

**MANUTENÇÃO DA MENORIDADE
NO ATUAL ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL**

Marcelo de Macedo Schimmelpfeng



Criação Editora

MANUTENÇÃO DA MENORIDADE NO
ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

AUTOR

MARCELO DE MACEDO SCHIMMELPFENG

ISBN

978-85-60102-75-4

EDITORA CRIAÇÃO
CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes
Christina Bielinski Ramalho
Fábio Alves dos Santos
Jorge Carvalho do Nascimento
José Afonso do Nascimento
José Eduardo Franco
José Rodorval Ramalho
Justino Alves Lima
Luiz Eduardo Oliveira
Martin Hadsell do Nascimento
Rita de Cácia Santos Souza

MANUTENÇÃO DA MENORIDADE NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

Marcelo de Macedo Schimmelpfeng



Criação Editora
Aracaju | 2022

Copyright by 2022 Marcelo de Macedo Schimmelpfeng

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, com finalidade de comercialização ou aproveitamento de lucros ou vantagens, com observância da Lei de regência. Poderá ser reproduzido texto, entre aspas, desde que haja expressa marcação do nome do autor, título da obra, editora, edição e paginação.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.619/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código penal.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

S335m Schimmelpfeng, Marcelo de Macedo.

Manutenção da menoridade no atual ordenamento
jurídico penal / Marcelo de Macedo Schimmelpfeng. -- 1.
ed. -- Aracaju, SE : Criação Editora, 2022.

154p. Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-60102-75-4

1. Delinquência Juvenil. 2. Direito Penal. 3. Estatuto da
Criança e do Adolescente.

I. Título. II. Assunto. III. Autor.

CDD 341.5241

CDU 343.915

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Imputabilidade em relação à idade (Infância / Menores de idade).
2. Direito Penal: Infrações cometidas por menores de idade.

REFERÊNCIA

SCHIMMELPFENG, Marcelo de Macedo. Diálogos da manutenção da menoridade no atual ordenamento jurídico penal. 1. ed. Aracaju, SE: Criação Editora, 2022. E-Book (PDF, 2mgb). ISBN 978-85-60102-75-4

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, pelo amor que ele nos dirige, levando a constante reflexão sobre nossa vida em interação com a dos demais.

Aos meus **Pais**, pela formação e pelo apoio que sempre me foram dados, fazendo com que eu atingisse minhas metas como homem e cidadão.

Ao Prof. Livre-doscente **Dirceu de Mello**, que me aceitou, incentivou e dirigiu meus estudos, dedicando seu tempo na condução deste caminho.

À **Faculdade de Direito do Largo de São Francisco**, pelas lembranças que uniram o passado e o presente.

Aos **professores do curso do mestrado**, que dedicaram parte de seu conhecimento para a formação de seus alunos.

À minha grande colaboradora e esposa, **Flavia di Carluccio Schimmelpfeng**, que, além do incentivo, ajudou na elaboração desse trabalho e das minhas pesquisas

SUMÁRIO

I. introdução.....	11
II. ASPECTOS GERAIS SOBRE O DELITO.....	14
1. INTRODUÇÃO AO CONCEITO DE DELITO.....	14
1.1. Aspecto Formal ou Nominal.....	14
1.2. Aspecto Material ou Substancial.....	15
1.3. Aspecto Dogmático ou Analítico.....	15
2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DELITO.....	17
2.1. O Injusto Objetivo.....	17
2.2. A Distinção entre Tipicidade e Antijuridicidade.....	18
2.3. A Superação do Esquema Objetivo-Subjetivo.....	19
2.4. O Delito Visto pelo Finalismo.....	21
3. CONCEITOS DO DELITO.....	23
3.1. Conceito Clássico do Delito.....	23
3.2. Conceito Neoclássico do Delito.....	25
3.3. Noção Finalista do Delito.....	27
3.4. Conceitos Ecléticos Sobre o Delito.....	28
III. ELEMENTOS FORMADORES DO DELITO.....	32
1. INTRODUÇÃO.....	32
2. CONDUTA.....	32
3. TIPICIDADE.....	37
3.1. Teoria da Independência, Avalorada ou Acromática.....	38
3.2. Teoria do Indício da Antijuridicidade, Indiciária ou Ratio Cognoscendi.....	39
3.3. Teoria da Identidade ou Ratio Assendi da Antijuridicidade.....	39
3.4. Teoria dos Elementos Negativos do Tipo.....	40
3.5. Teoria da Tipicidade Complexa.....	41

3.5.1. Elementos objetivos propriamente ditos ou descritivos...	42
3.5.2. Elementos normativos	42
3.5.3. Elementos de natureza mista	43
3.5.4. Elementos subjetivos.....	43
4. ANTIJURIDICIDADE.....	43
4.1. Concepção Material e Formal.....	44
4.2. Concepção Unitária da Antijuridicidade	46
4.3. Concepção Genérica ou Específica.....	46
IV. A CULPABILIDADE.....	48
1. INTRODUÇÃO	48
2. TEORIAS SOBRE A CULPABILIDADE	51
2.1. Teoria Psicológica da Culpabilidade	51
2.2. Teoria Normativa, Psicológica-Normativa ou Normativa Complexa da Culpabilidade	54
2.3. Teoria Normativa Pura, Finalista ou Estrita da Culpabilidade.....	57
2.4. Teoria Antropológica da Culpabilidade	60
V. OS INSTITUTOS DA IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL.....	61
1. INTRODUÇÃO	61
2. IMPUTABILIDADE COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE..	65
2.1. Imputabilidade E O Positivismo Criminológico	65
2.2. Imputabilidade no Conceito Psicológico da Culpabilidade	66
2.3. Imputabilidade Para a Teoria Psicológico–Normativa, Formal e Sistemática da Culpabilidade	66
2.4. Imputabilidade e a Teoria Normativa	69
2.5. Imputabilidade Dentro do Conceito Material.....	70
3. SISTEMAS FIXADORES DA INIMPUTABILIDADE.....	72
3.1. Sistema Biológico, Psiquiátrico, Etiológico ou Sistema Francês	72

3.2. Sistema Psicológico Ou Inglês	73
3.3. Sistema Biopsicológico, Misto ou Biológico-Normativo	73
VI. FORMAS DE INIMPUTABILIDADE ADMITIDAS PELA CULPABILIDADE	75
1. INTRODUÇÃO	75
2. AS EXCLUDENTES DE IMPUTABILIDADE OU DE CULPABILIDADE DETERMINADAS PELO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL	76
2.1. Doença Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado	77
2.2. Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado	77
VII. ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A MENORIDADE PENAL	79
VIII. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MENORIDADE	82
IX. EVOLUÇÃO DA MENORIDADE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	89
X. TRATAMENTO DA MENORIDADE EM OUTRAS LEGISLAÇÕES	105
XI. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	113
XII. O TRATAMENTO DA MENORIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	120
1. INTRODUÇÃO	120
2. A PROTEÇÃO DO MENOR NA CONSTITUIÇÃO.....	121
3. A MENORIDADE PENAL COMO CLÁUSULA PÉTREA.....	122
4. PROJETOS DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE IMPUTABILIDADE DO MENOR DE 18 ANOS.....	127

XIII. CAUSAS EXTRAPENAIIS QUE INTERFEREM NA QUESTÃO DA MENORIDADE PENAL.....	133
XIV. CONCLUSÃO	137
XV. BIBLIOGRAFIA.....	147

I.

