

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

FRANCISCO ROBÉRIO LIMA CHAVES

**A INIMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE INFRATOR E O CRIME
DE HOMICÍDIO DOLOSO: PELA SUPERAÇÃO DE UM PARADIGMA**

FORTALEZA
2010

FRANCISCO ROBÉRIO LIMA CHAVES

**A INIMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE INFRATOR E O CRIME
DE HOMICÍDIO DOLOSO: PELA SUPERAÇÃO DE UM PARADIGMA**

Monografia apresentada como exigência parcial para conclusão do Curso de Especialização em Direito Constitucional, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, sob orientação do Professor Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago.

FORTALEZA
2010

FRANCISCO ROBÉRIO LIMA CHAVES

**A INIMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE INFRATOR E O CRIME
DE HOMICÍDIO DOLOSO: PELA SUPERAÇÃO DE UM PARADIGMA**

Monografia apresentada à banca examinadora e ao Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão – CEPE, da Escola Superior da Magistratura do Ceará – ESMEC, credenciada pelo Parecer 0560/2008 de 12.11.2008, do Conselho de Educação do Ceará, nos termos do art. 10, IV, da Lei nº 9.394 de 26.12.1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Fortaleza, 20 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador), Dr

Prof. Flávio José Moreira Gonçalves, Ms

Prof. Juarez Gomes Nunes Junior, Esp.

Dedico este trabalho à minha esposa e filhos, que compreenderam o sacrifício do convívio em prol de um objetivo maior.

“O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. O direito como ciência jurídica é um trabalho incessante e racional, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, lute pela justiça”.

(Ihering)

RESUMO

Nossa Lei Maior determina, em seu artigo 228, que todos os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, sujeitos às normas estabelecidas na Legislação Especial. A mesma determinação repete-se no Código Penal Brasileiro, artigo 27, e no artigo 104 da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, legislação especial a que a Constituição e o Código Penal se referem. Considera o nosso ordenamento pátrio que um adolescente não comete crime, pois, sendo inimputável, não preenche o requisito “culpabilidade”, já que, mesmo praticando um fato típico e antijurídico, um injusto penal, por faltar-lhe a potencial consciência da ilicitude, não é considerado culpado, e, portanto, não comete crime. Nos dias atuais, os jovens têm, por dispositivo constitucional, maturidade suficiente para votar a partir dos dezesseis anos e, assim, influir nos destinos de nossa nação, bem como, por meio do Código Civil, a possibilidade de serem emancipados. Com todo esse desenvolvimento e independência conquistados pela juventude, indaga-se se tal distinção não representa uma afronta à racionalidade e ao sentimento de justiça ver jovens, a partir dos dezesseis anos de idade, que são conscientes de seus atos, serem considerados por nossa legislação penal como criancinhas impúberes e, dessa forma, não responderem penalmente perante a sociedade por seus atos criminosos. Do exposto, não se defende, indistintamente, a redução da maioria penal para todos os tipos de crimes ou contravenções, já que, em muitos casos, os jovens são levados para a vida criminosa em razão das péssimas condições sociais e econômicas em que vivem. O que se defende é a distinção quando o crime praticado é homicídio em sua forma dolosa, quando o agente quer e busca, conscientemente, o resultado morte, já que, nesse caso específico, o bem eliminado é a vida humana, supremo bem jurídico, insuscetível de qualquer possibilidade de recuperação ou reparação.

Palavras-chave: Inimputabilidade. Menor infrator. Homicídio doloso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 VIDA, BEM JURÍDICO CONSTITUCIONAL.....	14
2.1 Das disposições constitucionais e legais	14
2.2 Dos ensinamentos doutrinários.....	16
3 DO OBJETIVO DO DIREITO PENAL.....	18
3.1 Das lições do Mestre Italiano Beccaria.....	18
3.2 Posicionamento na doutrina	21
4 DO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO	24
4.1 O Crime	24
4.2 O homicídio doloso	27
5 DA EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE.....	29
5.1 Da época da positivação da inimputabilidade absoluta do menor	29
5.2 Da evolução da sociedade, da informação, do conhecimento e amadurecimento dos jovens	30
6 DA INIMPUTABILIDADE EM RAZÃO DA IDADE.....	32
6.1 Conceitos e Definições.....	32
6.2 De seu caráter absoluto	33
6.3 A incoerência da presunção absoluta da inimputabilidade	36
6.4 Das incoerências no próprio ordenamento jurídico pátrio	37
7 O MENOR NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E EM LEGISLAÇÕES ALIENÍGENAS	43
7.1 Convenção sobre os direitos da criança	43
7.2 O menor em algumas legislações alienígenas.....	45

8 ECA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	48
8.1 Cumprimento de Medidas Socioeducativas	48
8.2 Da incapacidade do Estado	49
9 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal determina, em seu artigo 228, que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, sujeitos unicamente às normas de legislação especial. Tal determinação, de forma literal, encontra-se repetida no Código Penal Brasileiro, artigo 227, e no artigo 104 do ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, essa última a legislação especial a que a Constituição e o Código Penal se referem. Assim, o menor que comete ilícito, independentemente da gravidade e do bem jurídico atingido, fica sujeito somente às medidas socioeducativas preconizadas no ECA.

A inimputabilidade do menor de 18 anos é absoluta, não sendo admitido qualquer tipo de prova em contrário. Entendeu o legislador, guiando-se por critério puramente biológico, que todo menor de 18 anos, independentemente de um maior ou menor grau de discernimento, de conhecimento, escolaridade, condição socioeconômica etc., não tem, em qualquer hipótese, capacidade para compreender a ilicitude de seu comportamento.

A problemática do tema é o caráter generalizante de como a lei trata a inimputabilidade do menor nos homicídios praticados por eles de forma dolosa e a repercussão no seio da sociedade do fato desses menores, conscientes da ilicitude do crime, não responderem penalmente pelo homicídio, mas, tão somente, cumprirem as medidas socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A vida humana é o mais importante dos bens jurídicos, cuja proteção é imperativo jurídico de ordem constitucional. A Carta Magna, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, estatui, no *caput* do artigo direito 5º, após consagrar que todos são iguais perante a lei, o primeiro e mais importante dos direitos a ser garantido a todos os brasileiros e estrangeiros que estejam no país é a inviolabilidade do direito à vida, para, em seguida, relacionar outros fundamentais direitos: liberdade, igualdade, segurança e propriedade. A primazia do direito à vida, entre todos os bens jurídicos a serem protegidos e garantidos, destaca-se por ser indispensável à existência de qualquer outro direito individual, pois, sem a vida, não há como se cogitar a existência de qualquer outro direito individual, pois a vida é o único bem insuscetível de qualquer possibilidade de recuperação ou reparação. A liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, caso sejam atingidas, é possível sua reparação. A vida, uma vez eliminada, jamais será restaurada, sendo este o grande diferencial, motivo pelo

qual o crime contra a vida praticado por menor, a partir dos 16 anos, deve ter tratamento diferenciado em relação aos demais bens jurídicos.

Diante do exposto, questiona-se: existe contradição no ordenamento jurídico quanto ao tratamento dispensado ao menor de 18 anos, ao reputá-lo capaz para diversos atos da vida civil e, ao mesmo tempo, considerá-lo absolutamente inimputável na esfera penal? Essa distinção de tratamento, dispensada pela legislação ao menor gera dubiedade em sua interpretação e algum tipo de impunidade? Em face da supremacia do bem vida em relação aos demais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, não seria razoável aplicar penas àqueles menores que cometem homicídio de forma dolosa? Deve-se manter o caráter absoluto de inimputabilidade do menor somente em razão do fator idade, quando se sabe, via de regra, que nos dias atuais quase tudo assume um caráter de relatividade, ou deve-se analisar o caso específico e aferir o grau de consciência do menor que pratica o homicídio doloso? Quais as possíveis razões para, até hoje, manter-se imutável a presunção da inimputabilidade absoluta do menor?

A justificativa para esse trabalho leva em conta ser inaceitável, nos dias atuais, considerar inimputável, de maneira absoluta, sem se perquirir qualquer circunstância, um menor, a partir dos 16 anos, que ceifa, dolosamente, a vida de outro ser humano, sem levar em conta que a lei penal existe, em princípio, não para punir o delinquente, mas sim, primeiramente, para proteger a sociedade.

O entendimento de que o menor de 18 anos ainda não alcançou sua maturidade completa, não tendo formado sua personalidade, presumindo-se de forma definitiva sua incapacidade de compreender a ilicitude de seus atos e, conseqüentemente, responder penalmente pelo ilícito cometido, é admitir que todos os seres humanos são rigorosamente iguais e atingem a maturidade, indistintamente e de maneira categórica, no exato momento em que atingem a idade de 18 anos, entendimento esse que fere nosso senso de racionalidade.

Entende-se ser uma verdade irrefutável que hoje os jovens recebem uma carga de informação e de conhecimento do mundo muito maior que os jovens de cinquenta ou sessenta anos atrás, época da normatização da inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos. Não é sensato conceber que nenhuma pessoa menor de 18 anos desconheça a ilicitude de se cometer um homicídio doloso e a gravidade das conseqüências deste ato, que é a extinção de uma vida humana.

Não se questiona que a lei possa estabelecer certos parâmetros para regular a vida em sociedade. O que se questiona é se não mereceria o homicida, mesmo menor de idade, ter, no mínimo, aferida sua potencial consciência para compreender a ilicitude de seu comportamento, já que a vida, o bem jurídico supremo e que deve ser protegido de forma primordial pelo Estado, uma vez extinta, não é passível de qualquer recuperação ou reparação.

É necessário ressaltar que o próprio ordenamento jurídico pátrio já estabelece diferentes sanções a serem aplicadas de acordo com o bem jurídico atingido, ou mesmo, a pessoa que é vítima da ação criminosa. Pode-se citar, como exemplo, o próprio crime de homicídio, artigo 121 do Código Penal, que estabelece penas maiores para as hipóteses que o definem como qualificado e, inclusive, com aumento da pena quando praticado contra pessoas menores de 14 anos ou maiores de 60 anos. Outro exemplo é o crime de estupro que estabelece maior pena quando tal crime é praticado contra vítima menor de 18 e maior de 14 anos de idade, como posto no art. 213 do Código Penal Brasileiro. Questiona-se: se o ordenamento penal já estabelece tais distinções, certamente com o objetivo de desencorajar efetivamente que tais crimes sejam cometidos contra pessoas de certas faixas etárias, como acima exemplificado, por qual motivo não se pode também estabelecer diferenciação entre os “atos infracionais” praticados por adolescente, estabelecendo distinção para os casos de homicídios praticados dolosamente em relação a outros delitos penais?

Ainda, se é certo que o direito reflete a visão socioeconômica, política e cultural de um povo, dentro de um contexto espaço-temporal, deve ao menos retratar o sentido de justo e de justiça desse mesmo povo. Assim, questiona-se: é sensato permanecer a mesma regra estabelecida por lei editada há setenta anos, como é o caso de nosso Código Penal de 1940, isentando de pena indistintamente todo menor de 18 anos de idade, sabendo-se que hoje o jovem, a partir dos 16 anos, sabidamente, tem condições de entender o caráter de ilicitude da prática de um homicídio? Essa lei não se distancia desse referencial social e rompe com o sentimento de justiça do povo e, conseqüentemente, faz aflorar o sentimento de injustiça?

