente observada por um grupo de anciãos e caso ela não apresentasse uma boa saúde ou tivesse algum problema físico era, invariavelmente, lançada do cume do monte Taigetto.

O tratamento de suspensão de garantias que submetem aqueles que são tratados como um inimigo do Poder Político sempre foi acompanhado pelo aparato da legitimidade, sendo, de fato, muito comum essas reprimendas históricas terem galgado a legitimidade, de modo que vale lembrar a máxima, segundo a qual “[...] as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.” (AGAMBEN, 2004, p. 11-12).

O Direito Penal do Inimigo tem ganhado bastante relevância nos debates entre maximalistas e minimalistas criminais na atualidade, principalmente quando importantes questões passam a ocupar verdadeiras problemáticas da realidade humana na pós-modernidade, tais como, questões internacionais relativas ao *Guantánamo Bay Detention Camp*, uma prisão militar estadunidense, na base naval localizada na ilha de Cuba, principalmente após os ataques terroristas às Torres Gêmeas em

Nova York, em 11 de setembro (BALDWIN, 2008), bem como discussões sobre os tratamentos de imigrantes clandestinos nos Estados Unidos e em países europeus com um pensamento que tem contribuído para criação do agravante penal da clandestinidade ou, no exemplo italiano, a criação do crime de clandestinidade que, por ser permanente, admite flagrante a qualquer tempo, responsabilizando o clandestino imigrante que poderia ser tratado administrativamente com meios bem menos severos, tais como, deportação, assegurando a “ultima ratio” e princípios como a intervenção mínima do Direito Penal.

No Brasil, o Direito Penal do Inimigo aparece em debates acerca de uma curiosa alteração do Código Brasileiro da Aeronáutica que disciplinou a possibilidade de aeronaves que ocuparem o espaço aéreo brasileiro serem abatidas em pleno voo pela simples suspeição do transporte de drogas, trazendo aos debates a regra da vedação da pena de morte prevista no artigo 5º inciso XLVII da Constituição Federal e sua possibilidade excepcional permitida em guerra declarada nos termos do artigo 84 inciso XIX desta mesma Constituição, sendo uma lei bastante repercutida em calorosos debates que foi intitulada “Lei do Abate” (GOMES, 2009).

O Direito Penal do Inimigo pressupõe a perseguição do tido como inimigo e existem doutrinas que estendem essas discussões à *persecutio criminis*, apontando algo que alguns autores chamam de “Direito Processual do Inimigo” ou em “Execução Penal do Inimigo”, fazendo uma crítica ao RDD – Regime Disciplinar Diferenciado previsto e disciplinado na Lei de Execuções Penais –, em que pese o debate restringir-se ao campo doutrinário, pois o Superior Tribunal de Justiça é bastante majoritário no sentido de reconhecimento da constitucionalidade e legitimidade do regime disciplinar diferenciado previsto na Lei de Execuções Penais (BUSATO, 2004).

Vale salientar, também, que o Direito Penal do Inimigo está relacionado ao maximalismo penal, que não deixa de ser uma vertente de política criminal de ultra direita, veiculando controles sociais bastante radicais, próprios não só do Direito Penal do Inimigo, mas outros bem próximos, tais como, a emblemática política de *Zero Tolerance* do prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani (CAUCHON, 2010).

O Direito Penal do Inimigo tem sua autoria atribuída a um jurista alemão chamado Günther Jakobs e trabalha com dois contrapostos: o

figurativamente chamado cidadão e, fazendo a respectiva contrapartida, a figura do inimigo como aquele que está fora da tutela estatal, em razão de combater o pacto social decorrente das vertentes do pensamento de filósofos contratualistas que atribuem a este pacto a saída do estado de natureza para sociedade política.

Como o inimigo combate justamente o contrato social, o filósofo alemão defende a retirada das garantias constitucionais (penais e processuais penais) inerentes deste pacto instituidor da sociedade política da qual o inimigo deixa de fazer parte.

