

FIXAÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL: UMA GARANTIA DE LIBERDADE AOS JOVENS INFRATORES

*ESTABLISHING CRIMINAL RESPONSIBILITY: A GUARANTEE
OF FREEDOM FOR YOUNG OFFENDERS*

Maria Auxiliadora Minabim¹

Resumo

O presente trabalho pretende discutir a adequação, o acerto dos padrões eleitos pelo legislador brasileiro para a imputabilidade penal. Ao longo da história, a imputabilidade, até alcançar o seu status constitucional para determinar a capacidade do sujeito para ser autor de crime foi objeto de escrutínio científico. O estudo é feito através de pesquisa bibliográfica da área jurídica e das ciências sociais, de decisões jurisprudenciais, valendo-se

Palavras-chave

Imputabilidade penal. Capacidade de culpabilidade. Menoridade penal.

Abstract

This paper aims to discuss the adequacy and correctness of the standards chosen by Brazilian legislators throughout history to determine criminal responsibility and its constitutional status in determining an individual's capacity to commit a crime. The study is based on bibliographic research in the legal and social sciences fields and on case law decisions, using the dialectical method of knowledge to point out the essential contradictions in dealing with the issue.

Keywords

Criminal liability. Capacity for culpability. Juvenile criminal responsibility.

¹ Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito Penal pela UFRJ e para UFPr. Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1998 incluiu em seus dispositivos, precisamente no artigo 227, um comando sobre o “dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Assevera, também, que serão penalmente inimputáveis os menores de 18 anos. O status constitucional conferido à norma revela uma preocupação na preservação daqueles que, por imaturidade, não têm condições plenas nem de se proteger, nem de refrear, como deveriam, seus impulsos.

Conhece-se apenas outro Estado, o México, que trata da matéria da incapacidade penal em nível constitucional, com vistas a favorecer os direitos humanos dos mais jovens resguardando-os para a vida adulta.

O critério adotado pelo legislador nacional foi o chamado critério biológico ou etário que assegura a todo jovem com menos de 18 um sistema diferenciado de justiça. A convicção sobre o acerto da providência chegou a ensejar uma discussão entre Ministros do Supremo Tribunal e parlamentares da Comissão de Constituição e Justiça sobre ser ou não uma cláusula pétrea aquela contida no artigo 228 da CF, insuscetível da modificação.

Em termos de normativas internacionais, deve-se lembrar que bem procederam os constituintes brasileiros, ancorados dentre outros documentos internacionais, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, alicerce ético para conferir tratamento diferenciado àqueles cujo nível de maturidade ainda não se completou. A Declaração julgou necessário afirmar a igualdade de todos diante da lei em tempos nos quais as discriminações dispensavam o uso de qualquer subterfúgio para a extermínio dos diferentes ou dos mais frágeis. Assentada essa ideia, ao menos no plano formal, um novo princípio passou a ocupar espaço no direito. Tornou-se lugar comum a afirmação que, para manter-se a igualdade postulada pela consciência moderna, seria imprescindível que fossem respeitadas as diferenças que marcam as pessoas e lhe impossibilita/dificulta o exercício de direitos. As vulnerabilidades acrescidas àquelas já próprias da

humanidade impuseram um mandamento expresse, qual seja, o dever especial de proteção da lei aos mais frágeis, com vistas à superação de suas limitações e efetivação de direitos. O status constitucional da norma revela preocupação na preservação dos que, por imaturidade, não têm condições plenas nem de se proteger, nem de refrear seus impulsos como deveriam.

2. PROTEÇÃO AO IMATURO

O critério adotado pelo legislador nacional para afastar os mais jovens das penas e das prisões foi o chamado biológico ou etário que assegura a todo jovem com menos de 18 um sistema diferenciado de justiça, mas tal posição não reflete uma visão paternalista e, sim, um ideal garantidor de justiça e direitos dos imaturos.