Reflete-se sobre o posicionamento de diversos doutrinadores que concordam que, nos dias atuais, ser inimaginável entender que alguém de 16 ou 17 anos não compreenda a ilicitude e gravidade da prática de um homicídio em sua forma dolosa. Também evidencia-se a enorme distância temporal da época em que foi promulgado nosso atual Código Penal e mesmo a nossa Constituição Federal atual, que já conta com 22 anos. Observa-se que, nas últimas duas décadas, o mundo experimentou extraordinário desenvolvimento devido à

globalização, às comunicações e aos meios de informações, notadamente a internet e, especificamente, nossa nação, que avançou enormemente, o que corrobora para o entendimento de que o jovem, a partir dos 16 anos, não pode ser mais considerado como incapaz de entender o caráter de ilicitude de seus atos.

Enfatizam-se, sobremaneira, as divergências existentes em nosso ordenamento jurídico, que, ao mesmo tempo, permanece com o entendimento de que nenhum menor de 18 anos de idade tem capacidade de entender a ilicitude de seus atos e, a partir dos 16 anos de idade pode votar, casar, constituir negócio, trabalhar etc. Como nota, vale salientar que o nosso Código Civil, em seu artigo 1517, trata as pessoas a partir dos 16 anos, como homem e mulher, para poderem contrair, com autorização, matrimônio e, assim, constituir família.

Tem-se, neste trabalho, por objetivo geral, analisar a aparente contradição entre a primazia da vida como bem jurídico fundamental e as disposições constitucionais e do Código Penal que atribuem ao menor, de maneira absoluta, a condição de inimputável, mesmo quando comete o crime de homicídio doloso, mesmo que o menor seja capaz de entender o caráter de ilicitude de seu ato.

Por objetivos específicos procura-se: indicar que a sociedade evoluiu e que o jovem nos dias atuais tem todas as condições de entender o mundo que o cerca, bem como o caráter da ilicitude dos seus atos; mostrar as diversas contradições existentes nas disposições legais sobre a situação do menor, que a lei o considera capaz para diversos atos da vida civil e inimputável na esfera penal; apontar a necessidade de se diferenciar o tratamento dado ao menor que comete homicídio, em sua forma dolosa, dos diversos outros delitos, por conta da primazia do bem vida em relação aos outros bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico; defender que o jovem, a partir dos 16 anos de idade, já considerado capaz para diversos atos da vida civil, tem capacidade de entender da ilicitude de atos delituosos, notadamente o homicídio doloso; apontar o entendimento sobre o adolescente em conflito com a lei nos tratados internacionais e em algumas legislações alienígenas; indicar as possíveis maneiras que o Estado, através da necessária alteração das leis, inclusive de nossa Carta Maior, possa aplicar pena ao menor que pratica homicídio doloso e, na execução da pena, dar-lhe tratamento diferenciado, inclusive quanto ao local do cumprimento da pena, que deverá ser distinto do criminoso comum, de modo a preparar esse jovem para o convívio em sociedade.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, a partir dos variados posicionamentos positivados no ordenamento jurídico e posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, bem como documental, através de leis e normas. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização, pura, visto que se pretende acercar do tema, defendendo a necessidade da alteração da legislação. Segundo a abordagem, é qualitativa, busca demonstrar o sentimento da sociedade quanto ao caráter absoluto da inimputabilidade do menor, face ao homicídio doloso, determinando sua contradição com as disposições legais sobre o menor. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, à medida que busca explicar e interpretar o fenômeno da inimputabilidade do menor e suas consequências.

No primeiro capítulo, “Vida, supremo bem jurídico constitucional”, enfatiza-se a primazia da vida em relação aos demais bens protegidos pelo ordenamento jurídico, trazendo, por consequente, o entendimento que, face à sua primazia, merece do ordenamento jurídico melhor proteção.

O segundo capítulo, “Do objetivo do direito penal”, trata das lições do mestre italiano Beccaria e do posicionamento da doutrina sobre o papel do Direito Penal e seus objetivos.

O terceiro capítulo, estuda o crime de homicídio doloso, detalhando o crime em si, o homicídio e o dolo, trazendo suas definições e posicionamentos dos doutrinadores.

Reserva-se o quarto capítulo para tratar da evolução da sociedade, da época da positivação da inimputabilidade, do crescimento do acesso às informações e conhecimento pelos jovens, evidenciando a irracionalidade de se admitir, nos dias atuais, que um jovem de 16 ou 17 anos seja incapaz de compreender o caráter ilícito de um ato criminoso.

O quinto capítulo, trata especificamente sobre a inimputabilidade em razão da idade, mostrando seu nascedouro na legislação pátria, discutindo o caráter absoluto da inimputabilidade, trazendo diversos posicionamentos doutrinários. Discute-se, de maneira mais aprofundada, a incoerência da presunção absoluta da inimputabilidade do menor, inclusive, dentro do próprio ordenamento jurídico.

O sexto capítulo, demonstra o posicionamento sobre o menor nos tratados internacionais e em algumas legislações alienígenas, enfatizando as diferenças com o tratamento dado ao adolescente em nossa legislação.

O sétimo capítulo, detêm-se especificamente sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, sua forma de atuação e suas deficiências no tratamento do adolescente infrator.

2 VIDA, BEM JURÍDICO CONSTITUCIONAL

2.1 Das disposições constitucionais e legais

Na sistematização de nossa Carta Magna, após dedicar o título I aos Princípios Fundamentais que regem nossa República Federativa, dedica o título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, abrindo o capítulo I com os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Certamente, tal ordem não é aleatória, mas, com acerto, estabelece uma ordem de importância.

O artigo 5º, que abre o primeiro capítulo do título II, em seu *caput*, representa, sem dúvida, uma síntese dos direitos e deveres individuais e coletivos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade [...].

A ordem de valores estabelecida é propositadamente racional em elencar como primeiro direito a própria vida, pois, logicamente, não há como citar os demais direitos postos sem que necessariamente exista antes a própria vida. A primazia constitucional do direito à vida é novamente ressaltada na Lei Fundamental no título VIII, que trata da Ordem Social, especificamente no capítulo VII, direcionada, inclusive, dentre outros, ao próprio adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Observa-se que neste último artigo, a absoluta prioridade à vida é posta no próprio texto constitucional, que, além do dever posto ao próprio Estado, tal obrigação máxima, de assegurar a todos o direito à vida, é posta como dever também da família e da sociedade como um todo. A relevância do direito à vida é tão mais importante em relação aos demais bens jurídicos, seja patrimônio, liberdade, segurança, moral etc., que ocorrendo um homicídio doloso, o agressor deste direito supremo não é julgado pelo Estado, representado por um juiz togado, mas sim pela própria sociedade, através do tribunal do júri, como também posto no mesmo artigo 5º da Constituição Federal:

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
 [...]

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

A supremacia do direito à vida em relação aos demais direitos assegurados na ordem constitucional é notória, seja na ordem estabelecida no próprio caput do art. 5º. Esse introduz na Carta Magna o primeiro capítulo do título II, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais, seja no título VIII, que trata da ordem social, especificamente o capítulo VII que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. E ainda ao definir que os crimes dolosos contra a vida serão julgados no tribunal do júri, ou seja, pela própria sociedade, enquanto todos os demais crimes são julgados pelo Estado-Juiz. Essa é a razão pela qual a agressão a este bem jurídico supremo deve ter tratamento diferenciado, mesmo quando praticado por menor de idade, uma vez que é o único bem jurídico insuscetível de qualquer possibilidade de recuperação ou mesmo reparação, quando atingido.

Na legislação pátria infraconstitucional, também encontram-se notórios exemplos de que o bem jurídico vida se sobrepõe aos demais e deve ser protegido de uma forma excepcional em relação aos demais bens jurídicos que o ordenamento jurídico dota de proteção.

O Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, está dividido em 11 (onze) títulos, tratando, cada um dos títulos, das diversas modalidades de crimes, que, da mesma forma da sistematização do próprio texto constitucional, pode-se também observar no código penal uma ordenação dos títulos segundo a gravidade e importância dos crimes. Nesse sentido, não é sem razão que os crimes contra a pessoa ocupam o título I e, ainda, especificamente, os crimes contra a vida são tratados no capítulo I do primeiro título. Nesta mesma linha de gradação, não é sem motivo que o homicídio doloso, mesmo quando praticado isoladamente, ou seja, não acompanhado de outro tipo crime, como roubo, sequestro, tem para si reservada a maior pena individual, com pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Art. 121. Matar alguém:
 Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.
 [...]

§ 2º. Se o homicídio é cometido:
 [...] (hipóteses para homicídio doloso)
 Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), conhecido nacionalmente como ECA, também, da mesma forma do texto constitucional, ao dedicar o título II aos Direitos Fundamentais, intitula o capítulo I deste título “DO DIREITO À VIDA E A SAÚDE”, deixando notória a supremacia do direito à vida: “Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

2.2 Dos ensinamentos doutrinários

Do direito à vida decorrem os demais direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, residindo sua relevância em face dos demais bens jurídicos no fato de ser a vida a gênese de todos os demais direitos ou bens jurídicos, pois, inexistindo aquela, não há como cogitar da existência de qualquer outro direito dela decorrente.

Cretella Júnior (1997, p. 182-183), ao comentar sobre a inviolabilidade do direito à vida, (art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988), entende que, ao invés de constar no texto da Carta Magna “a inviolabilidade do direito à vida”, bastaria constar “o direito”, pois a “vida é um direito” garantido pelo Estado, sendo esse direito inviolável. Entende ainda que a expressão “direito à vida” tem no mínimo dois sentidos: a) direito de continuar vivo; b) direito à subsistência.

Nesta mesma linha, Morais (2003, p. 176) entende que a Constituição Federal assegura o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada a continuar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência.

Lenza (2008, p. 595) também segue a mesma linha de Cretella e Morais, ao afirmar que “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

Desta forma, fica claro o entendimento de que o primeiro e mais sagrado direito individual estampado na Lei Maior é o direito de continuar vivo, de que o Estado tem por obrigação, antes mesmo de garantir a eficácia de qualquer outro direito, garantir ao cidadão o direito sagrado à vida, de continuar vivo, de não tê-la ceifada.

Inexiste no Brasil a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/88. Assim, excluída esta hipótese especialíssima, o Estado Brasileiro tem por obrigação máxima garantir a vida de todos os seus cidadãos e, inclusive, aos estrangeiros residentes no país, conforme o texto constitucional, hipótese extensiva a todos que estejam em solo brasileiro.

3 DO OBJETIVO DO DIREITO PENAL

3.1 Das lições do Mestre Italiano Beccaria

Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, jurista e economista italiano que viveu entre 1738 a 1794, escreveu sua grande obra “*Dei Delitti e Delle Pene*” entre os anos de 1763 e 1764, influenciado por grandes filósofos e pensadores da época, tais como Thomas Hobbes, autor de “O Leviatã”; Jean-Jacques Rousseau, “Emílio”, “Contrato Social”, “Nova Heloísa”, e Charles de Secondat, barão de Montesquieu, “Cartas Persas” e “O Espírito das Leis”, contribui com sua magistral obra “Dos Delitos e Das Penas”, onde traça, com maestria, como o próprio título induz a relação entre os delitos e as penas que devem ser cominadas. Certamente, sua obra foi escrita principalmente para combater as penas bárbaras aplicadas aos que infringiam às leis em sua época, mas trouxe à luz os fundamentos que devem nortear a aplicação das penas, devendo-se, nesta análise, ressaltar alguns aspectos ligados aos sistemas de governo existentes à sua época, notadamente as monarquias européias (BECCARIA, 2009).