Em que pese o jurista Günther Jakobs receba as controvérsias e as críticas de um pensamento não garantista, vale a referência quanto a sua titulação e carreira, principalmente no campo acadêmico, pois além de autor de livros, atua como professor da Universidade de Bonn. Outrossim, é discípulo de um dos maiores autores finalistas do Direito Penal, Hans Welzel.

Assim, relevam-se apontamentos sobre o autor do Direito Penal do Inimigo que afirmam uma espécie de continuação do finalismo em um primeiro momento e, posteriormente, uma fase diversa de abandono da doutrina finalista e utilização das ideias de Niklas Luhmann sobre a teoria dos sistemas para construir aquilo que, no Direito Penal, ficou conhecido como funcionalismo sistêmico.

Não podemos deixar de tratar que a significativa ascensão deste pensamento ocorreu após os ataques terroristas de 11 de setembro contra as Torres Gêmeas, em Nova York, pois foi, justamente, a concepção filosófica utilizada para legitimação da guerra ao terror, de sorte que o próprio Jakobs faz referência ao episódio em um curioso artigo escrito em 2004, intitulado “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht” (Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo):

A quem tudo isso ainda pareça obscuro, a este seria proporcionado um esclarecimento relâmpago através de uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que, no caso do delinquente cotidiano ainda é natural, tratá-lo não como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age de modo errado, já se torna difícil, como mostrado agora mesmo, no caso de autor por tendência, ou no caso de autor integrado em uma organização, [...] e culmina no caso do terrorista, como quem aqui é designado aquele que nega, em princípio, a legi-

timidade da ordem jurídica, e por isto se propõe a destruir a ordem jurídica. (JAKOBS, 2004, p. 88).

Existe uma obra do professor espanhol Jesus-María Silva Sánchez, intitulada “A Expansão do Direito Penal”, que atrai assuntos bastante recorrentes, dentre os quais, o Direito Penal dos Riscos, Direito Penal Moderno, Direito Penal das Velocidades e atrelada à chamada terceira velocidade podemos encontrar o Direito Penal do Inimigo, sob alguns argumentos, dentre os quais, resgate da pena de prisão por excelência, uma vez que para o terrorista jamais iriam ser pensadas penas alternativas, cumuladas com medidas de relativizações de garantias penais e processuais penais.

Vale, também, ressaltar que não há um ineditismo absoluto de Günther Jakobs quanto a este pensamento, pois podemos verificar construções muito mais antigas às anunciações de Günther Jakobs no final do século XX, por exemplo, em obras literárias como “O Conceito de Político” de Carl Schmitt (1992), onde noções de amigo e inimigo são retomadas a partir dos ideais de homogeneização social passando pelas noções de política que, por sua vez, relaciona-se à ideia de Estado como garantidor do monopólio do poder, sendo até uma crítica do jurista alemão à democracia que submete o Estado à sociedade civil, dando margem a uma luta de particulares para defesa de seus interesses perante o poder.

Vale expor, também, as correntes desfavoráveis a estas vertentes radicais do inimigo, pois, de fato, entre outras, há uma robusta corrente minimalista contrária, que decorre, inclusive, da fonte do chamado garantismo penal, tese atribuída ao professor Luigi Ferrajoli, a partir de uma obra literária famosa chamada “Direito e Razão”, datada de 1989, traduzida no Brasil já há muitos anos pela editora Revista dos Tribunais.

Porém, no compromisso com a metodologia e no propósito de expor linhas contrárias e desfavoráveis ao pensamento do inimigo, não podemos deixar de fazer a justa menção ao abolicionismo de extinção e substituição do Direito Penal, inclusive do respectivo expoente holandês Louk Hulsman.

Encerradas relevantes menções opositoras, o figurativamente chamado inimigo invoca um Direito Penal para um estado de guerra (de exceção interna), colocando a definição do inimigo no campo da política criminal que irá responder quais as qualidades e peculiaridades para que alguém seja tratado como tal, sendo uma nítida referência a um modelo

proibido do Direito Penal do Autor.

Perceba, por exemplo, esta concepção dentro do que a nossa doutrina chamou de *iter criminis*, em que a definição de quem seria este inimigo poderá se estender para a punição na fase da cogitação, inclusive com peculiaridades práticas muito suspeitas verificáveis no próprio episódio do ataque terrorista as Torres Gêmeas, em Nova York, como o excesso de normas penais em branco que são preenchidas por decretos e portarias expedidas pelo Poder Executivo como atos essencialmente militares.

