

**PEC 33/2012 DO SENADO FEDERAL – ENFIM, UMA PROPOSTA QUE ATENDE
AOS ANSEIOS DA SOCIEDADE**

Cleudemir Malheiros Brito Filho

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO

Este material irá apresentar aos catedráticos de direito penal aspectos de suma importância sobre a desconsideração da idade penal nos crimes hediondos.

De acordo com a Carta da República, em seu artigo 5º, XLIII, a Lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. O constituinte, desde logo, assegurou que o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo são merecedores de tratamento penal mais severo. Cumpria ao legislador ordinário a tarefa de escolher um critério para classificar e definir os crimes hediondos, que mereceriam o mesmo tratamento rigoroso.

Palavras-chave: Desconsideração. Idade Penal. Políticas Públicas. ECA. Infância.

INTRODUÇÃO

O tema proposto tenta esclarecer a idade a partir da qual o indivíduo pode ser penalmente responsabilizado por seus atos.

O artigo 27 (vinte e sete) do Código Penal diz que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade.

Sendo assim, a imputabilidade apresenta um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos.

No critério de aferição da inimputabilidade destacamos 03 (três) sistemas:

-Sistema biológico: este sistema somente interessa saber se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso positivo, será considerado inimputável, independentemente de qualquer verificação concreta de essa anomalia ter retirado ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação.

Foi adotado, como exceção, no caso dos menores de 18 (dezoito) anos, nos quais o desenvolvimento incompleto presume a incapacidade de entendimento e vontade. Pode até ser que o menor entenda perfeitamente o caráter criminoso que pratica, mas a Lei presume, ante a menoridade, que ele não sabe o que faz, adotando claramente este sistema nessa hipótese.

-Sistema psicológico: este sistema não se preocupa com a existência da perturbação mental no agente, mas apenas se, no momento da ação ou omissão delituosa, ele tinha ou não condições de avaliar o caráter criminoso do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento.

-Sistema biopsicológico: é a junção dos dois sistemas anteriores, exigindo que a causa geradora esteja prevista em Lei e que, além disso, atue efetivamente no momento da ação delituosa, retirando do agente a capacidade de entendimento e vontade. Dessa forma, será

inimputável aquele que, em razão de uma causa prevista em Lei, atue no momento da prática da infração penal sem capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O Código Penal adotou esse sistema (Artigo 26, *caput*).

Os requisitos da inimputabilidade segundo o sistema biopsicológico são:

Causal: existência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que são as causas previstas em Lei;

Cronológico: atuação ao tempo da ação ou omissão delituosa; e

Conseqüencial: perda total da capacidade de entender ou da capacidade de querer.

Somente haverá inimputabilidade se os 03 (três) requisitos estiverem presentes, à exceção dos menores de 18 (dezoito anos), de acordo com o sistema biológico.

1. O DIREITO PENAL E SUA EVOLUÇÃO

O direito penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança.

A missão do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas, sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.

No tocante ao seu objeto, tem-se que o direito penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim. Assim, lastreia-se o direito penal na voluntariedade da conduta humana, na capacidade do homem para um querer final. Desse modo, o âmbito da normatividade jurídico-penal limita-se às atividades finais humanas.

Conclui-se, portanto, na lição de Welzel, que o “*objeto de las normas penales es la ‘conducta’ humana, esto es la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de actividad final posible. Para las normas del Derecho Penal la acción*”

está com mucho en primer plano, mientras que la omisión queda notoriamente en un segundo plano”.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, *caput*, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do mais importante dispositivo da Lei Maior, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais de nosso Estado.

Pela concepção jurídico-positivista do liberalismo burguês, ungida da necessidade de normas objetivas inflexíveis, como único mecanismo para conter o arbítrio do absolutismo monárquico, considerava-se direito apenas aquilo que se encontrava formalmente disposto no ordenamento legal, sendo desnecessário qualquer juízo de valor acerca de seu conteúdo. A busca da igualdade se contentava com a generalidade e impessoalidade da norma, que garante a todos um tratamento igualitário, ainda que a sociedade seja totalmente injusta e desigual.