Em sua época, como a ideia do teocentrismo ainda era muito forte, Beccaria (2009) entendia que a justiça divina e a justiça natural seriam constantes e imutáveis, mas, ao se referir à justiça dos homens, assim se manifesta ainda no prefácio de sua obra:

Mas a justiça humana, ou se se preferir, a justiça política, como não é senão relação que se estabelece entre uma ação e o estado mutável da sociedade, pode igualmente variar, à proporção que essa ação se torne vantajosa ou imprescindível ao estado social (BECCARIA, 2009, p. 14).

Deste pensamento, pode-se apreender que a ideia de justiça humana pode ser mutável, à proporção que as ações que traduzam a justiça sejam vantajosas à própria sociedade.

Beccaria (2009, p. 15-16) aduz que,

[...] percorrendo a história, constata-se que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre são resultantes das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: **todo o bem-estar possível para a maioria**. [grifo nosso].

Certamente, a ideia central deste fragmento é que a lei deve buscar todo o bem-estar possível para a maioria e não ser fruto do acaso ou existir para atender o interesse de uma minoria. Ainda nesta mesma linha, traz Beccaria (2009, p. 20), a lição de que “O direito é a força submetida a leis para proveito da maioria”.

Ao discorrer sobre a origem das penas e do direito de punir, ensina o mestre que “cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens” (BECCARIA, 2009, p. 18). Noutro ponto, defende que “o interesse público consiste na observação das convenções úteis à maioria” (BECCARIA, 2009, p. 21). Destes dois fragmentos, surge a lição de que o interesse público deve se sobrepor ao interesse pessoal, à medida que este obriga à obediência das convenções úteis a maioria por todos os indivíduos, que, isoladamente, a princípio, prefeririam estar livres das convenções que a todos obrigam.

Discorrendo sobre a obscuridade das leis de sua época, já trazia a lição tão atual aos nossos dias:

Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delitos haverá, pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas colocam um freio à eloquência das paixões (BECCARIA, 2009, p. 24).

Ensina o mestre italiano que a certeza da aplicação de uma pena àquele que tenciona cometer um crime fará com que seja abandonada a maléfica ideia, o que ocorrerá na grande maioria dos casos. Ao contrário, como atualmente ocorre com os adolescentes que cometem homicídio de forma dolosa, nossos diplomas legais, seja a Lei Maior, Código Penal e o ECA, informam-lhes que não cometem crime algum, pois são inimputáveis, a lei penal não os alcança, sendo somente submetidos, como a própria nomenclatura induz, às medidas socioeducativas estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Noutra passagem, Beccaria (2009, p. 38) já ensinava à sua época a lição que se aplica certamente aos nossos dias: “Um delito já cometido, para o qual não há mais remédio, apenas pode ser punido pela sociedade política para obstar que os outros homens incidam em outros idênticos pela esperança de ficarem impunes”. Como ensina Beccaria, a punição pela sociedade àqueles que cometem crimes tem por objetivo maior proteger a própria sociedade de outros possíveis crimes, seja por aquele que já cometeu o crime ou por outros que se sentissem incentivados pela possível impunidade. No contexto deste trabalho, entende-se que a aplicação de medidas socioeducativas aos que praticam homicídio em sua forma dolosa

pode representar para o infrator e para outros que tencionem cometer o mesmo delito a sensação de impunidade e, para a sociedade, a insegurança de ficar à mercê de tais ações.

Ao discorrer sobre a proporcionalidade entre os delitos e as penas, Beccaria (2009, p. 68-69) traz as seguintes lições:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.

Esta correta lógica de proporcionalidade já pensada no século XVIII, certamente, deveria ser aplicada ao homicídio doloso praticado por adolescente, ou seja, crime tão horrendo, que extingue a vida humana, bem jurídico supremo, que é enquadrado somente como mero ato infracional. Deve-se questionar se não seria útil e proveitoso para a sociedade tratar diferenciadamente o homicídio doloso em relação aos demais atos infracionais cometidos por adolescentes.

Sobre a importância da segurança para os membros da sociedade, Beccaria (2009, p. 74), ressaltando-se o contexto em que viveu, assim expôs:

Depois dos delitos que afetam a sociedade, ou o monarca que a representa, vêm os atentados contra a segurança dos particulares. Como a segurança é a finalidade de todas as sociedades humanas, não se pode deixar de castigar com penalidades mais graves aquele que a viole.

A atual legislação pátria, nos casos de homicídios dolosos praticados por adolescentes, não observa tal princípio, pois define este crime horrendo como mero ato infracional, pondo-o na mesma categoria de um simples furto, limitando, em qualquer hipótese, por mais bárbaro que tenha sido o crime, a medida aplicada a três anos de cumprimento em regime de internato, conforme dispõe o art. 121, §3º, do ECA: “Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos”.

Há lições que, embora conhecida nos dias atuais, por vezes não são observadas por nossos legisladores e, em muitos casos, por aplicadores do direito, como nos mostra Beccaria (2009, p. 101):

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais que a arte

de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme os cálculos dos bens e dos males desta existência.

Noutra passagem do mesmo título, ensina: “O temor que as leis inspiram é saudável” (BECCARIA, 2009, p. 102). Neste sentido, cabe questionarmo-nos, no caso de adolescentes que praticam homicídios de forma dolosa, sabedores que estarão sujeitos somente a medidas socioeducativas e que para nossa legislação não cometem crime algum, mas, e tão somente, meros atos infracionais, se a nossa legislação está cumprindo o papel de prevenção e de gerar temor aos que pretendem desrespeitá-la?

Das lições de Beccaria aqui resumidamente expostas, cabe o questionamento pertinente. Realmente a atual forma de tratamento dada ao adolescente que comete homicídio de forma dolosa atende aos válidos interesses de segurança buscados pela sociedade? É proporcional a aplicação de medida socioeducativa nestes casos?

3.2 Posicionamento na doutrina

Incumbe ao Estado regular a conduta das pessoas na sociedade, o que deve ser feito por meio de normas objetivas, normas essas que proporcionam a possibilidade da vida em sociedade. Deste fato, surge para o Estado o direito de punir aqueles que têm suas condutas contrárias ao Direito Objetivo posto para regular as relações dos indivíduos em sociedade. Para que exista a sujeição de todos às normas estabelecidas pelo Estado, fazem-se necessárias a cominação, a aplicação e execução das sanções previstas para as transgressões cometidas, que são denominadas ilícitos jurídicos, conforme descrito por Melo (2003, p. 80):

Não se pode falar em sociedade sem a existência de um sistema de controle das condutas dos indivíduos que a compõem. De fato, não haveria condições de convivência sem um sistema de regras de conduta de observância obrigatória por parte de seus membros. São, pois, mecanismos de limitação da liberdade humana imprescindíveis à manutenção da ordem no corpo social.

Seguindo a mesma linha, Jesus (1999, p. 6) ensina:

Incumbe ao Direito Penal, em regra, tutelar os valores mais elevados ou preciosos, ou, se quiser, ele atua somente onde há transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade. É, ainda, ciência finalista, porque atua em defesa da sociedade na proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal dos cidadãos, a honra, o patrimônio, etc. A consciência social eleva esses interesses, tendo em vista o seu valor, à categoria de bens jurídicos que necessitam de proteção do Direito Penal para a sobrevivência da ordem jurídica.

Desta forma, está claro que o Direito Penal tem por objetivo a defesa da sociedade através da proteção dos bens jurídicos fundamentais, entre os quais, sem embargo, a vida humana é o mais precioso, porque dele decorrem todos os outros bens jurídicos.

Tutela-se com o dispositivo (art. 121 do Código Penal: Matar alguém...) o mais importante bem jurídico, a vida humana, cuja proteção é um imperativo jurídico de ordem constitucional (art. 5.º, CF/88). Tem a vida a primazia entre os bens jurídicos, sendo indispensável à existência de todo o direito individual, pois ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (MIRABETE, 1996, p. 62-63).

Notória é a ênfase dada pela doutrina a total e indiscutível primazia do bem vida, cuja proteção deve ser a razão maior do ordenamento jurídico.

O Direito Penal, doutrinou Antolisei, é uma parte do ordenamento jurídico do Estado; caracteriza-se pela natureza das consequências que se seguem à violação de suas prescrições: a pena, e daí sua denominação. Dizia o Mestre: “Es el conjunto de preceptos cuya inobservancia tiene la consecuencia jurídica de infligir una pena al autor del ilícito” (ANTOLISEI *apud* MARCÃO, 2003, p. 84).

Wessels (*apud* MARCÃO, 2003, p. 85) ensinou que:

Segundo a experiência da história da humanidade, a justificação para a existência do Direito Penal resulta já de sua indiscutível necessidade para uma proveitosa vida coletiva. [...] como ordenação protetiva e pacificadora serve o Direito Penal à proteção dos bens jurídicos e à manutenção da paz jurídica.

Das lições e definições de Direito Penal trazidas pelos doutrinadores, conclui-se que o Direito Penal navega em duas correntes, a proteção dos valores da coletividade e dos indivíduos e a prevenção dos delitos e a punição como consequência da não observação dos preceitos estabelecidos para vida em sociedade. Há de se questionar se a inimputabilidade penal estabelecida de forma indiscriminada para os menores, mesmo quando cometam o homicídio doloso, não navega na contramão dos interesses da sociedade, notadamente o de segurança e proteção.

O Direito Penal possui como função primordial proteger bens jurídicos essenciais e necessários ao convívio social, segundo valores albergados, expressa ou tacitamente, pelo texto constitucional. Para cumprir tal desiderato, incumbe à lei penal proibir ações humanas dirigidas finalisticamente e capazes de lesar ou expor a perigos de lesão bens jurídicos fundamentais ou, ainda, proibir omissões, mediante a exigência de “ações possíveis, que devem ser executadas por todos justamente para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, um dever de impedir tal resultado”, mediante a ameaça de uma pena, “com os fins a ela atribuídos (retribuição, prevenção geral e prevenção especial)” (CASTRO, 2003, p. 71-72).

De acordo com Bitencurt (2000, p. 4),

Uma das principais características do moderno direito penal é a sua finalidade preventiva: antes de punir o infrator da ordem jurídico penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime. Também o Direito Penal, a exemplo dos demais ramos do Direito, traz em seu bojo a avaliação e mediação de escala de valores da vida comum do indivíduo a par de estabelecer ordens e proibições a serem cumpridas. Falhando a função motivadora da norma penal, transforma-se a sanção abstratamente cominada, através do devido processo legal, em sanção efetiva, tornando aquela prevenção genérica, determinada a todos, em uma realidade concreta atuando sobre o indivíduo infrator, caracterizando a prevenção especial, constituindo a manifestação mais autêntica do seu caráter coercitivo.

