

JOSÉ MARCILIO DONEGÁ

Cuida-se do posicionamento da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Mato Grosso acerca da Maioridade Penal, proposto em reunião da Comissão de Direito Penal e Processo Penal presidida pelo Ilustrado Doutor Waldir Caldas.

Busca-se instrumentalizar o Estado de molde a inibir e reprimir os crimes praticados pelos chamados menores de idade que, segundo nossa conceituação, são indivíduos autorizados por lei a cometer os mais horripilantes crimes. Possuem plena capacidade de entender o caráter ilícito de suas condutas, mas têm a certeza de contar com o manto protetor do Estado.

É o necessário como relatório.

Independentemente de a pena ser regenerativa, retributiva e outros ivas, sua maior serventia, até como resposta penal antecipada, é retirar do meio social, e das ruas, o terráqueo com potencial de confiscar vidas a esmo, independentemente de sua idade, dès que comprovado o seu discernimento entre o bem e o mal.

Situação que não pode mais continuar é o menor ser considerado como um doente mental sem a mínima capacidade entender o caráter ilícito dos crimes que pratica.

O menor não pode ser inimputável até zero hora de um determinado dia e no minuto seguinte passar a ser plenamente imputável, só pelas vias aritméticas. É um critério absolutamente insano.

O custo-benefício da resposta penal ao menor é a paz, é a tranquilidade com a certeza de que por um bom tempo o autor de tantas atrocidades não pegará de surpresa um pai de família para encostar-lhe o cano frio de uma arma na cabeça, perpetrar contra a sua filha um estupro seguido de morte e sair bradando eufórico: “eu sou de menor” em busca de novas vítimas.

Mas não é só. Nos horrores da prisão, principalmente nas do Brasil o autor dos mais horripilantes crimes, até então protegido pelo manto da menoridade penal, perceberá desde logo que ninguém cometeu a loucura de mandá-lo para a cadeia. Entenderá muito rapidamente que o Estado lhe facultou um direito de escolha até então inexistente.

Afastar as pessoas que colocam em risco a vida, a integridade física, o patrimônio e a dignidade sexual das pessoas também é uma das finalidades da pena que se concretiza imediatamente com uma antecipada resposta penal. A integridade física e a vida das pessoas estão acima do caráter regenerativo e de ressocialização da pena.

O direito de escolha via poder intimidante do Estado contesta de maneira irresponsável o argumento de que se formos reduzindo a maioria penal logo estaremos mandando para a cadeia crianças menores de doze anos. Não, ninguém mandará menores para a cadeia. O que se pretende para o menor é que o Estado lhe dê o direito de escolha. O menor escolherá entre o não cometimento do crime e a antecipada resposta penal.

Dizer que pena e encarceramento funcionam como fábrica de criminosos é o mesmo que negar a necessidade de se isolar um vírus de potencialidade mortal. Muito mais do que a pena e o encarceramento, a estrutura da fábrica de criminosos repousa na omissão do Estado no que tange ao seu imprescindível poder intimidante e profilático.

Por isso defendemos a maioria relativa. Assim, conforme a natureza do crime, o grau de periculosidade que pode se presumir pela ousadia e perversidade, poderá o agente, independentemente de sua idade, responder como criança, como adolescente ou como adulto.

Sob o ponto de vista doutrinário, inimputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação. Se a imputabilidade consiste na capacidade de entender e de querer, pode estar ausente porque o indivíduo, por questão de idade, não alcançou determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico, ou porque existe em concreto uma circunstância que a exclui. Fala-se, então, em inimputabilidade. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção. Todo indivíduo é imputável, salvo quando ocorre uma causa de exclusão.

As causas de exclusão da imputabilidade são as seguintes:

- a. doença mental;
- b. desenvolvimento mental incompleto;
- c. desenvolvimento mental retardado;
- d. embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior;

- e. dependência ou intoxicação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior.

Excluem, por conseqüência, a culpabilidade.

Depreende-se que inimputável é qualquer indivíduo mentalmente não desenvolvido de forma plena, isto é, destituído de condições de entendimento e de vontade; conclui-se que a imaturidade e/ou a insanidade mental, com suas conseqüências, deverão estar presentes no momento da ação ou da omissão, para elidir a responsabilidade penal.

Fazendo uma análise dos termos do conceito, José Zarzuela salienta que na concepção da inimputabilidade não é essencial a existência de estados biologicamente definidos de perturbação ou carência do psiquismo e sim o déficit ou desvio intelectual ou volitivo que deles se origina. Assim, não é suficiente determinar que o indivíduo era portador de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, ao tempo da ação ou da omissão. É necessário aditar ainda que, em conseqüência, falta ao indivíduo a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Aquele primeiro requisito tem função limitativa, pois nem toda incapacidade de entender e de querer normalmente basta para determinar a inimputabilidade, mas só a que provém de uma daquelas condições biológicas. O que identifica o imputável é ser o agente capaz de alcançar perfeita representação do valor antissocial do seu ato; o requisito psicológico possui um primeiro momento, que é o da consciência, intelectual e emocional, que consiste na falta de capacidade do agente de inteirar-se do ato e valorá-lo de acordo com as exigências sociais, e um segundo momento, que consiste na falta de capacidade do agente em desenvolver o processo de determinação da

vontade. A segunda exigência do fundamento da inimputabilidade do CPB é de caráter psicológico-normativa, implica a incapacidade de um juízo de valor do ato em face da norma ou a incapacidade de fazer influir esse juízo no processo de determinação da vontade. Privado de um ou de outro desses poderes do psiquismo, o sujeito é inimputável, se um ou outro se apresenta deficitário. (ZARZUELA, José Lopes. **Semi-Imputabilidade: Aspectos Penais e Criminológicos**. São Paulo: Julex Livros, 1988, p. 103-105)