A fixação de uma idade para a maturidade, embora possa ser arbitrária, evita a combinação de diversas condições subjetivas para aferição da capacidade, impedindo o estabelecimento de múltiplos critérios (discernimento, malícia) ajustáveis aos valores e interesses pessoais. Tais padrões podem estar submetidos à conveniência, a juízos morais, sendo difíceis de concretizar os ideais garantidores. O ordenamento jurídico deve, na medida do possível, em nome da segurança que deseja estabelecer, objetivar as normas que asseguram direitos humanos, evitando interpretações que possam burlar esse ideal de preservação dos imaturos.

A proteção legal não pretende alcançar um tal nível que impeça o desenvolvimento da liberdade individual e o exercício de escolhas que representem a autonomia da pessoa. Em verdade, a tutela pretende ser emancipadora, preservando-se a criança e ao adolescente de situações que ainda não podem enfrentar com conhecimento e segurança, mas para as quais, em um momento estimado do processo contínuo de transformação, serão considerados competentes. O momento (18 anos) escolhido pode ser arbitrário, mas evita escolhas precoces incompatíveis com os padrões de segurança que se busca oferecer a todos

3. A FIXAÇÃO DE REQUISITOS

O reconhecimento da autonomia e da capacidade para ser autor de certos atos, embora, por vezes, toscamente delineadas, significa um tributo à lei moral, a exteriorização do respeito devido a todos, sobretudo aos mais

frágeis. Talvez, por isto mesmo, houvesse, quase sempre, no curso histórico, registros sobre critérios adotados para essa verificação.

Recorria-se com frequência a uma divisão dos mais jovens por faixas etárias, às quais eram acrescentados outros atributos para reconhecimento da competência para a prática do crime. Às faixas etárias, juntavam a personalidade viciosa, a gravidade do crime e a malícia do autor dentre outros elementos. Ou seja, o tempo de vida decorrido desde o nascimento - apenas a idade cronológica - não se mostrava bastante para caracterizar maturidade; o nível de desenvolvimento mental e emocional, entre outros atributos, eram recrutados para reconhecer a plenitude do sujeito.

No Direito Romano, em seu período inicial, as crianças eram tratadas como se fossem propriedade dos pais, que tinham sobre elas o direito absoluto de vida ou morte. A lei mosaica, embora anterior, não diferia muito da romana. No Velho Testamento encontram-se inúmeras práticas severas contra os jovens inclusive aquelas do Deuteronômio que estabelecem: 21:18 “Se alguém tiver um filho recalcitrante e rebelde, que não “ouve a voz do pai, nem a de sua mãe, o qual, embora procurem corrigi-lo, não dá ouvidos”; 21:20 “e dirão aos anciãos da sua cidade: – Este nosso filho é recalcitrante e rebelde; não dá ouvidos à nossa voz, é um desenfreado e beberrão.”21:21: Então toda gente da cidade o apedrejará, a fim de que morra; e assim exterminarás o mal do teu meio, e toda Israel, ao saber disso, temerá.” A mesma vulnerabilidade que justificava que os pais agissem como guias, também legitimava a exterminação do filho. Percebe-se, também traços daquilo que, séculos depois constituiria elementos do estado perigoso, (alcoolismo, desajustamento social).

No direito dos bárbaros, o elemento subjetivo não tinha, em sua primeira época, maior importância. O referencial compatível para determinar a imaturidade nessa cultura era a capacidade para portar armas, atividade da maior importância porque os germanos constituíam grande parte do exército romano ao tempo de Constantino.

Um método utilizado, na Inglaterra e na Itália, para conhecer se a criança agira ou não com discernimento, era a prova da maçã de Lubeca², que consistia em oferecer uma maçã e uma moeda. Escolhida esta última, estava

²ROSSI, P. *Traité de droit pénal*. Bruxelles, Melline, Cans et Cle, 1832.

provada a malícia e esquecida qualquer proposta legal que considerasse o autor do fato como pessoa ainda não totalmente formada.