O fato da legislação pátria, por um critério puramente biológico, ter estabelecido a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos, excluindo a imputabilidade, requisito da culpabilidade, que constitui um dos três elementos do crime, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, em todo e qualquer tipo de delito praticado, igualando um homicídio doloso, crime nefasto, que extingue uma vida humana, a qualquer outro tipo de delito menor, gera, na população em geral, uma situação de extrema insegurança e sentimento de injustiça, pois, como acima exposto, estes adolescentes, questionando-se sua capacidade de entendimento, principalmente quando optam por extinguir dolosamente uma vida humana, não são alcançados pelo Direito Penal, este, como visto, com finalidades preventivas e coercitivas, com aplicação de sanções aos que desrespeitam os preceitos legais a todos estabelecidos. Questiona-se, neste caso, se o homicídio doloso praticado por menor de idade deve realmente ser tratado somente como mero ato infracional e ficar excluído da esfera penal.

4 DO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO

4.1 O Crime

O Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941, Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, define crime e contravenção, assim positivando:

Art. 1.º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativamente ou cumulativamente.

Este conceito, advindo da teoria formalista, não se mostra satisfatório. Já a teoria material define o crime como violação da norma a que corresponde uma sanção penal. Esse também é, contudo, um conceito incompleto.

Assim, hoje, fruto da denominada teoria analítica do crime, a doutrina majoritária define crime como sendo o fato típico, antijurídico e culpável, muito embora haja entendimento definindo crime como a ação típica e antijurídica, admitindo-se a culpabilidade como sendo pressuposto da pena. (BITENCOURT *apud* JESUS, 2001, p. 395-396).

A jurisprudência já consagrou este mesmo conceito. “Sem culpabilidade não há crime, desde que por crime se entende o ato típico, antijurídico e culpável” (TJSC-AC – Rel. Acácio Rebouças – RT 439/337).

Nesta linha, entende-se que a conduta vem a ser típica quando a ação ou omissão praticada pelo sujeito corresponder à descrição contida na Lei Penal incriminadora. A antijuridicidade significa que, além de típica, deve ser antijurídica, contrária ao direito. É a oposição ou contrariedade entre o fato e o direito.

Nas palavras de Jesus (1999, p. 352), encontra-se assim descrito:

A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não for declarado lícito por causa de exclusão da antijuridicidade.

Desta forma, a conduta típica e antijurídica é entendida como um injusto penal, que ainda não pode ser caracterizado como delito, pois, para tal, é necessário que a conduta

também seja reprovável. A característica de reprovação do injusto do autor é o que se denomina de culpabilidade, que é elemento subjetivo do autor de um crime. Culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa.

Neste presente trabalho, em que se questiona a inimputabilidade em razão da menoridade penal, restringindo-se aos casos de homicídios praticados de forma dolosa por menores, cabe alongar-se nos elementos da culpabilidade, já que a existência da tipicidade e antijuridicidade, no caso de homicídio doloso, são claras e indiscutíveis, posto ser impensável a ocorrência de algumas das excludentes de ilicitude (antijuridicidade) do art. 23, do Código Penal Brasileiro.

São elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Franco (1997, p. 274) ensina que o dolo e a culpa fazem parte da composição típica, constituído o tipo subjetivo paralelo ao tipo objetivo, atendendo ao postulado da teoria finalista. Dessa forma, para que fique clara a culpabilidade, que forma o trinômio juntamente com a tipicidade e antijuridicidade, não é a culpa descrita no artigo 18 do Código Penal, essa faz parte da tipicidade, como já dito.

A culpabilidade, como elemento do crime, é analisada sob três aspectos, quais sejam: a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A exigibilidade de conduta diversa, quando o agente, podendo agir de forma diversa, dentro do Direito, opta em agir contrário a este, dizendo-se, então, que sua conduta foi reprovável. Franco (1997, p. 275) ensina que: “É reprovável a conduta do agente quando, nas circunstâncias concretas de seu atuar, ser-lhe-ia exigível um comportamento, conforme o Direito”. Marques (*apud* FRANCO, 1997, p. 275) traz ainda o seguinte ensinamento: “Exclui-se a reprovação e, portanto, a culpabilidade se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao dever”.

Quanto a potencial consciência da ilicitude, o agente deve ter a consciência que atua contrariamente ao Direito, devendo, esta, pelo menos em potencial, ser elementar ao juízo de reprovação, que é a culpabilidade. Ainda, Frago (1997, p. 283), afirma que: “Para que se afirme a existência da culpabilidade, no entanto, basta o conhecimento potencial da ilicitude, ou seja, basta que seja possível ao agente, nas circunstâncias em que atuou, conhecer que obrava ilicitamente”.

Por último, a imputabilidade, como elemento formador da culpabilidade, pode ser entendida como o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a capacidade de lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. Fragoso (*apud* FRANCO, 1997, p. 395), assim define a imputabilidade: “É a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento”.

Sobre o tema, posicionou-se, desta forma, Costa Júnior (2000, p. 82).

Só pode ser censurado o agente que tenha consciência da conduta que pratica. A esta consciência da conduta é que se soma a consciência de sua ilicitude. Crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Os elementos de desvalor do fato entram na antijuridicidade. Os elementos do juízo de desvalor do agente entram na culpabilidade.

Assim, definido crime como sendo o fato típico, antijurídico e culpável, e no caso específico da inimputabilidade penal em razão da idade, quando praticado o homicídio com dolo por agente menor de 18 (dezoito) anos, tem-se caracterizadas a tipicidade e a antijuridicidade, escapando-lhe a culpabilidade, pois, embora se tenha caracterizada a potencial consciência da ilicitude, já que é inadmissível pensar que alguém, não sendo louco ou impúbere, não venha, a saber, que matar alguém é um ilícito, e caracterizada a exigibilidade de conduta diversa, não lhe será imputada a culpabilidade, pois lhe faltará a imputabilidade, não cometendo crime algum, já que é o agente inimputável, como assim regrado pela Carta Magna e positivado do Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O que se pretende debater é: no caso de homicídio doloso praticado por menor de idade, se ainda é possível colocar tal prática na vala comum de mero ato infracional, mesmo sendo notório ter o jovem suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento; ainda que seja atingindo o bem jurídico supremo, a vida humana, que tem primazia sobre todos os demais bens tutelados pelas normas jurídicas postas e que o Direito Penal tenha como objetivo principal dotar a sociedade de segurança e assim permitir a vida em sociedade.

4.2 O homicídio doloso

O homicídio, do latim *hominis excidium*, pode ser definido como “a destruição do homem injustamente por outro homem” (CARRARA *apud* MIRABETE, 1996, p. 61). Ainda, como “a morte de um homem ocasionada por outro homem com um comportamento doloso ou culposo e sem o concurso de justificação”. (ANTOLISEI *apud* MIRABETE, 1996, 61-62).

Na legislação pátria, o homicídio está tipificado no art. 121 do Código Penal, onde são definidas as hipóteses de homicídio simples, doloso, (no código intitulado de “qualificado”), e culposo, especificando as causas de aumento e de diminuição das penas e, no caso específico do homicídio doloso, expõe nos incisos I a V do § 2.º as situações em que se enquadra.

A definição do que seja dolo encontra-se no art. 18, inciso I do Código Penal, que define crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Fica claro que o legislador pátrio enfatizou “a vontade” do agente e é essa que define se a conduta é ou não dolosa.

No caso específico deste trabalho, pode-se, em tese, indagar se o menor de dezoito anos que comete homicídio de forma dolosa teria condições de amadurecimento psíquico de assumir os riscos de seus atos. Isso, nos dias atuais, em razão da evolução natural dos jovens e do grau de conhecimento e informação obtidos, seria até mesmo questionável, mas é indubitavelmente crível entender que ao praticar o menor um homicídio de forma dolosa ele quis o resultado, qual seja, a morte de sua vítima. Betiol (*apud* COSTA JÚNIOR, 2000, p. 82) definiu dolo como “consciência (previsão) e vontade do fato conhecido como contrário ao dever”.

Três teorias existem sobre o dolo: representação, vontade e assentimento. Para a teoria da representação, basta a previsão do resultado para configurar o dolo; seria suficiente a representação do resultado, mesmo que o agente não desejasse ou assumisse o risco de produzi-lo. Já a teoria da vontade define dolo como a vontade consciente de realizar o fato criminoso. Por último, quanto a teoria do assentimento, há dolo quando mesmo o agente não querendo produzir o resultado realiza a conduta, prevendo, aceitando e assumindo o risco de produzi-lo.

Nesta linha, nosso Código Penal filiou-se à teoria da vontade e do assentimento, sendo o primeiro o dolo direto e o segundo o dolo indireto.

5 DA EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE

5.1 Da época da positivação da inimputabilidade absoluta do menor

Mirabete (1996) lembra que o artigo 33 do Código Penal de 1969 (Decreto-lei n.º 1.004) adotava um critério biopsicológico e positivava a imposição da pena ao menor dentre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos que revelasse ter suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Segundo o mesmo autor, o Decreto-lei n.º 1.004 não chegou a entrar em vigor em nosso país, pois eram graves as dificuldades para se aferir, mediante perícia sofisticada e de difícil praticabilidade, fazendo com que o legislador, através da Lei n.º 6.016, de 12 de dezembro de 1973, elevasse novamente o limite para 18 (dezoito) anos, que já tinha sido adotado pelo Código Penal, (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Assim, a inimputabilidade absoluta do menor de 18 (dezoito) anos já vigora em nosso país por longos 70 (setenta) anos, desconectado da evolução que a sociedade teve neste longo período, visto que é notável o amadurecimento dos jovens, hoje, tão independentes e informados.

Como o próprio Mirabete (1996, p. 215) afirma, mesmo entendendo que o ECA prevê instrumentos para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 (dezoito) anos, “ninguém pode negar que o jovem de 16 (dezesseis) a 17 (dezessete) anos, de qualquer meio social, tem amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos”.

Não é preciso ser doutor em História para contextualizar o ano de promulgação do Decreto-lei 2.848, nosso atual Código Penal. Em 1940, sequer existia a televisão no Brasil, que somente teve sua primeira transmissão 10 (dez) anos após, em 1950 e internet, fenômeno novíssimo, que não conta no Brasil nem 20 (vinte) anos de popularidade. Os valores morais eram observados com maior ênfase, a obediência aos pais era regra, a educação nas escolas rígida, a maioria absoluta da população vivia no meio rural. As chamadas drogas ilícitas, hoje responsáveis por grande parte da criminalidade entre jovens, para não dizer que é a maior responsável, sequer eram conhecidas pela esmagadora maioria da população.

Não é possível qualquer comparação entre o início da década de 1940 com os dias atuais, o mundo é outro, os valores são outros, o acesso à informação e ao conhecimento é totalmente diferente. Manter absoluta inimputabilidade do adolescente para todo e qualquer crime cometido sob o argumento de que o jovem, nos dias atuais, não entende o caráter ilícito de um fato criminoso é fechar os olhos para a realidade.

5.2 Da evolução da sociedade, da informação, do conhecimento e amadurecimento dos jovens

É notória a evolução por que passaram as comunicações. O mundo está conectado à internet, a divulgação dos fatos e acontecimentos no mundo é instantânea, o acesso às informações é, hoje, praticamente ilimitado. A comunicação, via satélite, permite às redes de TV munir de informações instantâneas os seus telespectadores, com fatos ocorridos em qualquer parte do planeta. Mesmo os que eventualmente não tenham acesso à internet, as informações chegam a estes de qualquer forma.