Enquanto que para os casos de doença mental, desenvolvimento mental retardado e desenvolvimento mental incompleto adotou-se o sistema biopsicológico, quanto ao menor foi adotado o sistema biológico.

O Grande equívoco é que não se leva 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.

Cuida-se de uma equivocada presunção absoluta de inimputabilidade, que autoriza e estimula o menor à prática de toda e qualquer modalidade de crime, considerando-o portador de desenvolvimento mental incompleto. É a vertente de uma política criminal absolutamente medrosa e invigilante que, além de tudo, retira do menor o direito de escolha entre o não cometimento do crime a certeza da resposta penal.

Por uma imposição da constante evolução das espécies hoje o ser humano a partir dos seis ou sete anos de idade é dotado de espantoso conhecimento. Tem uma visão periférica da família e da sociedade com a

qual convive, e discernimento próprio acerca do bem e do mal e sobre a ilicitude de seus atos. Negar tal realidade é desconhecer ou propositadamente ignorar o constante processo evolutivo das espécies.

Assim, simplesmente reduzir a maioria para dezesseis anos, para quatorze ou até para onze é o mesmo que dar marcha-ré na rota de colisão com processo evolutivo da espécie humana.

Todos os dias a mídia escancara crimes insidiosos e cruéis contra vítimas inocentes e indefesas. No fim da reportagem a advertência: **“os criminosos eram menores de idade um com doze outro com quinze anos”**.

Infinitas pesquisas científicas em todo o mundo já comprovaram que hoje a criança a partir dos sete anos de idade já possui desenvolvimento psicológico, é mais consciente de si própria e está mais absorvida em si mesma. Já desenvolveu-se nela o sentido ético (distinção entre o bem e o mal), já não só nela, mas também nos outros. Concretiza e interioriza mais a sua estrutura de espaço e tempo. Medita mais antes de atuar pois é mais prudente, mais deliberativa (não medrosa).

É sensível ao elogio e à crítica. Não sabe aceitar cumprimentos e não se tranquiliza quando é elogiada. Anseia por agradar; tem consideração pelos outros.

Tem conduta menos agressiva. Poucos acessos de cólera e menos oposição às ordens. Teme as situações novas que lhe costumam aparecer na escola. Tem menos pesadelos. É a figura central dos seus sonhos.

No âmbito escolar quer responsabilidade, especialmente na escola, mas preocupa-se com a ideia de não poder portar-se correctamente. Deseja acabar uma tarefa já começada, mas não repara na sua capacidade para o fazer. Tem tendência a esperar muito dela própria. É boa ouvinte; centrou a sua atenção pelo que está aberta a novos conhecimentos. Preocupa-a a ideia de chegar tarde à escola e de não acabar os seus trabalhos.

(Pesquisa “net” na qual o autor do resumo acima se socorreu de GESSEL, Psicologia evolutiva de 1 a 16 aflos, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1963. HURLOCK, Desarrollo Psicológico dei Nulo, Ed. del Castillo, Madrid, 1963. “Nuestro Tiempo”, nº 211, Janeiro 1972. Este número é dedicado todo à adolescência. HURLOCK, Psicologia de la adolescência, Ed. Paidós. DEBESSE, La adolescência. Vergara. A adolescência é abordada do ponto de vista individual e social. MORAGAS, Pedagogia familiar, Ed. Lumen, Barcelona, 1964.)

O Estado precisar intervir, e com urgência. As políticas socioeducativas devem ser para todos, via campanhas e muita informação, e a sanção e a profilaxia estatal também para todos, independentemente da idade.

Lançam diante das câmeras, microfones, palanques e holofotes envolvente adjectivação contrária à imputabilidade penal do menor, aqueles que nunca sentiram na pele o contacto frio do cano de uma arma, com a qual o menor mata, rouba, estupra, impõe condições, tortura, pratica o tráfico de drogas e de armas, e submete mulheres e até crianças aos seus mais iníquos propósitos.

Por isso, nos posicionamos no sentido de se criar uma legislação altamente intimidante e eficaz, baseada nos usos e costumes do Brasil de hoje, dentro do chamado “direito consuetudinário”, uma lei que realmente tenha força de lei. Uma lei comum (*common law*), que não se preste em presumir automaticamente que crianças e adolescentes entre 7 e 14 anos, por exemplo, possam ser responsabilizadas por seus atos (imputabilidade absoluta), mas que dependendo do caso possam sim ser responsabilizadas por seus atos, intoruzindo assim em nosso ordenamento jurídico a imputabilidade relativa.

É a nossa opinião sub censura acerca do menor criminoso.