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de avaliar se há possibilidade ou não de alteração do instituto da menoridade no atual ordenamento jurídico penal. Para este objetivo adotou-se uma pesquisa qualitativa, dando enfoque exploratório, analisando referencial bibliográfico nacional e internacional sobre o tema.

A justificativa apresentada para a relevância deste trabalho reside na atual participação de menores na prática de delitos em nosso e outros países. Essa participação sempre ocorreu em nossa sociedade, mas, no atual período histórico, há um aumento de ocorrências violentas realizadas pelos próprios menores ou com a sua colaboração.

Isso faz com que a sociedade reaja, clamando por medidas jurídicas para conter esse avanço da violência juvenil. Com esse intuito, o Poder Legislativo de nosso país vem apresentando uma série de projetos legislativos com o objetivo de inibir a criminalidade juvenil, em especial nas ocorrências com uso de violência física ou moral à pessoa. Porém, ao serem analisados, os projetos de lei trazem uma linha de pensamento uníloquo, que é o de tornar o menor infrator imputável.

Com a imputabilidade, o menor passaria a ser responsabilizado da mesma forma do que um delinquente comum, afastando as finalidades principais das medidas sócio-educativas aplicadas hoje pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que são: A excepcionalidade da privação da liberdade aplicada para o menor infrator e a reeducação desse menor.

Como cumprir tais finalidades, assumidas pelo Brasil em acordos internacionais, tornando o menor imputável, sujeitando-o as medidas punitivas impostas aos maiores de dezoito anos.

Tal linha de pensamento gera a importância deste estudo, já que ao afirmar a manutenção da inimputabilidade para o menor, repudiando a atual tendência legislativa, demonstra a impossibilidade legal e a incoerência filisófica embutida nos referidos projetos de alteração da capacidade penal.

Dessa forma, para se chegar a essa conclusão, foram analisados os institutos penais constituintes do conceito de delito, até se chegar à culpabilidade, seção do direito penal que trata da compreensão psíquica do comportamento pelo indivíduo, que alberga os institutos a imputabilidade e seu oposto, a inimputabilidade penal.

Estudou-se, a partir da culpabilidade, a imputabilidade e a inimputabilidade, os sistemas fixadores da inimputabilidade, suas formas, até se chegar à menoridade penal. Este último instituto foi examinado pelo contexto histórico internacional e nacional, em cujo o qual foi firmada nossa tradição, desde a codificação penal de 1830, na fixação de um patamar etário determinando a capacidade penal do indivíduo.

Dentro do ordenamento penal foram criadas várias codificações, mas, na grande totalidade dos casos, o menor era considerado imputável a partir de uma idade fixa, punido, em caso da prática de infrações, po meio de um regime especial de regras.

Foram também analisadas outras legislações penais, para que se pudesse realizar uma comparação entre o nosso ordenamento penal e os demais, sendo possível notar as semelhanças e diferenças entre os Códigos penais.

Tais comparações demonstram que vários diplomas legais também fixam a responsabilidade penal a partir dos dezoito anos, bem como daqueles que a fixam a capacidade penal em outros patamares.

A seguir, foi apresentada a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído com base na Constituição Federal de 1988, servindo como norma jurídica que atualmente tutela todas as questões que envolvem o menor infrator.

Por fim, para embasar a conclusão deste trabalho sobre a manutenção da menoridade penal aos dezoito anos, enquadrando-se a questão da menoridade penal dentro da atual norma constitucional, ao verificar se esse instituto tem ou não a possibilidade de ser considerado como uma cláusula pétrea, impedindo qualquer alteração da capacidade penal a partir dos dezoito anos de idade.

Assim, apesar da gravidade da questão da violência produzida por atos praticados por menores, extraiu-se do bojo deste estudo a manutenção da inimputabilidade aos menores de dezoito anos.

II.

ASPECTOS GERAIS SOBRE O DELITO

1. INTRODUÇÃO AO CONCEITO DE DELITO

O delito pode ser objeto de diferentes ciências, da sociologia, criminologia e, sobretudo, do direito, já que enfocá-lo é de grande importância para qualquer estudo de direito penal.

O conceito de delito é o ponto de partida para qualquer análise dos institutos penais, ao demonstrar como uma conduta passa a ser considerada como delituosa, levando até a punição do agente pela prática da mesma.

O objetivo deste trabalho não é o de analisar o delito, mas há necessidade do enquadramento da menoridade dentro da estrutura do delito.

Os autores adotam, em linhas gerais, as seguintes formas de conceituação para o delito: formal ou nominal, material ou substancial e analítica ou dogmática.

1.1. Aspecto Formal ou Nominal

No aspecto formal, tem-se como ponto de referência a lei, sendo o crime a conduta praticada pelo ser humano que a viola, entendendo-se como fato individual transgressor do mandamento legal¹.

Portanto, podemos entender essa classificação como a relação de oposição existente entre o fato e a lei penal. Tem-se na lei a descri-

¹ MAQUES, José F. *Tratado de direito penal*. V. 2, p. 54.

ção de um comportamento humano que é proibido, relacionando a pena como a consequência para o seu desrespeito. Também poderia ser entendido como a relação de contrariedade entre o fato e a lei penal, instituída pelo Estado.

O crime no sentido formal, em sua essência, é a própria definição legal, a descrição da conduta contida em uma norma jurídica estatal.

1.2. Aspecto Material ou Substancial

Neste outro aspecto, a classificação leva em consideração o conteúdo descrito na norma penal em relação aos valores morais, sociais e históricos de uma sociedade em dado momento².

O Estado elenca certos valores como bens comuns, em certo momento histórico, que, por serem tão importantes, são protegidos pelas normas penais, já que a pena seria suficiente para impedir a ofensa a esses valores sociais.