Quanto à determinação da faixa etária que constituía a infância propriamente dita, pode-se dizer que, até os sete anos, não se prescretava sobre capacidade para o crime. Esse processo de afastar totalmente a ideia de perversidade na meninice ganhou um importante aliado na iconografia religiosa a partir do século XIII, com a representação de Jesus como criança. Tal transformação refletia em uma nova valorização da infância, ligada ao mistério da maternidade da Virgem Maria e ao culto mariano, enfatizando-se então a ternura e a inocência de Jesus como criança, o que ajudou a estabelecer um novo olhar em relação à infância³.

Philippe Ariès⁴ diz que os penalistas medievais tinham em vista, na aplicação de sanções penais aos jovens infratores, infundir-lhes “um temor sacro e arrependimento sincero”. Para tanto, usavam-se mesmo penas corporais e mutilações, recorrendo-se à reprimenda física como meio adequado para instruir e educar as crianças. Só haveria disciplina com o castigo, generalização advinda da prática dos cilícios nos conventos. A região favorita do corpo para a prática das flagelações era o dorso, recorrendo-se a varas, socos, beliscões e pontapés. César da Silveira⁵ conta que era tão difundida e usada a fustigação com crianças, que Henrique IV mandava chibatar o futuro Luís XIII, assim como fazia Luís XIV com o herdeiro do trono, uma vez que o primeiro julgava ter tido sua formação beneficiada com este procedimento.

Pode-se constatar que, apesar das referências à idade como um atributo essencial para averiguação da capacidade, o critério etário dificilmente tinha validade por si mesmo, sendo quase sempre acompanhado de outro atributo que pudesse revelar a capacidade de dolo. Aos impúberes, mesmo que capazes de dolo, reservava-se a faculdade de ser indulgente, a menos que,

³ ARIÈS, Phillippe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014., p. 66-67

⁴ ALENCAR, Ana Valderez A. N. de “Os menores delinquentes na legislação brasileira.” Em: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1975, 45:135-230.

⁵ SILVEIRA, V. César da. *Tratado de responsabilidade criminal*. São Paulo, Saraiva, 1955, v.II.

pela gravidade do crime, como o de violação clausura dos monges ou lesionassem um clérigo⁶

4. AS GARANTIAS ASSEGURADAS AO JOVEM INFRATOR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O propósito de garantir os direitos do homem a qualquer pessoa que integra a espécie, visa a realizar o pensamento que todas as pessoas nascem cidadãs e que não há mais espaço distintos para o poderoso e o frágil no plano normativo. É dever das declarações internacionais e da legislação nacional evidenciar este ideal através de normas que lhe dê concretude e não apenas de normas programáticas. Assim, as Constituições são o espaço ideal para registrar como proceder no âmbito penal com a pessoa incapaz que comete um crime.

4.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como se sabe, o Brasil esteve durante décadas sob um governo militar. A decisão em favor da constitucionalização dos direitos da família, da criança e do adolescente resultou do processo de redemocratização do governo brasileiro uma vez que o país viveu durante longos sem eleições diretas para Presidente da República, privado também do exercício de outras liberdades. Havia um clima de abertura para a participação popular na reconstrução política do país que se foi sedimentando através de Emendas Constitucionais, as quais culminaram com a convocação para reunião unicameral com o fim de elaborar a oitava Constituição brasileira de forma livre e soberana. Os trabalhos iniciados em 1º de fevereiro de 1987, foram concluídos em 5 de outubro de 1988.

O incentivo à participação popular nesse processo foi altamente estimulado, ganhando os brasileiros o poder de participar de todas as esferas do Governo desde a elaboração de políticas e programas públicos até a sua fiscalização.