O Direito penal do Inimigo é fundado nas filosofias contratualistas sempre no sentido daqueles pensadores que pensam o Estado a partir de um contrato social, da fase vencida do estado de natureza para um estado civil, um estado com regras e normas e, por isso, o pacto social. Também se utiliza de filósofos como Kant e Fichte, porém o principal nome desta vertente é as teorias dos sistemas ou da autopoiese de Niklas Luhmann, por isso, que a vertente do funcionalismo penal, a partir de Gunther Jakobs, ficou conhecido como sistêmico.

Ocorre que o Direito Penal do Inimigo pauta-se no desdobramento de dois modelos diversos de delinquentes: o delinquente cidadão e o delinquente inimigo, e o interessante desta distinção é, justamente, o critério que irá diferenciar ambos os conceitos, pois são critérios pautados, essencialmente, nas violações contratualistas e atentatórias ao pacto social.

Existem muitas características e peculiaridades que servem para diferenciar o Direito Penal Cidadão com todas as suas garantias em detrimento ao Direito Penal do Inimigo, porém dentre tantas distinções, releva-se o critério da finalidade: o inimigo é aquele criminoso que repudia o pacto social das vertentes contratualistas, responsável pela constituição da sociedade política.

Uma característica marcante que devemos pontuar do pensamento do Direito Penal do Inimigo é o pilar da antecipação da punição que ocorre em razão de que a responsabilização do aclamado inimigo decorre de motivos de periculosidade que projeta comportamentos futuros.

Como os comportamentos são projetados para o futuro e a responsabilização é justificada na periculosidade, então a punição acaba vindo de forma antecipada à essas projeções comportamentais.

Vale enfatizar que o Direito Penal Cidadão quando aplicado em imputável ocorre por razões de culpabilidade e a responsabilização decorre

pelos comportamentos pretéritos, já ocorridos, enquanto que o inimigo recebe outro tipo de tratamento, pois é responsabilizado por comportamentos futuros (projeções) que acabam sendo justificadas por motivos de periculosidade do agente. Logo, temos dois tratamentos distintos para a figura do criminoso cidadão e do criminoso inimigo.

Assim, o tratamento do cidadão imputável (razões de culpabilidade responsabilizando por comportamentos pretéritos) é diferente da forma como o Direito Penal trata o inimigo imputável (razões de periculosidade responsabilizando por comportamentos futuros).

Porém, ressaltam-se similaridades ao tratamento do inimputável com o Direito do Inimigo quando as razões de periculosidade e projeções futuras precavidas pelo maior imputável são estendidas pelo Direito Penal do Inimigo para o plenamente imputável, porém no caso do inimputável o prazo mínimo (de 1 a 3 anos), não havendo um limite temporal como forma de prevenir alguém de tornar a delinquir.

Vale a atenção que a ideia é equipar os tratamentos do inimigo ao do inimputável mental, de forma que não podemos esquecer que o conceito de cidadão e inimigo é diferenciado a partir da finalidade, pois sendo atentatório ao pacto social decorrente dos pensamentos de filósofos contratualistas é que, para Günther Jakobs, teremos a figura do inimigo público.

O elemento que será fundamental para o pacto social dos contratualistas constituir-se em sociedade política é a vontade (aptidão volitiva dos seus agentes) e no caso do inimputável a capacidade volitiva é deficitária e não satisfatória as exigências do contratualismo que constituiu a sociedade política, de sorte que acaba recebendo todo um tratamento diferenciado (por razões de periculosidade, os inimputáveis serão responsabilizados por comportamentos futuros).

No caso do inimigo, a capacidade volitiva é perfeita e o que justifica o tratamento diferenciado (por razões de periculosidade, responsabiliza-se por comportamentos futuros) não são aspectos deficitários das suas aptidões volitivas, pois suas aptidões volitivas são perfeitas e alcançam as expectativas contratualistas, porém este tratamento diferenciado para o inimigo irá existir por não reconhecerem e estarem sempre em postura atentatória ao pacto social. Logo, não se trata de aspectos deficitários da sua voluntariedade que é perfeita, mas sua resistência ao pacto social que

constituiu a sociedade política.