Cabe ao legislador apurar quais as condutas que devem receber uma punição e quais as que devem ser deixadas impunes. Caberá à sociedade, por meio de seus representantes, a escolha de seus mais importantes valores, que serão transformados em normas jurídicas. Assim, o aspecto material do delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penal de caráter individual, coletivo ou difuso, protegido pela norma penal.

1.3. Aspecto Dogmático ou Analítico

Pode-se analisar o delito como o conjunto de elementos que o compõe. Mas esse entendimento não pode ser compreen-

2 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Editora revista dos tribunais. São Paulo, 1999. págs. 206-209)

dido isoladamente, pois o delito é constituído por um ato único, que não pode ser encarado isoladamente, sob pena de perder sua essência³.

O primeiro autor a descrever tal entendimento foi Carmignani (*Elementa Juris Criminalis*, 1833), utilizando a expressão forças, para definir os fatores presentes na idéia de delito⁴.

A força física compreenderia a ação ou omissão, consideradas como agentes provocadores do dano. A força moral poderia ser entendida como a valoração da conduta, expressa pela vontade do agente.

Foi, porém, com F.Carrara que tal conceito ganhou grande impulso, já que esse autor foi o primeiro a introduzir a expressão elemento. Tal elemento serviria para identificar o termo objetivo com a conduta, como a ação ou omissão praticada. O elemento subjetivo refere-se à culpabilidade, expressa na vontade do agente⁵.

O termo elemento não pode ser compreendida como uma composição de requisitos isolados, unidos pelo contexto legal, mas deve ser entendida como um todo, pois, na prática, não ocorre de forma fracionada. Mas essa forma de separar o todo em partes auxiliou, em muito, a compreensão da noção do delito. A visão do delito feita em separado, com cada um de seus constituintes, serve para validar a prática do delito, uma vez que ele não existiria sem a conduta ou sem a culpabilidade, em suma, sem os elementos que o constituem.

Graças a esse entendimento, que teve grande ênfase a partir do século XIX, pudemos analisar o delito mais profundamente, até os dias de hoje. Esse conceito de delito extraído da análise dos seus

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal A Nova Parte*. Forense. Rio de Janeiro. 1991. págs. 146-148.

4 CERESO, Mir. *Culpabilidad y pena, em Problemas fundamentales de Derecho Penal*. Madrid. 1982. pág. 23.

5 CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal*, Parte Genral, 2v. trad. Delas 5^a, 6^a, y 7^a ed. De J.J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, 1971.

componentes dá uma idéia muito mais abrangente do que o limitado conceito unitário de delito, visto apenas como uma infração punida pela norma penal.

Essa forma simplista de tratar o delito não satisfaz as razões jusfilosóficas que a matéria encerra, apesar de a simplicidade agradar àqueles que não desejam aplicar a negação da norma, nos casos em que a pena não possa ser aplicada, o que negaria seu caráter dogmático absoluto. Daí a importância de uma visão estratificada do delito.

Para o conceito dogmático, o delito é constituído pela conduta típica, antijurídica e culpável.

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DELITO

2.1. O Injusto Objetivo

O delito tinha, no início do século XX, a característica do injusto ser considerado objetivamente. A noção do injusto poderia ser entendida como a ocorrência física de um resultado socialmente danoso, compreendida como noção de antijuridicidade⁶.

A culpabilidade, do ponto de vista psicológico, era a ocorrência psíquica do resultado, que poderia assumir duas formas. A primeira forma seria a dolosa, que ocorreria quando um indivíduo quisesse causar um resultado antijurídico. Na culpa, o resultado também ocorreria por uma falta de cuidado objetivo do indivíduo, mas que age sem intenção, atuando por meio de uma conduta que pode ser negligente, imprudente ou manifestar-se por meio da imperícia.

Para demonstrar se havia ocorrido um delito, era necessária a presença de dois nexos causais, sendo o primeiro físico e o segundo psicológico. No físico, ocorreria a verificação da existência de uma ligação entre a conduta do agente e o resultado provocado pelo mes-

⁶ WELZE, H. *Das deutsch*», 11^a ed. Berlim. 1969. págs. 89-92.

mo. O nexu psicológico também incidiria sobre a conduta e o resultado, ao analisar se o agente queria a ocorrência deste, ou se agiu sem observar o cuidado necessário.

Mas apenas esses elementos não eram suficientes para esgotar a compreensão da noção de delito. Na noção do injusto, não havia distinção entre tipicidade e antijuridicidade, tudo tomado com sentido único. Com isso, foi agregada aos elementos formadores do delito a punibilidade, vista como a possibilidade de aplicar a pena, caso estivessem presentes os outros elementos.

Dessa forma, o delito seria constituído por estes quatro elementos:

- conduta – representa a exteriorização da vontade que inicia a relação de causalidade;
- antijuridicidade – representa a ocorrência de um resultado socialmente danoso;
- culpabilidade – compreende o nexu psicológico entre a conduta e o resultado praticado pelo agente, representado pelas formas dolosas e culposas;
- punibilidade – representa a aplicação de uma pena, quando estiverem presentes os outros elementos que compreendem o delito.

2.2. A Distinção entre Tipicidade e Antijuridicidade

O injusto, formado por elementos externos da conduta, era representado apenas pela antijuridicidade, já que ainda não havia uma distinção entre esse conceito e a tipicidade.

Foi então que Ernst Von Beling propôs seu modelo analítico, mantendo a estrutura objetivo-subjetivo, ao incorporar a esta a noção da tipicidade, uma distinção feita dentro da própria noção de injusto objetivo⁷.

7 WELZEL, H.. *Das deutsche*, 11ª ed. Berlin. 1969. págs. 73-78.

A tipicidade seria representada pela proibição de causar um resultado previsto no ordenamento jurídico.

A antijuridicidade era representada pela contradição entre o resultado causado pelo indivíduo e a ordem jurídica. O elemento interno subjetivo não foi modificado, ainda representado pela culpabilidade.

Assim sendo, o delito passou a agregar um novo elemento, a tipicidade, afastando a punibilidade como um dos elementos do delito⁸.

A pena é uma consequência aplicada ao indivíduo infrator do ordenamento jurídico e não um elemento constituinte do delito. Ela representava o próprio ordenamento. O delito, então, era definido pelos seguintes elementos:

- conduta – a exteriorização da vontade do indivíduo;
- tipicidade – a proibição da realização de um resultado protegido pela norma jurídica;
- antijuridicidade – a relação de contrariedade entre o resultado causado e o ordenamento jurídico;
- culpabilidade – a relação psicológica entre a conduta do indivíduo e o resultado por ele praticado, que pode ocorrer por meio de duas formas: o dolo e a culpa.