Essa visão defensiva do direito constituía um avanço e uma necessidade para a época em que predominavam os abusos e mimos do monarca sobre padrões objetivos de segurança jurídica, de maneira que se tornara uma obsessão da ascendente classe burguesa a busca da igualdade por meio de normas gerais, realçando-se a preocupação com a rigidez e a inflexibilidade das regras. Nesse contexto, qualquer interpretação que refugiasse à visão literal do texto legal poderia ser confundida com subjetivismo arbitrário, o que favoreceu o surgimento do positivismo jurídico como garantia do Estado de Direito. Por outro lado, a igualdade formal, por si só, com o tempo, acabou revelando-se uma garantia inócua, pois, embora todos estivessem submetidos ao império da letra da Lei, não havia controle sobre seu conteúdo material, o que levou à substituição do arbítrio do rei pelo do legislador.

A normal penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional. Não se admitem mais critérios absolutos na definição dos crimes, os quais passam a ter exigências de ordem formal (descrição da Lei) e material (princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito).

Sendo assim, podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do direito penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.

Cabe ao operador do direito exercer controle técnico de verificação da constitucionalidade de todo tipo penal e de toda adequação típica, de acordo com o seu conteúdo. Se for contra à dignidade humana, deverá ser esburgado do ordenamento jurídico.

2. ECA E A ATUALIDADE

A promulgação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90) ocorreu em 13 de julho de 1990, consolidando uma grande conquista da sociedade brasileira: a produção de um documento de direitos humanos que contempla o que há de mais avançado na normativa internacional em respeito aos direitos da população infanto-juvenil. Este novo documento altera significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária do Estado na vida de crianças e jovens. Como exemplo disto pode-se citar a restrição que o ECA impõe à medida de internação, aplicando-a como último recurso, restrito aos casos de cometimento de ato infracional.

Desde a promulgação do ECA, um grande esforço para a sua implementação vem sido feito nos âmbitos governamental e não-governamental. A crescente participação do terceiro setor nas políticas sociais, fato que ocorre com evidência a partir de 1990, é particularmente forte na área da infância e da juventude. A constituição dos conselhos dos direitos, uma das diretrizes da política de atendimento apregoada na Lei, determina que a formulação de políticas para a infância e a juventude deve vir de um grupo formado paritariamente por membros representantes de organizações da sociedade civil e membros representantes das instituições governamentais. No entanto, a implementação integral do ECA ainda representa um desafio para todos aqueles envolvidos e comprometidos com a garantia dos direitos da população infanto-juvenil.

3. A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA IDADE PENAL

Nos termos do art. 228 da CF/88, são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Muito se cogita a respeito da redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos. Para tanto, o instrumento necessário seria uma emenda à Constituição e, portanto, manifestação do poder constituinte derivado reformador, limitado juridicamente.

Neste ponto, resta saber: eventual EC que desconsiderasse, por exemplo, de 18 para 16 anos, a idade penal nos crimes hediondos, violaria a cláusula pétrea do direito e garantia individual (art. 60, § 4º, IV) ?

Embora parte da doutrina assim entenda, a nossa posição é no sentido de ser perfeitamente possível a desconsideração de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF (Supremo Tribunal Federal), que a matéria não possa ser modificada.

Desconsiderando a idade penal de 18 para 16 anos nos crimes hediondos ou na hipótese de múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave ou roubo qualificado, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.

Nesses termos, observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “timbra o texto, no art. 228, em consagrar a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se recordar que o direito de votar – a maioria política – pode ser alcançado aos dezesseis anos...”.