Neste contexto, não é crível alguém imaginar que um jovem de 16 ou 17 anos não entenda o caráter ilícito do ato de cometer um homicídio doloso, ou seja, matar propositadamente outro ser humano.

Sobre a natural evolução da sociedade e da capacidade de desenvolvimento dos jovens nos dias atuais com os jovens do passado, cabe transcrever posicionamento do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (RT 734/680):

[...] a menoridade, é certo, figura como atenuante em nosso direito desde o Código de 1830. No entanto, não há como se comparar o desenvolvimento mental, no sentido do certo e do errado, do bem e do mal, que têm os jovens da atualidade, com aqueles que tinham a mesma faixa de idade há mais de 100 anos.

Dessa forma, se o Estado não tem condições de ressocializar aqueles que cometem crimes ou mesmo, no caso dos adolescentes, atos infracionais, que estabeleça outros critérios para o combate a criminalidade, notadamente entre os adolescentes; pois, continuar normatizando a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos para toda e qualquer modalidade de crime, notadamente o homicídio doloso, quando é extinta a vida, sob o argumento de que o jovem, ainda nos dias atuais, não tem capacidade de discernimento sobre o caráter de ilicitude do crime de homicídio doloso, é remar contra uma verdade

incontestável, é negar todo o direito à segurança da sociedade em prol de uma proteção exacerbada ao menor.

6 DA INIMPUTABILIDADE EM RAZÃO DA IDADE

6.1 Conceitos e Definições

O nosso Código Penal, Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, assim dispunha em sua redação original, em seu art. 23: “os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Já com a atual redação, dada pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, em seu art. 27: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Nossa Carta Magna, basicamente, repetindo a atual redação do Código Penal, estabelece em seu art. 228: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Por último, o Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido por ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, assim regulou a inimputabilidade, em seu art. 104: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei”.

Vale lembrar, como anteriormente posto, que, segundo Mirabete (1996), o artigo 33 do Código Penal de 1969 (Decreto-lei n.º 1.004) adotava um critério biopsicológico e positivava a imposição da pena ao menor dentre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos que revelasse ter suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Segundo o referido autor, o Decreto-lei n.º 1.004 não chegou a entrar em vigor em nosso país, pois, eram graves as dificuldades para se aferir, mediante perícia sofisticada e de difícil praticabilidade, fazendo com que o legislador, através da Lei n.º 6.016, de 12 de dezembro de 1973, elevasse novamente o limite para 18 (dezoito) anos, que já tinha sido adotado pelo Código Penal, (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

A definição da maioridade penal a partir dos 18 (dezoito) anos, baseada unicamente no critério puramente biológico, pode-se dizer, é um fenômeno que, na legislação brasileira, consolidou-se recentemente, a partir de 1973, através da Lei n.º 6.016, como acima relatado.

Em nosso contexto histórico, inicialmente, o Código do Império de 1830, inspirado no Código Penal Francês, adotou o sistema do discernimento, determinando a

maioridade penal a partir dos 14 (quatorze) anos, sendo considerados penalmente responsáveis os maiores de 14 anos, desde que agissem com discernimento, utilizando-se, neste aspecto, o critério psicológico para se determinar a imputabilidade.

Na vigência do Código Republicano de 1890, vigorava a inimputabilidade absoluta até os 9 (nove) anos incompletos; desta idade até os 14 (quatorze) anos, os menores infratores eram submetidos à análise de discernimento, para que fosse apurado se eram imputáveis ou inimputáveis; dos 14 (quatorze) anos em diante, atingia-se a maioridade penal, sendo a imputabilidade absoluta.

Já a Lei Orçamentária de 1921, que revogou o Código Republicano, já adentrando no hoje vasto campo da política criminal, estabeleceu a inimputabilidade absoluta até os 14 (quatorze) anos de idade, e um processo especial para os maiores de 14 (quatorze) anos e menores de 18 (dezoito) anos, a partir desta idade, 18 (dezoito) anos, se atingia a maioridade penal.

Em 1940, quando Getúlio Vargas assinou o Decreto-lei n.º 2.848, atual Código Penal Brasileiro, modificado em 1984 pela Lei 7.209, confirmou-se a maioridade penal somente a partir dos 18 (dezoito) anos, sendo considerados absolutamente inimputáveis todos os que não tivessem atingido tal idade, adotando-se o critério puramente biológico.

Pode-se entender por imputabilidade em razão da idade como a capacidade de o indivíduo ser responsabilizado pela prática de um ato em virtude de suas condições psíquicas permitirem a compreensão do ato ao tempo em que o cometeu. Por dedução, a inimputabilidade é exatamente a inexistência da capacidade de compreensão do ato cometido e de suas consequências. No Brasil, por razões de política criminal, a imputabilidade penal, por presunção legal, se inicia somente aos 18 (dezoito) anos. Assim, surgiu na legislação brasileira o sistema biológico para definir a “maioridade penal”, sendo irrelevante se o menor de 18 (dezoito) anos possui a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou determinar-se conforme esse entendimento.

6.2 De seu caráter absoluto

Certamente, é no caráter absoluto da inimputabilidade do menor de dezoito anos que reside a maior crítica à atual legislação, posto que a inimputabilidade é atribuída de maneira absoluta, não se admitindo qualquer prova em contrário ou qualquer exceção à regra,

mesmo quando o “ato infracional” praticado é um homicídio doloso, quando se elimina, intencionalmente, uma vida humana, traduzindo-se numa presunção *juris et de juri* a completa incapacidade de o menor entender o caráter de ilicitude de um homicídio doloso.

Franco (1997, p. 421), ao comentar o art. 27 do Código Penal, no qual é posto que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, assim se posicionou:

Acolhido o critério puramente biológico (a idade do agente), o art. 27 da PG/84 confirmou com única alteração redacional (ao invés de menores “irresponsáveis”, referiu-se corretamente a menores “inimputáveis”), o texto do art. 23 da PG/40. Muito embora o menor possa ter a capacidade plena para entender o caráter criminoso do fato ou determinar-se segundo esse entendimento, o déficit da idade torna-o inimputável, presumindo-se, de modo absoluto, que não possui o desenvolvimento mental indispensável para suportar a pena. O limite de idade fixado pelo legislador foi de 18 anos. [grifo nosso].

Conclui-se que a presunção de inimputabilidade para os menores de 18 (dezoito) anos obedece ao critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento, e, como já dito, o tipo de “ato infracional” cometido, colocando-se na mesma vala, um simples furto e um homicídio praticado de forma dolosa.

Assim, independentemente de o menor ser emancipado, em razão do casamento ou por ter concluído o ensino superior, ou ainda, conseguido se estabelecer com economia própria, ou de ter o direito de poder contribuir para o destino da nação, participando, através do sufrágio universal, da escolha dos representantes nos legislativos municipal, estadual e federal, inclusive seus respectivos chefes do executivo, (Prefeitos, Governadores e Presidente da República, este último, dirigente máximo da Nação), será sempre, na esfera penal, em que pese na esfera civil, pode ser capaz de praticar todos os atos, considerado sempre absolutamente inimputável.

A jurisprudência confirma este posicionamento e assim se firma: “Embora o fato seja típico, antijurídico e culpável, não o é, entretanto, punível se o agente, ao praticá-lo, era inimputável por contar com menos de 18 anos de idade” (TJSP-HC – Rel. Rocha Lima – RT 488/337).

Mirabete (1996, p. 214), sobre o caráter absoluto da inimputabilidade do menor de 18 anos, assim entende:

Adotou-se no dispositivo um critério puramente biológico (idade do autor do fato) não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e

de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal. Implicitamente a Lei estabelece que o menor de 18 anos não é capaz de entender as normas da vida social e de agir conforme esse entendimento. [grifo nosso].

Das palavras do doutrinador, abstrai-se, com clareza, que o menor é capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento e que é considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto somente em decorrência da política criminal adotada.

Desta forma, a inimputabilidade absoluta do menor pode, em nossa opinião, ser considerada extrema, pois, mesmo tendo consciência para entender o caráter de ilicitude de seu ato, como é o caso de um homicídio praticado de forma dolosa, portanto, fato típico, antijurídico e culpável, já que o entendimento do caráter de ilicitude do ato excluiria a inimputabilidade, o legislador pátrio prefere não considerar tal conduta crime, em razão da inimputabilidade absoluta adotada para os menores de 18 anos, o que exclui a culpabilidade e, não existindo culpa, inexistente crime, fazendo com que, por exemplo, um homicídio doloso praticado por menor de 18 anos seja considerado, no Brasil, um mero ato infracional.

Costa Junior (2000, p. 253) afirma, com propriedade, que, “O Direito Penal assegura um direito à vida e não o direito sobre a vida”.

Desta frase, cabe a indagação: quando a legislação constitucional, penal e especial, assegura a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos, por um critério puramente biológico, através de uma presunção *juris et de juri*, que qualquer menor que cometa homicídio, dolosamente, não possui desenvolvimento mental para entender o caráter de ilicitude de seu ato, bem como de suportar a pena, mesmo que tal diretriz seja resultante de uma política criminal, possivelmente em razão da deficiência do sistema penal estatal, não está o Estado Brasileiro retirando, de certa forma, o direito à vida do cidadão vítima dos crimes de homicídios praticados por menores e, através da inimputabilidade absoluta, assegurando ao menor o “direito” de tirar uma vida humana sem que tal ato seja reputado pelo ordenamento jurídico como crime? E ainda, no caso do menor de 18 anos que comete homicídio de forma dolosa, e sabendo-se que, nos dias atuais, é inaceitável o entendimento de que tal agente é incapaz de entender o caráter de ilicitude do ato de matar alguém. Então é de se indagar: com a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos e, no caso específico do

homicídio doloso praticado por menor, a quem de fato protege o ordenamento jurídico: a vida, a sociedade, o cidadão ou o crime e seu agente?

6.3 A incoerência da presunção absoluta da inimputabilidade

A inimputabilidade absoluta consagrada no Código Penal de 1940, elevada a norma constitucional em 1988 e reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, é considerada por alguns como uma norma inflexível, inclusive para o próprio Estado.

Morais (2003) firma o entendimento que o art. 228 da Constituição Federal, que dita a inimputabilidade do menor de 18 anos, estatui uma verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em juízo, tampouco poderem ser responsabilizados criminalmente, com consequente aplicação da sanção penal. Prossegue o mesmo doutrinador e afirma que: “essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente transforma-se em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo” (MORAIS, 2003, p. 2059).

Inclusive, nesta mesma linha, Alexandre de Moraes entende que a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos, consagrada na Carta Magna, representa verdadeira cláusula pétrea e, por conseguinte, ser incabível proposta de emenda constitucional tendente a abolir esta garantia.

Em sentido diverso e de modo mais coerente e acertado, em nossa opinião, Nucci (2000, p. 109) expõe:

Uma tendência mundial na redução da maioria penal, pois não mais é crível que menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida, para concluir que não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias fundamentais do homem soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, § 4º, IV, CF [...] Assim, não há impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição.

Não se pode perder de vista o objetivo do Estado através do Direito Penal, que é, como leciona Mirabete (1996, p. 21), “a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa

dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública, etc.)”.