2.3. A Superação do Esquema Objetivo-Subjetivo

A concepção objetivo-subjetivo, apesar da sua importante contribuição para o conceito do delito, não resolveu todas as questões que lhe eram submetidas. Havia necessidade de um novo conceito de culpabilidade.

Já havia sido notado que o conteúdo da vontade se deslocava para a culpabilidade e não haveria como se admitir uma vontade

8 CEREZO, Mir. *Culpabilidad y pena, em Problemas fundamentales de Derecho Penal*», Madrid. 1982. págs. 46-48.

sem o seu conteúdo. Com isso, Gustav Radbruch salientou que as Leis Penais criavam uma conduta voluntária desprovida de conteúdo, possibilitando seu enquadramento junto à culpabilidade⁹.

Mas o deslocamento do conteúdo da vontade para a culpabilidade acarretou diversos inconvenientes, como nos delitos que produziam resultados pela conduta negligente do indivíduo, nos danos causados pelo indivíduo negligente, que deveria ater-se às normas de segurança básica, mas não o fez e provocou um resultado danoso.

Aqui, apesar de haver punição pela forma culposa, não haverá nexos psicológico entre a conduta negligente e o dano provocado. Isso acaba levando a uma solução, com a ausência do nexos psicológico, que seria a admissão de existência de delitos sem a presença do elemento culpabilidade, excluindo a existência do próprio delito¹⁰.

Como o aspecto objetivo-subjetivo não resolvia determinados casos, passou-se a buscar uma nova definição para a culpabilidade, não se dissociando

absolutamente da noção psicológica, mas agora observando que a culpabilidade encerra uma noção de reprovabilidade.

Essa teoria, denominada teoria normativa da culpabilidade, incorpora à noção de culpabilidade, até o momento encarada apenas sob o aspecto subjetivo, elementos objetivos, já que, para que exista a noção de reprovabilidade, há necessidade, em alguns casos, de uma análise objetiva de sua conduta.

Foi nesse período que se observou que a tipicidade também possuía elementos subjetivos que deviam ser aferidos pelo agente, para que determinadas práticas penais pudessem ser apenadas.

Esses elementos subjetivos estavam localizados no tipo, colocados ali pelo legislador. O agente deverá efetuar uma análise subjetiva de tais elementos, para que haja responsabilidade sobre

9 PEÑA, Luzón. *Curso de Derecho Penal*. Ed. Ariel, Barcelona. 1985 págs. 277-279.

10 WELZEL, H. *Das deutsche*, 11ª ed. Berlin. 1969. págs. 60-62.

sua conduta. Esses elementos foram denominados de subjetivos do injusto.

Ambos, a teoria da reprovabilidade da culpabilidade e os elementos subjetivos do injusto levaram a uma redefinição dos elementos formadores do delito, já que, naquele momento, a valoração que o indivíduo fazia sobre o seu próprio comportamento passou a ser de grande importância para a própria existência do delito.

O injusto passou a ser considerado como um desvalor do próprio ato e a culpabilidade passou a ser uma reprovação que o agente faria sobre seu comportamento, desde que tivesse a possibilidade de agir de maneira diversa¹¹.

O delito agora passou a ser representado pela:

- conduta – a exteriorização da vontade, iniciando a relação de causalidade com o resultado;
- tipicidade – a proibição da prática de um resultado previsto na norma penal, eventualmente, analisando elementos subjetivos integrantes do tipo;
- antijuridicidade – a relação de contrariedade entre a conduta provocadora do resultado e o conteúdo da norma jurídica;
- culpabilidade – o juízo de reprovabilidade que o indivíduo faz sobre sua conduta, intelectual e volitiva, visto que o dolo e a culpa fazem parte desse elemento.

2.4. O Delito Visto pelo Finalismo

O delito passou por outras modificações, após uma nova análise do elemento culpabilidade. Esse instituto representava um juízo de reprovabilidade feito pelo indivíduo sobre sua conduta, recaindo em relação aos momentos intelectual e físico.

11 PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal Brasileiro*, 4ª edição revista, Editora dos Tribunais, 2002, págs. 396-397.

Ficou evidenciado que o conteúdo da vontade não poderia estar localizado na culpabilidade, já que o agente não teria condições de avaliar se sua conduta seria contrária ao ordenamento jurídico vigente, sem verificar o conteúdo da vontade presente na realização do próprio ato. Assim, o conteúdo da vontade foi deslocado para o tipo que passou a agregar as formas dolosa e culposa¹².

A culpabilidade passou a ser vista como um juízo de reprovabilidade puro, representado apenas pelo julgamento que o indivíduo faz sobre sua conduta material e intelectual.

Com base nesses conceitos, surgiu um conceito próprio, denominado de finalista. Para esta corrente, não havia como separar a vontade do seu conteúdo, que poderia ser entendido como sua finalidade, uma vez que a conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim. O delito passa a ser considerado da seguinte forma¹³:

- conduta – a conduta voluntária do indivíduo para produção de um fim;
- tipicidade – a proibição da prática de uma conduta pelo ordenamento penal, expressa nas formas dolosa e culposa;
- antijuridicidade – a relação de contrariedade entre a conduta proibida praticada pelo indivíduo em relação ao ordenamento jurídico;
- culpabilidade – a reprovabilidade do agente em relação a sua conduta.

12 BUSTOS, Ramirez J. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edição, Colômbia, Editorial Temis S.A., 1994. Págs.215-221

13 PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal Brasileiro*, 4ª edição revista, Editora dos Tribunais, 2002. págs. 398-399.

3. CONCEITOS DO DELITO

3.1. Conceito Clássico do Delito

Para os estudiosos do direito penal da segunda metade do século XIX, o movimento de ação que o indivíduo praticava com o seu corpo seria suficiente para modificar o mundo exterior. O delito seria definido como essa modificação no mundo exterior, representada pelo resultado, provocado por um movimento corpóreo chamado de ação, que estaria definido no ordenamento penal.

Com base em um conceito naturalístico, haveria a produção de um resultado, mediante transformação do mundo exterior. A conduta do indivíduo e o resultado por ela provocado estariam ligados por um nexo de causa-efeito.

A estrutura clássica mantinha cada uma das partes ou elementos que compunham a noção do delito separada. Havia nessa estrutura elementos objetivos e subjetivos. Do ponto de vista objetivo, os elementos eram representados pela tipicidade e pela antijuricidade¹⁴.

Já o elemento subjetivo, que compunha o delito, somente seria representado pela culpabilidade.

Esse conceito, constituído por quatro elementos, determinava que o delito seria formado pela conduta, pela antijuridicidade, pela culpabilidade e pela punibilidade.