O mundo atual evolui constantemente, fazendo nascerem novas formas de condutas anti-sociais e criminosas desconhecidas anteriormente. O jovem que está à margem dessa evolução da sociedade, tenta buscar o prazer, a realização pessoal, como se adulto fosse. Os delinquentes juvenis de hoje serão, sem dúvida, os temíveis criminosos de amanhã, cada vez mais violentos e ambiciosos, pondo em risco a sobrevivência de toda uma sociedade.

4. PEC 33/2012 – SENADOR ALOYSIO NUNES FERREIRA

Trata-se de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33, de 2012, de autoria do ilustre Senador Aloysio Nunes Ferreira.

A PEC 33 altera a Carta Magna para possibilitar a imputação penal dos menores de dezoito e maiores de dezesseis anos, mediante incidente de desconsideração da

inimputabilidade, a ser promovido privativamente pelo Ministério Público, nos termos de Lei Complementar, que deverá observar os seguintes preceitos:

-cabimento do incidente apenas nos casos dos crimes previstos no inciso XLIII do art. 5º da CF/88 – tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e crimes hediondos – ou na hipótese de múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave ou roubo qualificado.

-propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência.

-competência do órgão judiciário especializado em questões de infância e adolescência.

A procedência do pedido de desconsideração da inimputabilidade penal dependerá da comprovação da capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, asseguradas a ampla defesa e o contraditório.

A proposição estabelece ainda que a prescrição se suspende até o trânsito em julgado do incidente e que o cumprimento de pena decorrente de eventual sentença condenatória deverá se dar em estabelecimento distinto dos destinados aos presos maiores de dezoito anos.

Da justificação da Proposta consta que:

“É fato que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ainda não foi integralmente implementado e, portanto, não se pode ainda avaliar concretamente seus resultados, de molde a apontarmos para o seu sucesso ou fracasso.

Por outra via, não se pode questionar o fato de que sob a proteção deste mesmo estatuto, menores infratores, muitas das vezes patrocinados por maiores criminosos, praticam reiterada e acintosamente delitos que vão desde pequenos furtos, até crimes como tráfico de drogas e mesmo homicídios, confiantes na impunidade que a Constituição e o ECA lhes conferem.

É o caso, por exemplo, de Genilson Torquato, de Jaguaratama, no Ceará, hoje já maior de idade e livre, assassino confesso de 11 pessoas, dos 15 aos 18 anos. Ou do adolescente de Maringá, conhecido como o “Cão de Zorba” que confessou ter matado 3 pessoas e teria encomendada a morte de mais 4.

Ou ainda de M.B.F., o “Dimenor”, ligado à facção criminosa paulista P.C.C., que aos 17 anos confessou a morte de 6 pessoas a mando de traficantes, a primeira delas quando tinha apenas 12 anos de idade.

Muitos não de lembrar-se do menino “Champinha”, que comandou o seqüestro e morte de um casal de jovens em São Paulo. Ressalte-se que este garoto já houvera sido assistido e recolhido por diversas instituições especializadas na recuperação de menores infratores, antes de praticar tão odioso crime.

Mais recentemente, tivemos notícia do menor no Rio Grande do Sul, autor de 112 atos infracionais, no momento de uma audiência tentou matar a promotora de um dos seus casos.

Comprendemos perfeitamente os riscos de se legislar em função de casos específicos, dando um caráter geral ao que poderia ser tratado de forma particular, especialmente em se tratando de reforma da nossa ainda jovem Constituição. Também somos contra o que se convencionou chamar de “legislação penal de urgência”, em que o legislativo se move motivado por tragédias ou crimes que chocam a comunidade, com grande repercussão midiática.

Mas algo precisa ser feito em relação a determinados e específicos casos, que infelizmente têm se proliferado à sombra da impunidade e longe do alcance de nossas leis”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente, objetivar o desenvolvimento do menor infrator é uma política pública nobre, digna de encômios, que deve ser mantida e viabilizada nas sociedades contemporâneas, mas com um mínimo de sacrifício e sofrimento do povo, pois há um interesse público a ser preservado na prevenção e repressão à conduta criminosas a fim de se evitar um ambiente hostil de convivência contrário ao progresso humano.