Por isso, trata-se de relevante ênfase a proximidade do autor Günther Jakobs com a filosofia contratualista de Hobbes, Rousseau, John Locke, e outros.

Portanto, o imputável cidadão será responsabilizado, pelas razões de culpabilidade, por comportamentos pretéritos, enquanto o inimigo será responsabilizado, pelas razões de periculosidade, por comportamentos futuros, justamente, por motivos finalístico, haja vista que o agente inimigo combate o pacto social, sendo por isso que não faz jus as garantias dele inerentes segundo o filósofo alemão G. Jakobs (2004).

O ponto da investigação aparece quando o trabalho vai adentrar na figura do inimputável, que será responsabilizado no Direito Penal Cidadão com uma sanção penal chamada de medida de segurança por razões de periculosidade e por juízos de comportamentos eventuais e futuros.

Perceba que a responsabilização do imputável inimigo no Direito Penal do Inimigo se aproxima bastante da responsabilização do inimputável, pois ambos ocorrem pelas razões de periculosidade e por comportamentos eventuais e futuros.

O próprio filósofo alemão, G. Jakobs (2004), atrelou o propósito atentatório ao pacto social para existir um inimigo e o fundamento desta ligação foi, justamente, em razão de que para responsabilização penal e respectiva punição na vertente contratualista é preciso que o agente tenha o elemento fundamental que embasa o contrato social, ou seja, a vontade (aptidão volitiva do seu agente).

O inimputável possui deformidades volitivas e, portanto, acaba não aperfeiçoando de maneira satisfatória as exigências do contrato social e, por isso, este agente recebe este tratamento diferenciado (baseado na periculosidade e de responsabilização por comportamentos futuros ainda não ocorridos).

3 DA EXTENSÃO DO TRATAMENTO DO INIMIGO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A tese de G. Jakobs (2004) tenta estender esse modelo de responsabilização do inimputável (punição de comportamentos futuros em razão da periculosidade) a aquele que, embora seja imputável e tenha as capacidades volitivas perfeitas, acabam não cumprindo as exigências do contrato

social, justamente, por combater o pacto social que elevou o estado de natureza para a sociedade política, sendo um inimigo do estado.

A criança e o adolescente são espécies de inimputáveis, porém recebem tratamentos especiais: a criança estará sob o regime da irresponsabilidade concernente apenas às medidas de proteção, enquanto os adolescentes poderão receber esta responsabilidade especial chamada medida socioeducativa.

O trabalho dispõe sobre a possibilidade de o poder político tratar criança e adolescente como um inimigo do estado quando reduz a maioria penal de forma a ampliar os poderes estatais que poderão tratar de forma comum (penas e medidas de segurança), crianças e adolescentes que, por estarem em outra situação especial, deveriam ser tratados de forma diferenciada (medida de proteção e sócio educativa).

Pode-se dizer que, quando a redução da maioria penal ocorre no sentido de elevar os poderes do estado, punindo crianças e adolescentes sem o tratamento especial a que fazem jus (medida protetiva ou sócio educativa), o poder político está tratando as crianças e adolescentes como inimigo do estado, pois o poder estatal é ampliado a similar autocrático retrógrado que remonta um período em que crianças e adolescentes podiam ser presas e punidas como qualquer pessoa.

Porém, qual o limite para que redução da maioria penal não trate a criança ou o adolescente de forma não cidadã (inimiga)?

Quando Günther Jakobs trabalha o cidadão e o inimigo, o critério diferenciador de um e outro corresponde, justamente, ao propósito atentatório (inimigo) ou não (cidadão) ao pacto social das vertentes contractualistas, responsável por constituir a sociedade política.