Tal concepção teve sua constituição possível com base filosófica na escola positivista naturalista alemã, abstraindo-se qualquer valor que não fosse a própria norma jurídica.

14 JESCHECK, H.H., *Lehrbuch des Strafrechts* (Allgemeiner Teil), 4.^a ed., Berlin 1988. Existen dos traduciones del Tratado de Jescheck, una de la 3.^a ed., por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig (« Tratado de Derecho Penal. Parte General», Barcelona 1981) y outra de la 4.^a ed. Por J.L. Manzanares Samaniego (« Tratado de Derecho Penal. Parte General», Granada 1993, págs. 277-279).

Assim, o comportamento era descritivo, naturalista e causal, desprovido de nenhuma espécie de valoração. Essa visão objetiva entendia que o comportamento era resultado da vontade do indivíduo, sem se importar com o conteúdo dessa vontade¹⁵.

A tipicidade objetivo-descritiva não se importava com qualquer reflexão subjetiva do indivíduo. O tipo se restringia aos aspectos objetivos relacionados com o fato descrito no ordenamento penal. A antijuridicidade era vista como objetivo-normativa, um juízo valorativo meramente formal. A culpabilidade, único elemento de caráter subjetivo, era compreendida como meramente subjetivo-descritiva. A ação, que não tinha conteúdo valorativo, era descritiva, como se houvesse a ocorrência de um evento natural, passível de causar uma transformação no mundo exterior. Era representada por um evento objetivo, apresentado por uma conduta humana, comandada pelo cérebro, capaz de produzir um resultado.

Tipicidade, no início dessa fase, possuía um desenvolvimento teórico que a representava objetivamente, fazendo com que a norma descrevesse um fato, e essa descrição não tinha um caráter valorativo, permanecendo como uma forma abstrata.

Mais tarde, outros autores, mantendo o caráter descritivo, entenderam que a tipicidade estava relacionada com a antijuridicidade, já que toda conduta descrita pela lei deveria ser respeitada. Se não houvesse seu cumprimento, a conduta seria vista como antijurídica. Portanto se houvesse tipo, haveria antijuridicidade. Isso só não ocorreria se a própria norma jurídica determinasse uma exceção que justificaria o seu não cumprimento.

A antijuridicidade poderia ser definida como uma forma de valorização feita pelo agente em relação aos aspectos objetivos de sua conduta. Esse desvalor não atingiria os aspectos subjetivos. Apenas

15 PEÑA RÁUL C. *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Jurídicas, vol I-III, Lima. 1994, págs. 285-291.

recairia sobre seu comportamento, ciente que estaria contrário à norma jurídica.

3.2. Conceito Neoclássico do Delito

Para esses pensadores do direito penal, o conceito de crime deveria receber a influência valorativa dos fins do próprio direito penal, afastando-se dos conceitos meramente naturalísticos e causais, contidos no conceito clássico de delito. Novas correntes filosóficas fundamentaram o conceito neoclássico, como os neokantianos e a corrente ideológica do direito, acabando por determinar um novo modelo de delito¹⁶.

Estudos anteriores, elaborados por Ernst Von Beling, mantiveram o esquema analítico do delito na forma objetivo-subjetiva, mas houve a separação entre a tipicidade e a antijuridicidade dentro de um conceito de injusto objetivo. Essa nova visão do delito foi muito significativa, pois serviu para que a punibilidade fosse afastada como um dos elementos do delito, já que ela deve ocupar a posição de consequência. Dessa forma, o delito passou a ser constituído pela conduta, pela tipicidade, pela antijuridicidade e pela culpabilidade.

A conduta, pelo conceito clássico do delito, tinha como base a relação causal, considerada como objetiva e o elemento anímico de natureza subjetiva. Isto trazia problemas no momento de determinar a diferença entre tentativa e consumação do delito, já que fica difícil examiná-las como partes integrantes da culpabilidade, em termos de elementos do injusto colocados dentro da culpabilidade.

16 JESCHECK, H.H., *Lehrbuch des Strafrechts* (Allgemeiner Teil), 4.^a ed., Berlin 1988. Existen dos traduciones del Tratado de Jescheck, una de la 3.^a ed., por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig (« Tratado de Derecho Penal. Parte General», Barcelona 1981) y outra de la 4.^a ed. Por J.L. Manzanares Samaniego («Tratado de Derecho Penal. Parte General», Granada 1993, págs. 276-278).

Para o conceito neoclássico, a conduta havia se dissociado da simples mola causadora de um resultado. Porém a conduta ainda não era vista como algo distinto do simples movimento corporal. Ainda não se reconhecia a existência de um conteúdo de vontade como parte integrante da formação da conduta, bem como ainda estava longe de esboçar, nesse conteúdo, uma finalidade. O conceito neoclássico via a conduta ainda como um fazer voluntário sem conteúdo, racionalizando esse conceito¹⁷.

A tipicidade, no conceito clássico, determinada apenas por aspectos objetivos dos fatos descritos na norma penal, passou a ser integrada por elementos normativos e subjetivos. Isto contribuiu para que a norma passasse a ter um conteúdo de valor, encerrando um aspecto subjetivo no tipo. A antijuridicidade, no conceito clássico, era determinada pela contrariedade formal entre a conduta e o ordenamento jurídico.

Para o conceito neoclássico, a antijuridicidade passou a ser vista pelo aspecto material, ao exigir que o delito possuísse um fator potencial para provocação de um dano social. Isto faria com que houvesse a possibilidade de se fazer uma graduação do injusto em relação à gravidade da lesão por ele produzida. Com isso, se não houvesse lesão a um bem socialmente relevante, não haveria uma relação de antijuridicidade entre o fato praticado e o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, com base em uma fase normativa-teleológica, introduziu o conceito de reprovabilidade. Essa nova versão de culpabilidade baseava-se em uma nova visão filosófica. Duas correntes incidiam sobre a culpabilidade: uma, de modelo aristotélico, e a outra, normativa¹⁸.

17 JESCHECK, H.H. *Lehrbuch des Strafrechts* (Allgemeiner Teil), 4.ª ed., Berlin 1988. Existen dos traducciones del Tratado de Jescheck, una de la 3.ª ed., por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig (« Tratado de Derecho Penal. Parte General», Barcelona 1981) y outra de la 4.ª ed. Por J.L. Manzanares Samaniego (« Tratado de Derecho Penal. Parte General», Granada 1993, pág. 280).

18 PEÑA RÁUL C. *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Jurídicas, vol I-III, Lima. 1994, pág. 291.

Com base nesses estudos, a culpabilidade passou a utilizar um modelo psicológico, fundado num juízo de reprovabilidade subjetiva do indivíduo sobre sua conduta e sobre o resultado alcançado, seguindo o modelo do nexu causal, mas agora com o surgimento do nexu psicológico.