Nas infrações graves ou na reiteração delas, o máximo de rigor que o ECA prevê em relação ao adolescente infrator é a sua internação em estabelecimento próprio, que constitui medida privativa de liberdade, de caráter breve e excepcional, compatível com a sua condição de pessoa em desenvolvimento. A internação dura no máximo três anos e a liberação é obrigatória aos 21 anos de idade. Assim, não importa a natureza da infração penal praticada; não importa se foi recuperado ou não; o menor deve ser solto para que continue seu suposto desenvolvimento em condições de liberdade e de dignidade. E se a infração penal grave é cometida por menor de 12 anos de idade, não há sequer previsão legal de que fique também sujeito à internação, pois o ECA prevê para ele medidas de proteção, ainda que seja julgado aos 16 anos, pois o que importa é a sua idade na época do fato delituoso.

Durante o regime da Lei n.º 6.697/79, o conhecido Código de Menores, a internação do menor infrator poderia se prolongar além dos 21 anos de idade caso sua periculosidade não cessasse. Assim, pensava a jurisprudência da época segundo informou Paulo Lúcio Nogueira - Comentários ao Código de Menores, Saraiva, 4ª Ed., 1988, pág. 89.

O Código Penal Militar, Dec.-Lei n.º 1.001/69, acolhendo a proposta de Nelson Hungria de redução da maioridade penal para 16 anos, dispôs no seu art. 50: "*O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade*".

Portanto, tínhamos no Direito brasileiro uma hipótese legal de redução da maioridade penal para 16 anos em caráter excepcional e dependente do desenvolvimento psíquico do menor infrator, porém com a entrada em vigor da atual Constituição, tal dispositivo ficou revogado em face do disposto no artigo 228, ficando o menor infrator sujeito exclusivamente ao ECA.

Sabe-se hoje que de cada 10 menores posto em liberdade cinco deles retornam para as práticas criminosas, levando-se a concluir que também desde cedo já experimentam a

sensação da impunidade, dando continuidade a vida criminosa. Assim, sob o discurso de ser uma pessoa em desenvolvimento, o ECA criou uma blindagem, um manto protetor do menor infrator, que se apresenta difícil de ser transposto em favor da sociedade.

Desse modo, o clamor da sociedade ao exigir penas mais severas afigura-se merecedora de acolhimento e encontra eco no atual ordenamento jurídico brasileiro. A garantia constitucional da inimputabilidade penal não é um obstáculo juridicamente intransponível, mesmo que se constitua um direito fundamental da criança e do adolescente.

A desconsideração jurídica da inimputabilidade penal não visa exclusivamente infligir penas mais austeras no combate à delinquência juvenil, mas, sobretudo atribuir responsabilidade social aos jovens que, desde cedo, vêm experimentando uma sensação de impunidade e de desrespeito à Lei. Afinal, eles representam um futuro promissor do nosso país, não podendo se tornar apenas mais um contingente de marginalizados, segregados ou socialmente perigosos.

Com isso, a desconsideração da inimputabilidade atende de imediato, os reclamos da sociedade sem afetar a segurança jurídica em respeito aos direitos e liberdades individuais.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, José da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). Editora Malheiros, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)** / Fernando Capez. – 16. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Antônio Américo Neto. **Redução da maioria penal**. Juris Way. Brasília, 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

JORGE, Éder. **Redução da maioria penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 21 fev. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza – 14. ed. rev. atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Aloysio Ferreira. **SF PEC 33/2012**. Senado Federal, Brasília, 03 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar**. 2ª Edição. Revista Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

RODRIGUES, Andréa Amin. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SANTOS, José Gilmar Araujo. **A desconsideração jurídica da maioria penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1337, 28 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9550>>. Acesso em: 27 mar. 2014.