Neste mesmo aspecto, para bem fixar o objetivo do ordenamento jurídico penal, cabe trazer algumas definições do que seja Direito Penal:

Noronha (*apud* MIRABETE, 1996, p. 21) assim define: “Conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”. Já Marques (*apud* MIRABETE, 1996, p. 21) definiu desta forma: “Conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência, e disciplina também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medida de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”.

Por certo, a nosso ver, o legislador pátrio, ao estabelecer a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos, protegeu, por demais, o infrator juvenil e esqueceu que a sociedade, como um todo, tem que ser protegida, mesmo que em detrimento a uma parcela da população, no caso, os menores infratores, mais especificamente aqueles que cometem crimes contra a vida, homicídio de forma dolosa, o qual representa um dano impossível de ser reparado, seja, por óbvio, para a vítima, ou para seus familiares.

6.4 Das incoerências no próprio ordenamento jurídico pátrio

O atual Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, quanto à capacidade das pessoas exercerem os atos da vida civil, de acordo com as faixas etárias, assim disciplina:

Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - Os menores de dezesseis anos;
[...]

Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - Os menores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; [...].

Vê-se que a Lei Civil, diferentemente da Lei Penal, estabelece uma capacidade relativa para os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos, pois, corretamente, entende que uma pessoa a partir dos dezesseis anos já tem discernimento suficiente para

praticar determinados atos jurídicos. Dessa maneira, por que não entender o caráter de ilicitude de se praticar um homicídio de forma intencional?

Sobre o tema, assim se manifesta Rodrigues (2002, p. 49-50)

[...] os maiores de 16 e os menores de 18 anos. A lei, nesse caso, admite que o indivíduo já tenha atingido certo desenvolvimento intelectual, que, se não basta para dar-lhe o inteiro discernimento de tudo que lhe convêm nos negócios, chega, entretanto, para possibilitar-lhes atuar, pessoalmente, na vida jurídica.

[...].

O ordenamento jurídico não mais despreza sua vontade, atribuído ao ato praticado pelo menor púbere todos os efeitos jurídicos, desde que se submeta aos requisitos exigidos pela lei. [...] Nota-se, todavia, que, diferentemente do caso do impúbere, aqui é o próprio menor que atua no negócio jurídico, e é a sua vontade que vai constituir sua mola geradora. [grifo nosso].

Mais emblemático ainda no Código Civil Brasileiro é quando ao tratar dos Negócios Jurídicos, título I do livro III, e, especificamente, da invalidade do negócio jurídico, capítulo V, assim textualmente estatui:

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Outra vez, a dicotomia entre a legislação civil e penal salta aos olhos. Ora, o artigo 4º do Código civil já considerava que o menor a partir dos dezesseis anos de idade tem discernimento para a prática de determinados atos da vida civil. O artigo 180 retro transcrito vai mais além e considera totalmente válido o ato jurídico praticado por menor púbere, quando dolosamente oculta a idade para se beneficiar ou lesar outrem, não podendo omitir-se da obrigação por ser menor. Nesta situação, além da própria lei prevê que o menor pode agir dolosamente, equipara-o, neste caso, a uma pessoa maior de idade. Podemos então nos questionar: o menor não pode dolosamente praticar um homicídio e entender o caráter de ilicitude deste ato?

Rodrigues (2002, p. 49-50), ao comentar o artigo 180 do Código Civil Pátrio, assim se expressou:

Aqui entra em conflito os princípios gerais do direito: de um lado, o anseio de proteger o menor; de outro, o propósito de repelir o dolo e amparar a boa-fé, não permitindo leve aquele a melhor sobre esta. Qual dentre os dois princípios prefere o legislador? Evidentemente, por mais importante, o último. Daí a regra do art. 180 do Código Civil, que nega proteção ao menor cujo discernimento já é bastante para distinguir o bem do mal e que, agindo dolosamente, sabe que agiu mal. Nessa mesma ideia se baseava o art. 156 do código de 1916, que negava proteção ao menor púbere em relação às obrigações resultantes dos atos ilícitos. Como a lei

pressupunha neste menor certo desenvolvimento intelectual, entendia que ele já atingira maturidade suficiente para distinguir o bem do mal e para avaliar as consequências das suas ações intencionais ou mesmo meramente culposas. Por isso o equipara ao maior, relativamente às obrigações decorrentes de atos ilícitos, isto é, de atos praticados com culpa ou dolo, de onde resultou prejuízos para terceiros.

O ensinamento do referido autor é por demais lúcido, mostrando que pelo menos na esfera civil o legislador pátrio foi sábio em proteger a sociedade contra atos dolosos praticados por menores púberes que já tenham consciência de seus atos. Já, e ainda, infelizmente, na esfera penal subsiste a inimputabilidade absoluta e assim, o mesmo menor púbere que é capaz, na esfera civil, de agir dolosamente e arcar com as consequências de seus atos, não é capaz de entender e de determinar-se segundo esse entendimento, mesmo quando o ato praticado seja a extinção dolosa da vida humana. Assim, no Brasil, na esfera civil, os negócios jurídicos estão protegidos contra a ação dolosa de menores púberes, mas, a vida humana, bem jurídico supremo, não, pois, o menor púbere que extingue a vida humana de forma dolosa, para nosso ordenamento jurídico, não comete crime algum, mas, e tão somente, um ato infracional, não respondendo penalmente por seu ato.

O Código Civil traz ainda as várias hipóteses de emancipação, que é a aquisição da capacidade civil antes da idade legal:

Art.5.º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I- pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos.

II- pelo casamento;

III- pelo exercício de emprego público efetivo;

IV- pela colação de grau em curso de ensino superior;

V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

No Código Civil de 1916, a maioria era atingida aos 21 anos de idade e a emancipação outorgada exigia que o emancipável contasse no mínimo com 18 anos. Vê-se que o Novo Código Civil de 2002 evoluiu e alterou a idade possível para emancipação de 18 para 16 anos completos, entendendo, com acerto, que, a partir da idade de dezesseis anos completos, os menores púberes têm condições de serem emancipados civilmente e praticar, por conta própria, todos os atos da vida civil, respondendo juridicamente com as consequências de tais atos.

No primeiro caso, inciso I do art. 5.º do CC, a emancipação por concessão dos pais, ou mesmo do juiz, ouvido o tutor, “é o reconhecimento, promovido dos responsáveis pelo menor, de que ele não precisa da proteção que o Estado oferece ao incapaz” (RODRIGUES, 2002, p. 55), inclusive, neste caso, reconhece-se que “A emancipação assim concedida é irrevogável” (RT 156/776).

Na hipótese de emancipação em razão do casamento, assim posicionou-se Beviláqua (*apud* RODRIGUES, 2002, p. 57):

Não é razoável, diz Beviláqua, que as graves responsabilidades da sociedade doméstica sejam assumidas pela intervenção ou sob a fiscalização de um estranho, isto é, o pai ou tutor. A família tem tal importância na vida da sociedade que não se pode admitir tenha por chefe *alieni juris*.

Quanto aos incisos III e IV são hipótese, hoje, de remoto acontecimento, seja por não ser permitido legalmente o ingresso no serviço público antes dos dezoito anos completos, seja por ser improvável a conclusão do 3º grau antes de tal idade.

Sobre o inciso V, estabelecimento civil ou comercial próprio, emprego, economia própria, Diniz (2002, p. 179) assim ensina:

Estabelecimento civil ou comercial ou pela existência da razão de emprego, ainda que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria, porque é sinal de que a pessoa tem amadurecimento e experiência, podendo reger sua própria pessoa e patrimônio, sendo ilógico que para cada ato seu houvesse uma autorização paterna ou materna.

Após a análise do artigo 5º do Novo Código Civil, fica evidente que o ordenamento jurídico pátrio entende o que menor, a partir de 16 anos completos, pode ter a capacidade plena na vida civil, o que nos permite questionar, por qual razão persiste a inimputabilidade absoluta do menor, na contramão da realidade fática da vida?

Ainda na esfera cível, e, inclusive, militar, cabe transcrever alguns dispositivos legais que demonstram o entendimento do legislador pátrio que, de fato, o menor a partir dos 16 anos completos pode ter capacidade para praticar diversos atos da vida, como dispõe o art. 1.517 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. E, ainda, o art. 239 do Decreto nº 57.654/66, dispõe: “Para efeito de serviço militar cessará a incapacidade civil do menor na data em que completar 17 anos”.

É também conveniente salientar que o próprio texto constitucional também aduz a capacidade do menor de 18 anos exercer, pessoalmente, direitos e assumir obrigações:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos;
[...]

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I- plebiscito;
II- referendo;
III- iniciativa popular.
§ 1.º O alistamento eleitoral e o voto são:
I- obrigatório para os maiores de dezoito anos;
II- facultativos para:
a) os analfabetos;
b) os maiores de setenta anos;
c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. [...].

Vê-se, com clareza, que o texto constitucional permite ao menor com 16 anos completo trabalhar e alistar-se na justiça eleitoral. Ora, se, como assim estabelecido também no ordenamento jurídico pátrio, o menor, neste intervalo etário, é absolutamente incapaz de entender a ilicitude do ato de cometer um homicídio de forma dolosa, como poderia assumir responsabilidade de um trabalho ou mesmo de participar das decisões políticas da nação, através do voto, plebiscito e referendo.

Sobre a maturidade ou capacidade do jovem, assim se posicionou o Desembargador Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (*apud* VENOSA, 2002, p. 63):

Tenho sustentado que, a partir de 5.8.88, devemos repensar todas as áreas do nosso Direito, porque há um ordenamento jurídico novo a partir da constituição. Quando a maturidade existe como simples ficção do Direito, ela é presumível e o que tem que se provar é a imaturidade. Hoje, na Constituição de 1988, a maturidade está ao menor de 16 anos, tanto que ele tem condições de ser uma parcela da soberania popular para votar para Presidente e Governador, etc. Então tenho que, por força da idade de 16 anos, o apelante tem presumível maturidade, e o que se deveria fazer no processo era o contrário, comprovar a imaturidade. Estou utilizando-me de um princípio que é tranquilo no Direito, só que o termo não é maturidade, é capacidade: Capacidade presume-se, a incapacidade deve-se provar [...] (TJRS-Ap. 589007053, 18-4-89).

Vale ressaltar o entendimento do Desembargador Tupinambá supracitado. Ora, se a constituição Brasileira entende que o menor a partir dos 16 anos completos tem maturidade suficiente para escolher nossos representantes no legislativo e no executivo, é a imaturidade que se tem que provar, pois a nossa Carta Magna firmou entendimento de que o jovem, nessa

faixa etária, já tem maturidade suficiente para ser emancipado, trabalhar, casar e votar, o que é antagônico com a presunção absoluta de inimputabilidade penal estabelecida na mesma Lei Maior. Neste sentido, poder-se-ia entender que o jovem acima dos 16 anos completos seria, em regra, imputável e, excepcionalmente, quando devidamente provado, inimputável.

Diferentemente, e até antagonicamente, a nossa legislação pátria e muitos de nossos doutrinadores que atuam na esfera do Direito Penal, entendem que a inimputabilidade penal do menor de idade é absoluta, não podendo ser relativizada por qualquer circunstância fática, embora, pessoalmente, alguns entendam que o menor pode ter discernimento para entender da ilicitude de seus atos.