A culpabilidade também passou a incorporar aspectos objetivos e rompeu com a visão clássica, que via na culpabilidade apenas aspectos de natureza subjetiva. A ruptura do modelo neoclássico representava o deslocamento do conteúdo da vontade para a culpabilidade, fundamentado nos estudos de Liszt, Beling e Gustav Radbruch.

Mesmo nesse novo esquema, havia falhas, principalmente no momento de explicar a tipicidade de certas condutas. O surgimento dos elementos subjetivos do injusto e essa nova visão de culpabilidade acabaram por romper, em definitivo, com o esquema objetivo-subjetivo adotado até então.

3.3. Noção Finalista do Delito

Para Hellmuth von Weber, a culpabilidade não comportava um juízo de reprovação psicológica. Assim, no conceito de culpabilidade, encontravam-se duas formas, o dolo e a culpa, que pertenceriam ao injusto, mas, até então, estavam no conceito de culpabilidade.

Estas formas, o dolo e a culpa, foram deslocadas do finalismo da culpabilidade para o tipo. Isso fez com que a culpabilidade passasse a ser considerada como uma forma de reprovabilidade pura. Assim, a culpabilidade passou a assumir uma forma abstrata, mas continuamente vista pelo enfoque subjetivo¹⁹.

Como base nessa posição, Hans Welzel adotou um modelo de delito baseado naqueles difundidos por Reinhardt Frank. Welzel não aceitava o modelo causal para o delito, pois esse autor dava grande

19 WELZEL H., *Das deutscht*, 11ª ed. Berlin. 1969. págs. 53-54

ênfase às concepções lógicas e abstratas. Além disso, não via como a vontade podia ser separada do seu conteúdo²⁰.

O conceito finalista via a conduta humana baseada na vontade do indivíduo, e não havia vontade desprovida de uma finalidade. A teoria finalista ousou ao romper com a antiga divisão que ocorria com os elementos separados do aspecto objetivo e subjetivo da ação em relação ao próprio injusto. Assim, o que antes era dividido em elementos objetivos de um lado e subjetivos do outro, passou agora a ser entendido como injusto naturalístico e injusto pessoal. O finalismo enquadrou o dolo e a culpa no injusto, afastando as classificações que os colocavam na culpabilidade²¹.

Com isso, a finalidade foi também deslocada para o injusto. Assim, pode-se fazer uma melhor distinção entre tipo doloso e culposo.

Então, para o finalismo, o conceito de delito mantinha os quatro elementos: a conduta, tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade. Mas agora, possuíam características bem diferentes daquelas colocadas nos conceitos clássico e neoclássico.

3.4. Conceitos Ecléticos Sobre o Delito

Muitos autores modernos, preocupados com não sistematizar conceitos e resolver questões de modo mais ágil, não concordam com o uso dos conceitos introduzidos pelo finalismo.

Os conceitos introduzidos pelo finalismo não resolveram por completo a natureza dos conceitos do injusto e da tipicidade. Também quanto aos problemas trazidos por outros dois temas, o desvalor do ato e o resultado, a concepção finalista também deixou ressalvas. O resultado, para o finalismo, faria parte do tipo objetivo.

20 WELZEL, H. *Das deutscht*, 11ª ed. Berlin. 1969. pag. 60-62, Peña Rául C. *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Jurídicas, vol I-III, Lima. 1994, págs. 235-237

21 WELZEL, H. *Das deutscht*, 11ª ed. Berlin. 1969. pag. 57

Tudo isso ocorreu porque uma das bases do finalismo estava ancorada na noção de causalidade. Assim, pecou ao deixar os aspectos objetivos da tipicidade e aprofundar-se na natureza da própria causalidade. Dessa forma, para resolver essas lacunas deixadas pela teoria finalista, surgiram alguns inovadores conceitos, como foi dito, sem as devidas preocupações com a criação de uma solução geral ou com a construção de um sistema mais abrangente²².

O conceito social da ação entende que o comportamento do indivíduo é de grande importância para a sua relação com o mundo, assim, qualquer conduta anti-social poderia vir a afetar essa relação. Por conseguinte, todas as formas de comportamento humano podem abalar essa relação, fazendo com que todo comportamento leve a um juízo de imputação penal.

O direito penal não é a única ciência que possui o monopólio para proceder com o estudo da dogmática penal, estabelecida pelo ordenamento jurídico²³.

O referido direito deve compor um método multidisciplinar para retirar o máximo do estudo dos institutos penais, compondo-se, dessa forma, com outras ciências, tais como a sociologia, a criminologia, com o objetivo de criar um método dogmático comum. A corrente humanista entende que o direito penal não pode ficar restrito apenas ao exame dogmático da lei, mas deve voltar sua atenção para a política criminal, dando um sentido social ao direito penal²⁴.

A base desse pensamento está no papel da política criminal que deve apontar o desvio de conduta do indivíduo e sua definição social. A dogmática penal deve fazer a análise da lei penal, bem como verifi-

22 BIDASOLO, Mirentxu Coroy. *Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid.1996. págs. 58-59.

23 CONDE, Muñoz. *Teoría General del Delito*, Trad. Juares tavares e L.R. Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988. págs. 23-37.

24 ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*, Tradução de Francisco Muñoz Conde, Casa Editorial Bosh, Barcelona, 1992. págs. 250-252.

car o uso da política criminal adequada ao tratamento do indivíduo. Essa corrente também prega o caráter multidisciplinar para que o direito penal atinja o cumprimento de seus objetivos, que é a proteção dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Para atingir esses objetivos, deve criar um sistema mais informal, pois o atual nada mais é do que uma garantia de controle com finalidades políticas²⁵.

Para os defensores do funcionalismo, o direito penal também deve integrar-se à política criminal. A sistematização deve ser originada a partir de princípios superiores da dogmática, dentro da teoria penal. A finalidade é garantir a prevenção, tanto geral como especial, e a pena imposta deverá servir apenas a esse fim. A culpabilidade deve ocupar uma nova função nos elementos do crime, pois terá que focar a responsabilidade atribuída ao indivíduo.

A sistematização deverá ser observada, uma vez que, para se cumprir a finalidade da pena, a responsabilidade do indivíduo passará a ser a base de adequação e da medida da pena que será imposta. Assim, estará sendo cumprida a finalidade preventiva dada à pena.

Os tipos objetivos que, nas concepções tradicionais anteriores, estavam reduzidos a uma mera visão de causalidade, passaram a ser compreendidos como dependentes da imputação de um resultado do tipo objetivo. Isto porque, para essa corrente, a causação de um resultado típico somente poderá ocorrer se o indivíduo criar um risco juridicamente desaprovado, refletido na ocorrência desse resultado típico.