Assim, pode-se dizer que inimigo é aquele que repudia este pacto social constituidor da sociedade política e, portanto, pode-se dizer, também, que o poder estatal irá tratar a criança e o adolescente de forma não cidadã (inimiga) sempre que atribuir punições e a responsabilização penal sem a maturidade volitiva (voluntariedade) suficiente e necessária que pressupõe o discernimento civil existente em um pacto social constituidor da sociedade política (por isso que faz sentido a relação dos argumentos que vinculam a capacidade de votar e participar das decisões políticas com a idade para ser responsabilizado penalmente).

Não podemos esquecer que a voluntariedade (aptidão volitiva do

agente) é o elemento primordial do pensamento filosófico contratualista e das ideias de contrato social.

Portanto, o poder político pode tratar a criança e o adolescente como um inimigo estatal a partir da redução da maioridade penal quando pune e responsabiliza a criança e o adolescente sem considerar suas peculiaridades que os diferenciam das demais pessoas, em suma, sem os regimes especiais de responsabilização e punição inerentes das crianças e adolescentes (medida de proteção e sócio educativas).

Remonta, assim, a um modelo estatal ultrapassado e retrógrado que regride a similares autocráticos portadores de poderes para prender e punir crianças sem a maturidade volitiva e civil da mesma forma que punem os delinquentes imputáveis.

Faz-se necessário lembrar que o sistema resguarda uma forma de punição diferente para o imputável (pautada em razões de culpabilidade, sendo responsabilizado por comportamentos pretéritos), para o inimputável (pautada em razões de periculosidade, sendo responsabilizado por comportamentos futuros) e de maneira, também diferenciada para o inimputável menor, criança e adolescente, com regimes de responsabilidades que reconheçam as diferenças em detrimentos aos demais (medida de proteção e sócio educativa).

Perceba que o fator de averiguação da aptidão volitiva coincide nas três formas de tratamento (imputável, inimputável maior e inimputável criança e adolescente) e esta capacidade de autodeterminar-se de acordo com a vontade (aptidão volitiva) é, justamente, o elemento primordial para as visões contratualistas, ou seja, a voluntariedade que pressupõe um pacto social que constituiu a sociedade política.

A redução da maioridade penal deve respeitar este limite, ou seja, a maturidade volitiva suficiente para ser responsabilizado como qualquer pessoa e não como criança e adolescente, pois não havendo essa maturidade estaremos falando de inimputável que gozar da prerrogativa de ser punido e responsabilizado de forma distinta (medida protetiva e sócio educativa).

Não se trata de discutir uma redução da maioridade penal específica para os 16 (dezesseis) anos, mas de refletir quando hipotéticas reduções da maioridade penal estariam com propósitos de elevar o poder estatal a uma regressão autocrática, no sentido de decidir sobre a possibilidade

de prender e punir agentes que, em tese, mereceriam tratamentos especiais (medida de proteção e socioeducativas) por não possuir as aptidões volitivas exigidas pelas vertentes contratualista, tratando mercedores de tratamentos especiais (crianças e adolescentes) como criminosos comuns.

Portanto, a menoridade será considerada inimiga, ou seja, a criança e o adolescente passam a ser tratados de forma não cidadã e como um inimigo estatal quando a responsabilização penal e a atribuição da culpabilidade que, em tese, não é aplicável para ininimputável, começam incidir em alguém sem o estado volitivo necessário para constituir-se como integrante do contrato social que instituidora da sociedade política.

Lógico que a redução da maioridade penal é um assunto que ganhou a significativa projeção em debates e a repercussão midiática da imprensa no Brasil em razão da proposta do senador Aloysio Nunes (PSDB-SP) que defendeu em Plenário estes entendimentos favoráveis a redução da maioridade penal no país (MENDES, 2014).

No Brasil, a maioridade penal ocorre aos 18 anos, segundo o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 reforçado pelo artigo 27 do Código Penal, e pelo artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990).

Uma consideração relevante é a de que parte da doutrina entende que o artigo 228 da Constituição Federal é cláusula pétrea em razão de proteger um direito individual, existindo, inclusive, o argumento de que a fixação de um mínimo etário e submetê-lo a um marco de, por exemplo, 18 anos como no caso brasileiro, corresponde a um critério de segurança da sociedade.