Os direitos das crianças e dos adolescentes ficaram a cargo da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso que aberta às sugestões da população, recebeu milhares de propostas populares. A maioria, todavia, carente de concretude e de caráter conflitante, destacando-se, porém o ideal de

⁶ PELLÉ, l'Abbé . Le droit penal de l'église. Paris, P. Lethielleux, Librairie Éditeur, 1939

atendimento integrado às necessidades das crianças e dos adolescentes. A comissão concordou sobre a imperiosa obrigação de preservar a saúde, a educação e a alimentação dessa parcela da população, manteve a inimizabilidade penal até os 18 anos; garantindo os princípios do contraditório e legítima defesa e vinculando o internamento à lei. O respeito à liberdade está registrado no Capítulo III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando-se a esses jovens cidadãos liberdade de expressão, de ir vir nos logradouros públicos e de participar da vida política, na forma da lei, dentre outros.

4.2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O cenário liberal e garantidor da Constituição de 1988 representa um momento especial para o povo brasileiro. Todavia, nem sempre se pensou tão seriamente na vulnerabilidade da criança e do adolescente para protegê-los em direção à vida adulta

No primeiro quartel do século dezanove, dizia-se que legislar para o Brasil de 1823, composto de agrupamentos étnicos, historicamente distintos seria tudo, menos obedecer à consciência lúcida do meio. Era um trabalho inteiramente subjetivo, ou o capricho de uma erudita minoria, indiferentemente à maneira de ser maioria.

O que se pode depreender da pesquisa jornalística da última década do século XIX⁷, entretanto, é que as opiniões dominantes, ou pelo menos, as que constam nos períodos da época, corroboravam o Estado liberal-abstencionista. Na verdade, esta posição era dominante no campo econômico, jurídico e político. A crença de que a desigualdade entre os indivíduos resultava do empenho de cada justificava o desinteresse pelo social.

Com efeito, não havia a noção de problema do menor abandonado ou infrator como decorrência da questão social, pois as dificuldades eram individualistas.

⁷ Pesquisa realizada pela autora como bolsista do CNPq. “O papel do Direito nas Sociedades em Transição- O contexto Social e o Menor”, Salvador, Bahia, exemplar datilografado 23 de abril de 1987.

As poucas vezes que o Estado é chamado a interferir deve fazê-lo no sentido de dar destino aos menores acostumados à vadiagem ou à prática de infrações. Deve-se muita importância, no contrário, às doações particulares para os asilos que eram (as atitudes filantrópicas) objeto de uma coluna jornalística chamada “ Crônica do bem”, o que demonstra uma atitude conformista em relação ao Estado polícia de então, típico do liberalismo econômico, que não se preocupava em resolver o problema (talvez ainda incipiente) do menor abandonado na sua origem, nem empreendia, senão parte dos esforços para remediar o mal.

Na área jurídica, todavia, já se ouviam algumas vozes erguidas contra as disposições legais e as consequências que geravam na execução das medidas. Tobias Barreto, Lopes Trovão, Galdino Siqueira, dentre outros, colocavam-se contra a figura legal do discernimento – capacidade de entendimento do fato e de comportar-se conforme essa compreensão - que possibilitava o encaminhamento de menores de até 7 anos para estabelecimentos prisionais. O cuidado com o tema é de certa forma revelado pelos jornais que passam a denunciar os maus tratos sofridos pelos menores, recolhidos em casas correccionais.

Diz-se que, ao tempo da primeira constituinte republicana, era desconhecida a questão social. Sem dúvida, disto deriva o fato de o Estado brasileiro de então ser o *état gerdarme* que era, e que levava, já se disse que, em 1929, o Presidente Washington Luís chegou a considerar a questão social como um “caso de polícia.”

Entretanto, a situação modificou-se já na constituinte de 1933, quando as novas atribuições do Estado tiveram de ser implantadas, com a fixação do aspecto político-administrativo da nação, de sua estrutura jurídica na organização do trabalho e distribuição das riquezas.