Todas essas construções sistemáticas não são aplicadas com tanto sucesso, como ocorreu com os conceitos ilustrados pelos pensadores clássicos, neoclássicos e finalistas. Mas é grande a tendência para adoção de modelos com uma maior perspectiva sociológica, voltada para uma análise menos formal e mais inclinada à política criminal.

25 CEREZO MIR, J. *Culpabilidad y penal, em Problemas fundamentales de Derecho Penal*. Madrid. 1982. págs. 201 – 204.

No entanto esse relativo sucesso filosófico dependerá da diminuição das práticas delituosas, uma vez que, com seu aumento, a sociedade tende a exigir mudanças mais rigorosas, esbarrando de forma frontal em tais correntes mais sociais.

III.

ELEMENTOS FORMADORES DO DELITO

1. INTRODUÇÃO

O delito é encarado atualmente, independentemente da corrente que analise o seu conceito, como uma síntese de seus elementos. Apesar de ser visto como um todo, o delito é formado por quatro elementos essenciais para sua existência. Esses elementos são estudados separadamente, apenas para melhorar sua compreensão individual.

Apesar das transformações que foram feitas no conteúdo dos elementos formadores da noção do delito, basicamente é uníssona a presença de quatro elementos básicos: a conduta, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

2. CONDOTA

A conduta penal pode ser entendida como um ato de conhecimento, pois nela encontramos apenas os elementos para identificar a conduta do indivíduo¹.

Em um primeiro momento, em meados do século XIX, a conduta foi definida como uma ação antijurídica e culpável. A doutrina já compreendia que a conduta se manifestava através de duas espécies: por meio da ação e pela omissão. Ainda não havia uma distinção entre antijuridicidade e culpabilidade².

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal- A Nova Parte Geral*. Forense. Rio de Janeiro. 1991. pág. 149.

2 WELZEL, H., *Das deutscht*», 11ª ed. Berlin. 1969, págs. 61-63.

Só mais tarde, em 1867, importando o conceito descrito pelo direito civil alemão, a antijuridicidade foi descrita como a contrariedade ao juridicamente desejável, indicada como elemento objetivo de delito. A culpabilidade foi, então, colocada como elemento subjetivo, pois representava uma relação psicológica entre a conduta e o resultado.

A conduta, encarada pelo conceito clássico, causal ou naturalístico, consistia em uma modificação causada no mundo exterior, perceptível pelos sentidos e produzida por meio da manifestação da vontade do indivíduo.³

A conduta era considerada como a movimentação corporal, causadora da modificação no mundo exterior. Compreendia uns processos internos de vontade, atuantes no mundo exterior, segundo um fazer ou um não fazer, provocando um resultado.

Portanto, nessa concepção, ela era formada de três elementos: manifestação da vontade, resultado e relação de causalidade entre ambos.

Deve-se observar que não havia referência ao conteúdo da vontade, deslocada para culpabilidade. Bastaria, para determinar se havia ou não uma conduta, a simples constatação de movimento ou a inércia do indivíduo, desde que voluntária.

Dessa forma, se o agente praticasse uma conduta involuntária, como nos movimentos reflexos, não haveria delito. A vontade, descrita aqui pela expressão voluntária, não leva em consideração a finalidade da prática do movimento, que será analisada pelo elemento culpabilidade. A ocorrência da conduta de fazer somente poderia ser representada por duas formas: a primeira levaria em consideração uma conduta positiva, representada pelo movimento muscular representativo da ação; a segunda, representada por uma conduta negativa, levava em consideração o não fazer, demonstrada pela

3 WELZEL, H. *Das deutscht*, 11ª ed. Berlin. 1969, pág. 36.

conduta de inércia do indivíduo, deixando de colocar o movimento em prática.

Tudo isso era possível, do ponto de vista filosófico, porque era fundamentado na corrente do positivismo mecanicista, que descrevia a conduta com base nas leis da física.

O sistema clássico com relação à conduta foi substituído por outro, fundamentado na filosofia neokantiana. Introduzida pelo movimento de pensadores neoclássicos, essa nova concepção tomou impulso após a ocorrência de vários pontos negativos no conceito clássico da conduta⁴.

A concepção naturalista da conduta afastava qualquer traço de subjetividade na conduta, vista apenas pelo aspecto objetivo. Mas uma conduta desprovida de finalidade, não lograva êxito em explicar todas as ocorrências existentes no mundo penal. Além disso, a sede do elemento subjetivo ficava na culpabilidade. A descoberta de elementos subjetivos na antijuridicidade abalou a relação anímico-subjetiva antes restrita à culpabilidade.

Mas o conceito introduzido pelos neoclássicos também não trouxe alento para solucionar o problema da finalidade na conduta. Sua solução foi bem simples, típica do idealismo neokantiano: se há problemas, estes deverão ser superados da forma mais simples. Assim, ao invés de corrigir a ausência de finalidade ligada à conduta, passou-se a defender que, embora o indivíduo pratique a conduta na presença de um elemento valorativo, ela ainda era vista de forma separada da finalidade.

Com o finalismo, o conceito de ação rompeu com a inexorável separação existente entre vontade e seu conteúdo, entre os aspectos objetivos e subjetivos do delito e o problema da localização do injusto dentro do delito, criando o chamado injusto naturalístico e injusto pessoal⁵.

4 JACOBS, G., « Schuld und Pravention », Tübingen, 1976. págs. 160- 163.

5 JACOBS, G. Schuld und Pravention, Tübingen, 1976. pág. 162.

A fundamentação da teoria final da ação tem como base filosófica elementos aristotélicos, encontrados na teoria da ação, desenvolvida por Samuel Von Puffendorf, no século XV. A ação humana era dirigida pelas específicas capacidades humanas, manifestando-se por meio de seu intelecto e de sua vontade.

Para o conceito causalista, o direito penal produzia um conceito próprio para a conduta, que devia ser considerada voluntária. Mas era desnecessário qualquer aprofundamento no conteúdo da vontade do agente, transportado para a culpabilidade.

Para o conceito finalista, não havia vontade sem conteúdo, implicando tal conteúdo a finalidade. Seu criador, Hans Welzel, entendia que a ação humana é exercício da atividade final. O caráter final da ação baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta⁶.