No posicionamento de Franco (1997, p. 21), abaixo transcrito, fica claro que o doutrinador entende que o menor pode ter a capacidade de compreensão da ilicitude de seus atos, para então dizer da presunção legal absoluta de inimputabilidade do menor:

Muito embora o menor possa ter capacidade plena para entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, o déficit da idade torna-o inimputável, presumindo-se de modo absoluto que não possui o desenvolvimento mental indispensável para suportar a pena.

Jesus (1999, p. 504) segue a mesma linha de pensamento:

O Código prevê presunção absoluta de inimputabilidade. Acatando caráter biológico, não é preciso que, em decorrência da menoridade, o menor seja ‘inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse procedimento’. A menoridade (fator biológico) já é suficiente para criar a inimputabilidade: o código presume de forma absoluta que o menor de 18 anos “é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”. A presunção não admite prova em contrário.

Do pensamento exposto acima, conclui-se que o próprio doutrinador coloca aspas na presunção ao se referir que o menor “é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato” e de “determinar-se de acordo com esse entendimento”. É possível interpretar este posicionamento do autor no sentido de que, pessoalmente, entende que o menor pode ter a capacidade de compreensão da ilicitude de seus atos, e, portanto, não ser inimputável, e que a inimputabilidade absoluta somente existe por uma presunção legal.

7 O MENOR NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E EM LEGISLAÇÕES ALIENÍGENAS

7.1 Convenção sobre os direitos da criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28 de 14 de setembro de 1990, promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, mesmo ano da promulgação da Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de 13 de julho de 1990. Neste ponto, pretende-se ressaltar que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, adota, diferentemente de nossa legislação, uma posição mais flexível quanto à maturidade do menor de 18 anos, admitindo, inclusive, a possibilidade de que a maioridade ocorra antes dos 18 anos e que o menor possa sofrer sanção penal quando viole as normas de segurança estabelecidas para todos os componentes da sociedade em que vive.

Ressalta-se que uma Convenção Internacional sempre é fruto da convergência das nações sobre determinado tema, representando, desta forma, o senso comum que, de uma maneira geral, reina no universo das nações que compõem os organismos internacionais, como a ONU – Organização das Nações Unidas. Neste sentido, mesmo sabendo que uma convenção internacional tem que ser ratificada pelo Estado Membro e que, dentro dos limites aceitos, são respeitadas as peculiaridades de cada Estado, como, por exemplo, de estabelecer a idade em que as pessoas atingem a maioridade, deve-se questionar, especificamente sobre se a inimputabilidade absoluta do menor estabelecida em nossa legislação não navega em sentido contrário ao entendimento existente nas demais nações sobre o tema, inclusive, nações milenares ou mesmo, hoje, nações consideradas de primeiro mundo, nações desenvolvidas, onde, em regra, são respeitados os direitos individuais e garantido a todos o acesso à educação, saúde, renda, entre outros.

Transcreve-se abaixo alguns artigos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que demonstram, o excesso de proteção ao menor, notadamente àqueles que cometem o homicídio doloso, o que contraria o direito à segurança que deve ser garantido a toda sociedade.

ARTIGO 1

Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

ARTIGO 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

ARTIGO 15

1. Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas.

2. Não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais.

ARTIGO 37

Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

ARTIGO 38

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades.

3. Os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas. Caso recrutem pessoas que tenham completado quinze anos, mas que tenham menos de dezoito anos deverão procurar dar prioridade aos de mais idade.

ARTIGO 40

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

v) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesmas submetidas à revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter

infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

Fica evidente que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, embora entenda ser criança toda pessoa que não tenha completado 18 anos, deixa aberta a possibilidade de que os Estados estabeleçam idade distinta para maioridade. Entende também a Convenção que os menores têm distintos graus de maturidade e que eles têm capacidade de infringir às leis penais, podendo responder por tais atos com detenção e reclusão, com penas proporcionais ao tipo de delito cometido. Chega a Convenção a entender como possível o recrutamento de jovens a partir dos 15 (quinze) anos para as forças armadas.

Diante da posição adotada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, entende-se não ser razoável que no Brasil, ao contrário do mundo continue a adotar a posição inflexível de que o menor é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, independentemente da idade ou do ato contrário a lei que cometeu, estabelecendo a todos os menores de idade somente as medidas protetivas do ECA, com suas limitações, como, por exemplo, limite máximo de internação de três anos, mesmo que o menor possa ter cometido, inclusive, mais de um homicídio doloso.

7.2 O menor em algumas legislações alienígenas

A definição da idade para se atingir a maioridade civil não deve se confundir com a idade mínima para a inimputabilidade penal, embora, no Brasil, ambas estejam fixadas em 18 (dezoito) anos. Dessa forma, a pessoa a partir dos 18 anos atinge a maioridade civil e até completar esta mesma idade é considerada penalmente inimputável, definindo-se ainda, como criança até atingir 12 anos e, desta idade até os 18 anos, adolescente. Em outras nações, muitas das quais desenvolvidas e com larga tradição no respeito aos direitos humanos, veremos que se estabelecem distintas idades para a maioridade civil e a inimputabilidade penal.

O Tribunal Constitucional Espanhol adotou, com acerto, o seguinte posicionamento:

A Constituição espanhola se compatibiliza com a citada convenção, em seu art. 12, estabelece que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. Tal previsão, como já decidiu o Supremo Tribunal Constitucional Espanhol, não impede que os Estados signatários estabeleçam legalmente uma idade abaixo dos 18 anos em que se possa reconhecer a imputabilidade penal, havendo, portanto, plena possibilidade constitucional de se submeter à jurisdição penal alguém com menos de 18 anos, desde que previsto expressamente na lei. (MORAIS, 2003, p. 2058).

Alguns países, independentemente de seu grau de desenvolvimento, estabelecem distintas idades para a inimputabilidade penal, como nos mostra Mirabete (1996, p. 214):

- Imputabilidade penal a partir dos 10 (dez) anos de idade: Inglaterra.
- Imputabilidade penal a partir dos 14 (catorze) anos de idade: Alemanha e Haiti.
- Imputabilidade penal a partir dos 15 (quinze) anos de idade: Índia, Honduras, Egito, Síria, Paraguai, Guatemala e Líbano.
- Imputabilidade penal a partir dos 16 (dezesesseis) anos de idade: Argentina, Birmânia, Filipinas, Espanha, Bélgica e Israel.
- Imputabilidade penal a partir dos 17 (dezesete) anos de idade: Grécia, Nova Zelândia e Federação Malaia.

Já com relação à idade em que as pessoas atingem a maioridade civil, nota-se distintos posicionamentos, não sendo seguida a idade de 18 (dezoito) anos sugerida pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, como aponta Diniz (2002, p. 177):

- Argentina, (Código Civil, art. 126), 21 anos;
- Suíça, (art. 14), 20 anos;
- Espanha, (art. 320), 23 anos;
- Chile, (art. 266), 25 anos e
- Itália (art. 2º); Portugal, (art. 130) e Alemanha, (art. 2º), estatuem em 21 anos.

Observa-se que, nos casos da Argentina e Alemanha, enquanto estabelecem a maioridade civil a partir dos 21 anos, consideram imputável penalmente os jovens a partir dos 16 e 14 anos respectivamente. Dessa forma, acredita-se que estes ordenamentos jurídicos corretamente procederam, porquanto, estabeleceram distinções entre a maioridade civil, ou seja, a capacidade para praticar todos os atos da vida civil, e a imputabilidade penal a partir dos 16 e 14 anos respectivamente, entendendo que os jovens, a partir de tais idades, têm conhecimento e maturidade suficientes para entender da ilicitude de um ato contrário a lei, notadamente, se tal ato implicar na eliminação de uma vida humana de forma dolosa.

Mesmo aqueles que entendem que o ECA representa um instrumento eficaz de combate à delinquência juvenil, não podem negar que um jovem de 16 ou 17 anos já possui discernimento suficiente sobre a ilicitude de seus atos. Tanto é verdade, que Mirabete (1996,

p. 215) se posicionou: “ninguém pode negar que o jovem de 16 a 17 anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condição de discernimento sobre a ilicitude de seus atos”.

Pode-se refletir sobre o atual posicionamento do Brasil quanto à inimputabilidade absoluta do menor, fazendo uma comparação com a Alemanha, uma das nações mais desenvolvidas do mundo, berço do constitucionalismo contemporâneo e de origem dos mais conceituados doutrinadores de Direito Constitucional, que exercem grande influência no mundo jurídico; e ainda, a Inglaterra, Bélgica, Espanha, Nova Zelândia etc., igualmente, países desenvolvidos que primam pelo respeito aos direitos de seus cidadãos, que estabelecem, corretamente, a imputabilidade abaixo dos 18 anos, como faz a Alemanha, que entende ser imputável criminalmente o jovem a partir dos 14 anos, já que é capaz de entender o caráter de ilicitude de seus atos.

Cabe o questionamento: tais nações, algumas com milhares de anos de história, que estabeleceram a imputabilidade penal com idades inferiores ao que o Brasil adota, se elas não o fizeram com a intenção de garantir os direitos de seus cidadãos, inclusive o direito a vida, bem supremo em qualquer ordenamento jurídico? Será que o Brasil está certo em estabelecer a inimputabilidade absoluta do menor até os 18 anos e essas nações, como dito, desenvolvidas em todos os campos, estão erradas?

8 ECA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

8.1 Cumprimento de Medidas Socioeducativas

Beccaria (2009, p. 73) já ensinava, com propriedade: “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade”. Neste sentido, acreditamos que aplicar somente uma medida socioeducativa para um menor de 16 ou 17 anos, que, como sabemos, tem, de fato, capacidade de entender da ilicitude de seus atos, e pratica dolosamente um homicídio, extinção da vida humana, o Estado demonstra sua total falibilidade em, efetivamente, não punir como crime tal ato.

Ora, o Estado, com o regramento da inimputabilidade absoluta do menor, informa a sociedade como um todo e, principalmente, aos próprios menores, que, em hipótese alguma e independentemente do ato que pratiquem, jamais um menor cometerá crime e, ao contrário da lição do mestre italiano, estará o Estado, ao invés de inibir a ocorrência de delitos, abrindo margem para a ocorrência de novos delitos, posto que, com a inimputabilidade absoluta do menor, demonstra seu desinteresse em punir os delitos praticados por tais agentes, mesmo no caso do crime de homicídio doloso, ato que extingue o bem jurídico supremo, a vida.

Acredita-se que já existe, infelizmente, no consciente popular, que o menor que comete crime não é apenado, pois a medida socioeducativa mais grave que lhe pode ser aplicada é a internação em estabelecimento educacional, como posto no art. 12, VI, da Lei nº 8.069/90 – ECA, e, ainda, “em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 3 (três) anos”, como disciplinado no art. 121, § 3º da mesma Lei. Ainda, no mesmo artigo, o § 5º estabelece que “a liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade”. Convém, nesta mesma linha, transcrever o artigo 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao Representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para a garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Dessa forma, tem-se que, mesmo na hipótese de um homicídio doloso praticado por um menor, para o nosso ordenamento jurídico, não existe crime algum, mas, e tão

somente, um mero ato infracional, mesmo que a conduta do menor seja descrita na lei penal como crime ou contravenção penal (artigo 103 do ECA). Caso venha o menor ser “apreendido” em flagrante por ter cometido o “ato infracional”, descrito no ordenamento jurídico como crime de homicídio doloso, basta que tal “ato infracional” não seja considerado de repercussão social e que não represente perigo à segurança do infrator ou à ordem pública, para que o menor seja imediatamente liberado, sendo suficiente para tal o comparecimento dos pais ou responsável, comprometendo-se estes em comparecer à presença do Representante do Ministério Público. Ao final, respondendo o menor pelo “ato infracional” de ter intencionalmente extinto uma vida humana, será, no máximo, internado em uma instituição de reeducação para cumprir a medida socioeducativa pelo período máximo de três anos, saindo, ao final, com sua folha criminal limpa, razão pela qual, para a maioria da população, o ECA representa a certeza da impunidade.