Em relação à menoridade, a Assembleia Constituinte de 1933 mostra, além da preocupação com alguns direitos humanos, como a educação do povo em geral, com o amparo à infância e à maternidade, bem como com os limites do trabalho dos menores dentre outros . Assim, uma das emendas, sintomaticamente, reza o seguinte: “ A Assembleia Nacional, em sua primeira sessão ordinária votará o Código de Assistência e Proteção à infância”

A questão dos menores abandonados adquire as dimensões de problema social, perdendo a antiga feição de problemática restrita e particularizada: não se trata mais do menor problema, mas do problema do menor. De tal forma expressava-se a questão que há quem se refira que o Brasil seria o país da infância abandonada.

O problema social, como se vê, começa a saltar aos olhos por volta da década de 30, e a mudança de atitude em relação a ela certamente decorre também de seu agravamento. Entretanto, na Europa, na primeira metade do século passado, já se dizia que “hoje não há senão questões sociais”. É que as diversas sociedades não apresentam evolução uniforme, os indivíduos constroem de forma distinta os ideais humanos. Dessa forma, seria, isto sim, de se estranhar que a sociedade brasileira tivesse acordado para a questão social concomitantemente com o continente europeu, muito mais avançado este que o nosso país herdeiro do capitalismo.

Quanto à problemática do menor, ganhava maior notoriedade já em 1927 com a promulgação do primeiro Código de Menores da América do Sul, chamado Código de Mello Matos, vindo a se consolidar, como questão de grande importância para o Brasil, no decorrer da Assembleia Constituinte de 33, acima referida.

Assim, no texto da Constituição de 1934, a infância era tratada juntamente com outros temas que, por sua dimensão, mereceriam dispositivos especiais. A Constituição de 1937, malgrado haver sido fruto de um regime não democrático, demonstra uma maior preocupação com a questão da menoridade, na medida em que pretende dispensar-lhe uma proteção mais ampla e integral.

Já o texto da Constituição outorgada estende-se na valoração jurídica da infância e juventude, dedicando-lhes um compreensivo dispositivo:

Art. 127 – A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso

Na Carta Magna de 1946, continuadora da tradição de Constituições analíticas (desde a de 34), haja vista o agravamento da questão social e a assunção das novas atribuições do Estado intervencionista, o asseguramento dos direitos das crianças e dos adolescentes tem destaque no título VI, nas disposições a respeito da educação e cultura e, mais

especificamente, no art. 164, que reza ser “obrigatória em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e a adolescência”. Registrou-se a intenção de zelas pelos direitos humanos, sobretudo dos mais frágeis. Contudo, algumas das normas sobre educação não passam de normas programáticas, nada havendo de mais concreto em relação ao menor. Disso pode-se concluir que os constituintes preferiram delegar às normas infraconstitucionais as disposições a respeito do menor abandonado e/ou infrator.

A Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda nº1 de 1969, no artigo 175, § 4º dizia, “lei disporá sobre assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.”

Na verdade, nenhuma Constituição deu tanta atenção ao direito de participação ativa e livre dos cidadãos na construção da nação brasileira como a Constituição de 1988. Nesse bojo, os direitos do menor infrator e/ou em situação de risco passaram por uma grande mudança, visando assegurar-lhes garantias já asseguradas aos adultos. Não sem razão, aliás, pois a questão adquiriu status de quarta preocupação nacional.

5 AUTONOMIA E CAPACIDADE

Em que medida o reconhecimento da incapacidade pessoal pode significar proteção aos direitos humanos? Como afirmou Antônio Augusto Cançado Trindade⁸, “o Direito dos Direitos Humanos não rege a relação entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção”. É exatamente nesse reconhecimento da vulnerabilidade de uma pessoa que, embora tenha praticado um crime é imatura, que o direito procura dar-lhe um tratamento diferenciado

A incapacidade pode resultar de diversas condições, mas qualquer seja ela, afeta a autonomia, embora de forma desigual. Aliás, desta qualidade decorrem os demais direitos. O fato é que o discernimento - conjunto de operações para o processo de deliberação integra a formação da vontade e