Quando o pensamento de Günther Jakobs diferencia um Direito Penal para o cidadão e um Direito Penal para o inimigo a partir do pacto social constituidor da sociedade política, em que pese não compartilhar-se com o autor alemão das ideias de inimigo (pois todo o Direito deve ser cidadão); aproveita-se, restritamente, a ligação e o atrelamento da capacidade volitiva que deve estar vinculada ao pacto social constituidor da sociedade política, ou seja, a consciência civil e aptidão para votar e participar das decisões políticas que pressupõe alguém que reconhece suas garantias oriundas do pacto social que as instituiu.

A responsabilização penal estatal não deve incidir sobre alguém que não tenha a capacidade de votar e participar das decisões políticas de um

país, salvo se o sistema de responsabilização estatal for especial para o inimputável maior que possui deficiências quanto a respectiva aptidão volitiva (isso já acontece por meio da medida de segurança) ou para a criança e adolescente que ainda não tenha esta maturidade volitiva que é exigida pelo pacto social constituinte da sociedade política (também já existe por meio da medida protetiva e socioeducativa).

A pretensão do trabalho liga-se à tentativa de fixar o limite que deve sempre ser levado em consideração quando as reduções da maioria penal são debatidas, pois uma redução exagerada afastaria o regime especial de responsabilização de alguém que efetivamente não possui a capacidade volitiva para ser responsabilizado como qualquer pessoa portadora dos discernimentos de suas garantias e direitos a partir da consciência de que é integrante de um pacto social que resguardou essas garantias e direitos.

A fixação de limites para redução da maioria penal deve ser considerada em meio ao processo político que pode, de fato, estender a responsabilização penal para crianças e adolescentes, haja vista que a proposta de redução da maioria penal tem sido criticada por muitos juristas e especialistas em políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes.

O próprio senador autor da proposta citou a Folha de São Paulo que trouxe um pesquisa realizada pelo Datafolha com 600 (seiscentos) entrevistados e margem de erro de quatro pontos percentuais, apontando 93% dos paulistanos são favoráveis à medida.

Vale reiterar que o objetivo do presente trabalho não é ser favorável ou não a critério etário previsto na Constituição Federal, inclusive ressalta-se que a invocação da capacidade para voto e outros meios de participações nas decisões estatais são critérios bastante interessantes para qualquer alteração na menoridade penal, porém o propósito é, justamente, expor as razões legítimas que devem servir de medidas para essas mudanças, tendo em vista a capacidade volitiva que é elementar do pensamento filosófico legitimador do contrato social.

A redução da menoridade penal pode dar margem a figura do “menor inimigo” quando a criança e o adolescente passam a ser tratados como tais, sendo onerados com as bases da culpabilidade e da responsabilização penal de comportamento pretéritos sem, no entanto, possuírem a integração efetiva e concreta para uma consciência política suficientemente

exigidas pela sociedade política.

A presente proposta define limites contratualistas que devem estar presente nos debates quando o Poder Político busca reduzir a maioria penal de maneira a responsabilizar penalmente agentes que não possuem a maturidade volitiva suficiente para alcançarem as exigências do pacto social e das expectativas das vertentes contratualistas que constituíram a sociedade política, de modo a resguardar para esses inimutáveis (criança e adolescentes) a responsabilidade especial que reconhecem a suas limitações (medidas protetivas e socioeducativas).

Atentando-se aos cuidados de não afastar regime especial de quem, de fato, faz jus a essas medidas de responsabilização e defendendo-se que aplicar responsabilização comum para quem é todo merecedor de regime especial de responsabilidade é tratar pessoas como um inimigo estatal, conferindo-se ao poder estatal a possibilidade de impor punições descaídas e não reconhecidas das diferenças, regredindo a um modelo que já se encontrava superado, a saber, uma espécie de similar autocrático.