8.2 Da incapacidade do Estado

Por outro lado, e infelizmente, o Estado não consegue punir a maioria dos delitos praticados por menores, seja por ineficiência do aparelho estatal que lida com menores, seja na área educacional, social ou mesmo no trato com a delinquência juvenil, o que aumenta a sensação de impunidade no seio da sociedade.

Especificamente quanto às obrigações impostas ao Estado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe transcrever alguns trechos da Lei para constatar a distância entre o que deveria ser feito e o que realmente é feito pelos menores em conflito com a lei.

Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.

Art. 124. São direitos do adolescente privado da liberdade, entre outros, os seguintes: [...]

XI – receber escolarização e profissionalização;

XII – receber atividades culturais, esportivas e de lazer;

XIII – ter acesso aos meios de comunicação social; [...]

Art. 125. É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.

Pela leitura deste extrato da Lei, vê-se a distância entre o ideal e o real, bastando lembrar que com muita facilidade ocorrem rebeliões e fugas de menores dos abrigos, como fartamente noticiados pelos meios de comunicação.

Outro fato interessante que se nota no artigo 123 do ECA é que a própria lei prevê a separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, ou seja, admite a existência de importantes diferenças entre os menores. Ora, se de fato existem tais diferenças, como o próprio estatuto reconhece, por qual motivo também não pode existir diferença em relação à inimputabilidade absoluta e fazer a distinção entre as modalidades de crimes cometidos por menores e se fazer a separação entre o homicídio doloso, quando é extinta a vida humana intencionalmente, bem jurídico supremo e insuscetível de qualquer possibilidade de reparação, e os demais tipos de crime, como furtos, roubos, lesões corporais, envolvimento com tráfico de drogas, entre outros.

9 CONCLUSÃO

A questão em estudo não é somente a mera possibilidade de redução da idade da inimputabilidade penal em nosso País, como muitos apregoam como possível solução para criminalidade juvenil que assola nossas cidades, principalmente, os grandes centros urbanos. Sabemos, e isto é relevante, que as péssimas condições sociais e econômicas de parcela significativa de nossa sociedade contribuem para que parte deste extrato social se envolva com a criminalidade.

O que se questiona é a incoerência de se manter a inimputabilidade penal absoluta de todos os menores de 18 (dezoito) anos de idade, independentemente de qualquer condição de desenvolvimento pessoal do agente ou do “ato infracional” cometido, mesmo que a conduta seja descrita do Código Penal Brasileiro como crime e, especialmente, quando é cometido o homicídio de forma dolosa, crime classificado como hediondo e que extingue a vida humana, bem jurídico, insuscetível de qualquer reparação, seja, por óbvio, para a vítima, como para seus familiares e amigos.

Entende-se existir desproporcionalidade no trato da questão, porquanto, exacerba-se, com a inimputabilidade absoluta, a proteção do menor em detrimento a própria vida e a segurança da sociedade.

A imputabilidade, como posta, resulta da presunção absoluta de que todo o ser humano, antes de atingir a maioridade penal, não tem a capacidade de entender o caráter de ilicitude do fato praticado ou de determinar-se segundo esse entendimento. Este raciocínio, contrário à realidade fática de nossos dias, é que fere a razão e o sentimento de justiça para a maior parte de nossa sociedade. Um homem médio não tem como compreender como um jovem de 16 ou 17 anos, que elimina, de forma dolosa, uma vida humana, não compreenda o que seja matar e, por conta da inimputabilidade penal absoluta não cometa crime algum e sim, um mero ato infracional, respondendo por tal e bárbaro ato segundo os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente que, conforme entendimento majoritário, as medidas socioeducativas não representam penas e, mesmo nos casos de homicídios dolosos, terão prazo máximo de três anos, sendo garantida ao menor infrator a liberdade incondicional ao completar 21 anos de idade.

Sabe-se que o Estado não faz cumprir eficientemente a Lei de Execuções Penais ou mesmo, até com maior gravidade, nem as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, fazendo com que os presídios e os estabelecimentos destinados à internação dos menores infratores se transformem, ao mesmo tempo, em calvário para os presos e internos e em verdadeiras universidades do crime, não sendo o Estado capaz de fazer a ressocialização daqueles que estão sob sua guarda. Muitos alegam que em face desta problemática a redução da idade penal não resolveria o problema. Entende-se que essa alegação não representa uma resposta sensata à questão da incoerência da inimputabilidade absoluta, pois, nesse caso, deve-se levar em conta a realidade dos fatos, quais sejam, que um jovem de 16 ou 17 anos tem consciência da ilicitude do ato de eliminar uma vida humana e, quando o faz dolosamente e fica penalmente impune, tal fato representa para a sociedade que o Estado não zela realmente pela segurança dos cidadãos, e protege, injustificadamente, um ser capaz que intencionalmente mata alguém.

Não se pode perder de vista que a realização do valor justiça deve estar acima da questão da incapacidade do Estado em reeducar os seus detentos e internos, pois, se o Estado se mostra como “patrocinador” da injustiça de não se punir penalmente um crime doloso contra a vida, quando se sabe que o agente tem a capacidade de entendimento do caráter ilícito de tal fato, estará comprometendo a credibilidade da sociedade no próprio Estado e na Justiça, deixando, desta forma, de atender ao objetivo maior da norma penal, que é a tutela dos bens jurídicos mais valiosos para a sociedade, na qual a vida humana é, sem dúvida, o bem jurídico que deve ser protegido pela norma penal com mais ênfase.

Neste contexto, o que se defende não é simplesmente a redução da idade penal para 16 anos de idade e, desta forma, aplicar a legislação penal aos menores que cometam alguma infração penal. Esta solução simplista não é o objeto do presente trabalho, pois, considerar criminoso um jovem de 16 ou 17 anos em razão de um furto, roubo ou mesmo envolvimento com o tráfico ilícito de drogas, representaria, para a grande maioria dos casos, “matricular” estes jovens nas universidades do crime que, infelizmente, ainda existem na grande maioria das penitenciárias de nosso país e transformá-los, em definitivo, em verdadeiros criminosos.

O que se defende é fazer a diferenciação entre o homicídio praticado por menores de 16 e 17 anos de forma dolosa e seus correlatos, como latrocínio, estupro e sequestros seguidos de morte, em relação aos demais “atos infracionais” cometidos por menores que não

têm como consequência a extinção da vida humana. Essa diferenciação deve ocorrer em função da supremacia do bem vida em relação a todos os demais bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, posto que tal bem, como já dito, é insuscetível de qualquer possibilidade de recuperação ou reparação e, ainda, é o bem raiz, ou seja, é a partir da existência da vida que nasce os demais bens jurídicos e, conseqüentemente, com a extinção do bem vida, todos os demais bens existentes em relação à pessoa que perde a vida são também extintos, ou seja, com a extinção da vida, não se extingue somente um bem, mas todos os demais bens jurídicos também deixam, por lógico, de existir em relação àquela pessoa que teve sua vida ceifada dolosamente.

Não é sem propósito que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal começa a enumerar, pelo bem vida, os bens jurídicos garantidos aos que residem no Brasil, e o Código Penal Brasileiro inicia sua Parte Especial, Título I, “Dos Crimes contra a Pessoa”, com o homicídio, artigo 121, pois, certamente, deste bem vida deriva, como já dito, todos os demais bens jurídicos.

A inimputabilidade absoluta do menor, como posta, em que o jovem de 18 anos é considerado incapaz de entender da ilicitude de qualquer ato seu, ou seja, o menor de 16 ou 17 anos, para o ordenamento jurídico brasileiro, não entende que tirar a vida de alguém é uma ilicitude, representa uma violência ao sentimento de segurança e proteção que o Estado deveria propiciar aos seus cidadãos que, nos dias atuais, entende ser inaceitável esta presunção absoluta de inimputabilidade.

Como já citado no presente trabalho, o menor, a partir dos 16 anos, pode ser emancipado, ter economia própria, constituir família, votar para todos os cargos eletivos no País, o que demonstra que o mesmo ordenamento jurídico que o considera inteiramente incapaz de entender da ilicitude de um homicídio praticado de forma dolosa, entende que o adolescente pode assumir quase todas as responsabilidades na esfera civil, ou seja, o mesmo ordenamento firmou a presunção legal de que o menor tem a maturidade suficiente para dirigir sua vida e, inclusive, influir nos destinos da nação com seu voto, o que é contraditório.

Outro ponto interessante a ser lembrado é que em várias nações desenvolvidas, como Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, o menor responde criminalmente por um homicídio, ou seja, nestas nações o que é privilegiado é o bem jurídico supremo vida e não a

inimputabilidade absoluta do menor que, certamente, entende da ilicitude de extinguir intencionalmente uma vida humana.

Vale enfatizar que o próprio Código Penal Brasileiro faz diferenciações entre modalidades de um mesmo crime e, conseqüentemente, de penas. Para ficar em um só exemplo, podemos citar o crime de estupro, que tem sua pena elevada se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos de idade. Por óbvio, o objetivo da diferenciação de pena é inibir, com maior rigor, que tal crime seja cometido contra menores. Neste sentido, não seria lógico também fazer a diferenciação entre o homicídio doloso em relação aos demais delitos praticados por menores com o objetivo de inibir, com mais rigor, a possibilidade de extinção da vida humana por menores.

Assim, por tudo que foi exposto, não se defende a simples redução da idade penal para 16 (dezesesseis) anos, mas a criminalização do homicídio praticado de forma dolosa por menores a partir dos 16 anos de idade, com o objetivo primordial de proteger a vida humana, bem jurídico supremo. Neste sentido, sendo menor de idade, responderia pelo crime, até completar os 21 (vinte e um) anos de idade, em unidades de internamento para menores já existentes nos moldes preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, a partir desta idade, cumpriria o restante da pena em estabelecimento penal em áreas isoladas dos demais adultos, priorizando o Estado a educação e profissionalização do indivíduo que, pela idade, tem, a princípio, maior possibilidade de ressocialização.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- BITENCURT, Cesar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.
- BRASIL. Código Civil de 1916. **Vade mecum**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade mecum**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. **Vade mecum**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. **Vade mecum**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Vade Mecum Saraiva**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASTRO, Renato de Lima. A Graduação do Injusto e da Culpabilidade. **Revista Jurídica**, n. 307, maio 2003.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal – Curso Completo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 6.ed. São Paulo: RT, 1997. v. 1.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.
- _____. **Direito Penal – Parte Geral**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCÃO, Renato Flávio. A Lei e o Crime de Tráfico de Drogas. **Revista Jurídica**, n.310, ago. 2003.

MELO, Ricardo Galvão de. A Idéia de Proporcionalidade Penal na Transição para o Estado Liberal-Burguês. **Revista Jurídica**, n. 312, out. 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrine. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.