⁸ TRINDADE CANÇADO, Antônio Augusto Cançado Apresentação. Em: Direitos humanos e direito constitucional internacional. Flávia Piovesan. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

é através dele que o sujeito ocorre a ideação da ação⁹. O discernimento estratégico, fase subsequente ao discernimento volitivo, equivale à cogitação e deverá ainda ter como filtro o discernimento moral. Observe-se que o sofisticado nível de formação da decisão sobre o agir deve compreender também o efeito imediato do agir. Esta é uma operação que dificilmente será realizada por um imaturo que, mais frequentemente, age arbitrariamente. Uma opinião ponderada é resultado do processo de discernimento e ela é que permite o exercício da liberdade da vontade que deriva da autonomia¹⁰.

Há diversas expressões que pretendem significar capacidade jurídica de decidir. A ideia de autonomia - aptidão fazer as próprias escolhas e de encaminhar sua vida no sentido desejado - tem constituído o mais rico e denso argumento fundador da competência pessoal e jurídica, por consequência.

Ocorre que há inúmeros significados atribuídos ao termo, desde aquele usado pelos gregos para se referirem às cidades que podiam eleger suas próprias normas e reger-se por elas porque politicamente autônomas, ao sentido kantiano de autodeterminação do bem, isto é, capacidade de conhecer o bem e, por isso, de tornar seu cumprimento obrigatório a si mesmo. Daí resulta que a vontade do homem deve submeter-se a esse entendimento independentemente de forças exteriores. As possíveis discrepâncias factuais no seu reconhecimento serão, para o filósofo alemão, decorrentes de imperfeições no exercício da razão, o que excluiria o cumprimento da lei e do dever que constituem práticas morais¹¹.

Algumas teorias éticas contemporâneas referem-se à autonomia, como o controle dos impulsos para exercício da vontade livre até mesmo de coações auto impostas sob diversas denominações. Como lembram Beauchamp e

⁹ ROCHA, Alexandre Sergio da. Responsabilidade como Humanismo, Volume 04: Autonomia: a Invenção do Indivíduo. Juruá Editorial: 2022.

¹⁰ ROCHA, Alexandre Sergio da. Responsabilidade como Humanismo - Volume 04 - Autonomia: a Invenção do Indivíduo. Juruá Editorial: 2022. Pp. 176, 177,178.

¹¹ ROCHA, Alexandre Sergio da. Autonomia e bioética. Em: Direito e Medicina II, Salvador, 2024. No prelo.

Childress¹², o homem autônomo é capaz de dominar os desejos de primeira ordem (emoções, vícios medo), submetendo-os aos de segunda ordem.

Feinberg¹³, por sua vez, ensina que a expressão, quando se refere a pessoas, tem vários significados que são bem próximos uns dos outros: i) capacidade do sujeito de governar (controlar) a si próprio (autogoverno, autocontrole), que está sujeita a diferentes graus; ii) condição real e presente que o indivíduo tem de atuar autonomamente, junto a suas virtudes inerentes; iii) um ideal de personalidade e caráter derivados daquele conceito; iv) um direito. Numa analogia com o estado político, autonomia pessoal refere-se à autoridade soberana para governar (decidir) por si próprio, no âmbito de sua competência ou domínio (do indivíduo), embora o filósofo americano entenda que a autonomia pessoal, diferentemente da política, é parcial e limitada. Na primeira acepção, implica a capacidade de autogoverno, que é pressuposto para o exercício da capacidade legal. Conclui, todavia que a concepção de autonomia contemporânea é suficientemente vaga e incerta, permitindo que o sujeito a interprete de forma pessoal.

Estes conceitos são incompatíveis com a impulsividade da criança e do adolescente que estão a conhecer a vida, dela experimentando e expondo sua subjetividade e vulnerabilidade. Habermas¹⁴ afirma, por fim, que a autonomia consiste em “uma conquista precária de existências finitas, que só conseguem se fortalecer quando conscientes de sua vulnerabilidade física e de sua dependência social”. Ao afirmar que se trata de conquista, acrescenta a ideia de que ela “não cai do céu como característica inerente ao ser humano”.