Em Esparta, na Grécia Antiga, a criança ao nascer já era condenada por anciãos se não fossem fisicamente satisfatórias; há também relatos históricos de poderes políticos que ordenaram a execução de crianças, como a do Rei da Judeia Herodes, enfim, relatos que trataram a criança como inimigo do estado e de forma legítima dispersam inúmeros episódios em vários momentos da História e, em meio a tantos debates sobre a redução etária para responsabilização penal, é preciso resguardar no debate sobre a redução da maioria penal, limites que assegurem o tratamento cidadão que a criança e o adolescente devem receber por parte do Poder Estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa discute um tema bastante recorrente, correspondente à redução da maioria penal, que ganhou a repercussão e o debate nos veículos midiáticos e na imprensa justamente pela proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 33/2012) que defende o novo limite etário, de autoria do senador Aloysio Nunes (PSDB-SP), e do candidato a presidência, Aécio Neves, nas eleições de 2014 (MENDES, 2014).

O presente trabalho não teve como objetivo ser favorável ou não a uma redução específica da maioria penal, mas sim fornecer critérios

que devem estar inseridos nos debates políticos acerca desta temática, evitando a redução do discurso à mera questão de opinião pública, inserindo um aprofundamento mais filosófico acerca do assunto.

O objetivo da proposta foi, precisamente, mostrar que uma redução negligente da maioria penal pode regredir o modelo estatal a similares autocráticos que, em pretéritos não muito remotos decidiam responsabilizar crianças e adolescentes do mesmo modo que imputáveis maiores e capazes, respondendo a problemática investigatória compreendida como ponto de partida deste desenvolvimento, correspondente a indagação de qual seria o limite para que a redução da maioria penal não implicasse em um tratamento estatal com similares e proximidades do tratamento não cidadão recebido pelo intitulado inimigo no pensamento de Günther Jakobs.

Fica bastante claro que a capacidade para exercício da cidadania é demonstração patente de aptidão para sofrer as consequências estatais de maior expressividade na sociedade política, correspondente à responsabilização penal, em suma, a capacidade para votar ou exercer a cidadania corresponde ao limite mínimo exigido para que alguém sofra as maiores consequências da sociedade política que constituiu.

A tão famigerada figura do inimigo do pensamento de Günther Jakobs merece o acréscimo que não se limita a responsabilização do entendido perigoso pelos seus comportamentos futuros, mas também pelo tratamento de criança e adolescente quando são responsabilizados do mesmo modo que imputáveis maiores, havendo uma extensão da noção de inimigo, pois em ambos os casos há um tratamento não cidadão a ser deflagrado por parte do Estado.

Comparando as noções de Günther Jakobs com os fundamentos da vigente medida de segurança do ordenamento jurídico penal, percebe-se uma relação muito próxima da responsabilização do inimigo maior imputável em face do cidadão maior inimputável, pois ambos comungam as razões de periculosidade para juízos comportamentais futuros em detrimento ao modelo de responsabilização construído para o cidadão maior imputável, onde os juízos comportamentais são sempre pretéritos e baseados na sua culpabilidade.

A criança e o adolescente fogem a estes modelos quando sua aptidão volitiva insuficiente para exercerem sua cidadania em face de seu Estado

exige um tratamento especial (medidas de proteção e socioeducativas) e uma redução política desmedida auferindo responsabilização de imputável comum e maior para quem merece um tratamento especial seria um retrocesso autocrático que afirmaria uma menoridade excluída do tratamento cidadão, regredindo o menor para um inimigo do Estado.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BALDWIN, C. Can there be justice in Guantánamo Bay? *Human Rights Watch*, 18 Feb. 2008. Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2008/02/18/can-there-be-justice-guantanamo-bay>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei 8.069* de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BUSATO, P. C. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 04, n. 14, p. 137-145, 2004.

CAUCHON, D. Zero tolerance policies lack flexibility. *USA Today: Education News*, April 13, 1999. Disponível em: <<http://www.usatoday.com/educate/ednews3.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, L. F. *Lei do abate: inconstitucionalidade.2009* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

JAKOBS, G. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *HRRS: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, März 2004, Caderno 3, p. 88-95. Disponível em: <<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

MENDES, P. *Comissão do Senado rejeita reduzir maioria penal em crime hediondo*. 19 mar. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/02/comissao-do-senado-rejeita-reduzir-maioridade-pe>>

nal-em-crime-hediondo.html> Acesso em: 12 dez. 2014.

SCHIMITT, C. *O conceito de político*. Tradução de Alvaro L. M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992.