Vale à pena, referir um autor latino americano, Ernesto Garzón¹⁵ que, tratando de em autonomia e competência afirma que expressão deve ser entendida como “a capacidade de uma pessoa para fazer frente

¹² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Principles of biomedical ethics.4th ed. New York: Oxford University Press, 1994.

¹³ FEINBERG, Joel. Harm do Self, FEINBERG. The moral limits of the criminal law .New York: Oxford University Press, 1989. p.28.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana, São Paulo: Martinns Fontes, 2004, p.48.

¹⁵ VALDÉS, Ernesto Garzón: “¿Es éticamente justificabl el paternalismo jurídico?” DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, (5), 155–173.p.156 Disponível em: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.08> DOXA 5 1988. Acesso em maio 2024.

racionalmente ou, com uma alta probabilidade de êxito aos desafios ou problemas com os quais se defronta”. Haveria assim, uma competência básica que pode ser reconhecida na maioria das pessoas adultas e mentalmente saudáveis que lhes confere aptidão para o enfrentamento da vida diária e outra mais refinada que é ligada a uma formação especializada ou habilidade mais sofisticada. Dessa forma, alguém pode ser incompetente para avaliar um bom investimento na bolsa de valores, mas plenamente capaz de conduzir sua vida através de escolhas adequadas e racionais.

Outros, no entanto, ignoram a situação e os perigos em que vivem, seja em razão de ignorância sobre o ato que se propõe a realizar e de suas consequências, seja quando sua vontade é tão frágil que não consegue realizar seus propósitos, ou, ainda, quando suas faculdades mentais estão alteradas.

Essas são algumas das construções propostas para esclarecer a razão pela qual alguns podem e devem ser respeitados e responsabilizados por suas decisões e atos, enquanto outros não logram capacidade para tanto. Diante dos últimos, o estado deve agir de forma a evitar que tomem decisões contrárias ao seu bem-estar¹⁶. O menor de 14 anos, como se sabe, por exemplo, ainda que consinta em uma relação sexual, terá recusada pela ordem jurídica brasileira sua anuência para validar o ato praticado que será considerando como estupro.

A ordem jurídica exige que o cidadão maior ou menor de idade tenha condições de entender o mandato ou a permissão como exigência que confere legitimidade à ordem jurídica. A liberdade de escolha pressupõe maturidade, ou normalidade da compreensão e da vontade. Dessa liberdade decorrem os demais direitos

CONCLUSÃO

As garantias de liberdade não podem ter existência apenas no plano dos discursos políticos e jurídicos, elas devem estar asseguradas na lei. No que diz respeito ao jovem infrator, cujas ações muitas vezes são avaliadas como merecedoras de pena, deve-se ter em consideração se a pena, como

¹⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, c2008.

consequência do crime, é necessária e justa em face dos inimputáveis em razão da idade.

O critério eleito pelo legislador brasileiro para precisar a linha demarcadora entre a reprovação pela pena e suas consequências e a aplicação de medidas reeducadoras não deve ser ancorado em razões subjetivas. As hesitações em admitir uma regra segura válida para todos têm, ao logo da história, permitido que, ao sabor do julgador, muitos sejam considerados imputáveis em franco desfavor ao ideal de preservação dos direitos humanos dos mais jovens.

Existe uma estreita correlação entre a escolha de critérios para a imputabilidade e o respeito à incapacidade dos jovens criminosos uma vez que requisitos como malícia, gravidade do ato e discernimento podem ser facilmente inseridos no julgamento para tornar certa a punição indevida. A avaliação cronológica do amadurecimento constitui recurso objetivo de apreciação da capacidade, permitindo colocar os adolescentes ao abrigo da legislação especial e suas medidas específicas.