Em razão de seu saber causal prévio, pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal interior a um fim e assim o determine finalmente. Com isso, foi visto que o finalismo não se dissociava totalmente da teoria causal, mas queria completá-la, entendendo que não poderia existir uma conduta desprovida de vontade, pois esta sempre teria de possuir uma finalidade. A ação finalista ocorreria em duas etapas:

A primeira etapa seria subjetiva, nela o agente antecipa o fim a realizar, seleciona o meio adequado para pôr em prática sua finalidade e considera os efeitos relacionados com o meio utilizado para atingir seu fim e o propósito a ser alcançado.

Na segunda etapa, o indivíduo passa a praticar a conduta real, dominada pela determinação do fim e dos meios empregados, já desejados na esfera do pensamento.

6 WELZEL, H. *Das deutsch*», 11ª ed. Berlin. 1969. págs. 51-53.

Dessa forma, a corrente finalista sustenta que não há conduta sem que o agente desenvolva essas etapas em seu pensamento, para atingir a consecução de sua finalidade. Isto porque, ficariam fora da compreensão finalista as conseqüências produzidas fora da esfera do pensamento, como nas conseqüências possíveis, mas que o agente não deseja que se produza, em outras palavras, o dolo eventual.

Para os crimes culposos, a concepção finalista entendia que o conteúdo decisivo do injusto, nos delitos culposos, consiste, por isso, na divergência entre a ação realmente empreendida e a que deveria ter sido realizada em virtude do cuidado necessário.

As teorias sociais da ação tentaram fazer uma ponte entre as teorias causal e final da ação, ao afastar a forte influência do naturalismo causal. Para essa concepção, nem toda ação é proibida pelo direito penal, mas apenas aquelas que possuem interesse social e podem ser entendidas como as que servem de interação entre os seres humanos. A ação é a causação voluntária de conseqüências calculáveis socialmente relevantes. A ação seria todo comportamento objetivamente dominável, dirigido a um resultado social objetivamente previsível⁷.

Todas as definições apresentadas por autores ligados a essa corrente, como Eberhard Schmidt, Engisch, Maihofer, entre outros, nessa fase, aproximavam-se dos conceitos naturalísticos da teoria causal ou distanciavam-se da conduta, confundindo-a com o tipo. Maihofer, em sua definição, estava mais para a teoria da imputação objetiva do que para o conceito de conduta⁸.

A teoria social chegou a um ponto tão liberal que entendia não haver conduta naquilo que não transcendia do indivíduo e não fosse socialmente perturbador. Implicaria, assim, uma limitação ao poder do legislador em validar uma norma penal.

7 MAURACH, R.. *Tratado de Derecho Penal*, parte general, 2t, trad. y notas de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962. págs. 261 - 267

8 JACOBS, G., *Schuld und Pravention*, Tubingen, 1976. págs. 160-162.

Mais tarde, a teoria social da ação sofreu uma maior influência do finalismo, uma vez que para ter relevância social foram criadas concepções dos elementos finais, embora haja uma diminuição da exagerada concepção subjetiva do finalismo. Dessa maneira, analisando as três teorias sobre a conduta, podemos delimitar que a teoria causal acaba conduzindo seus conceitos para a imputação do resultado e o seu desvalor.

As teorias finalista e social, de certo modo, acabam por se complementarem, valorizando a conduta humana dirigida para uma finalidade, mas enquanto a primeira vê a conduta como um fenômeno humano interno, na concepção social, há um acontecimento do cotidiano social.

Isso fica mais nítido neste conceito de ação idealizado por Reinhart Maurach: *“uma ação em sentido jurídico-penal é uma conduta humana socialmente relevante dominada ou dominável por uma vontade final e dirigida para um resultado”*⁹.

3. TIPICIDADE

A tipicidade pode ser atualmente entendida como uma adequação da conduta praticada por um indivíduo, comparada ao tipo penal descrito pela norma jurídica. Porém, essa noção mais atual sobre a tipicidade não corresponde à lenta evolução que esse elemento do delito teve que enfrentar até que o instituto chegasse ao ponto em que se encontra atualmente.

Desde o século XVIII, a tipicidade não existia isoladamente como elemento do delito. Ela estava compreendida nos conceitos de antijuridicidade e culpabilidade. Isso ocorria porque a doutrina alemã tinha formado sua base conceitual em um modelo processual puramente objetivo, denominado ***Tatbestand***.

9 MAURACH, R. *Tratado de Derecho Penal*, parte general, 2t, trad. y notas de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962. págs. 265 - 269)

Mais tarde, com a difusão das idéias da corrente positivista mecanicista, norteadora da corrente naturalista ou concepção clássica do delito, a tipicidade ainda não era colocada como um dos elementos autônomos da definição do delito.

Só no início do século XX, com a elaboração do conceito do elemento tipo, desenvolvido por Ernst Von Beling, a tipicidade foi vista como um elemento autônomo, definitivamente separado da culpabilidade e da antijuridicidade. Assim, podemos compreender a evolução desse conceito a partir da compreensão das seguintes etapas evolutivas¹⁰.

3.1. Teoria da Independência, Avalorada ou Acromática

Depois que houve a separação da tipicidade dos outros elementos formadores do delito, como a antijuridicidade e a culpabilidade, passou a tipicidade a ter, nessa fase, uma função própria, mas meramente descritiva. O tipo penal nada mais é do que uma descrição comportamental feita pela norma jurídica penal, constatada a adequação do fato à norma penal incriminadora¹¹.

Restaria uma análise valorativa da conduta, caracterizada na antijuridicidade e uma análise da reprovabilidade da conduta feita pela culpabilidade.

A tipicidade, nessa concepção, tem um papel meramente descritivo, objetivo e valorativamente neutro, sem presença de elementos normativos e subjetivos.

O tipo, nessa fase inicial, ficava restrito a uma imagem externa de uma ação determinada. A diferença entre tipicidade e antijuridicidade era feita com base no injusto objetivo. Dessa forma, a proibi-

10 CONDE, Muñoz. *Teoria General del Delito*, Trad. Juarez Tavares e L.R. Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988, págs. 166 – 172.

11 WELZEL H., *Das deutsch*, 11^a ed. Berlin. 1969, págs. 77-79.

ção ficaria restrita ao resultado típico causado pelo indivíduo. A antijuridicidade cuidava da relação de contrariedade entre o resultado ocorrido e a norma jurídica penal.

Se, por um lado, a tipicidade ainda foi vista como alijada de elementos subjetivos, por outro, essa concepção tem a grandiosidade de separar a tipicidade dos outros elementos do delito, dando-lhe um destaque próprio.

3.2. Teoria do Indício da Antijuridicidade, Indiciária ou Ratio Cognoscendi

Nessa teoria, a tipicidade constituiria um indício da presença da antijuridicidade. A independência entre tipicidade e antijuridicidade foi mantida. Porém, se havia tipicidade, caracterizada pela ofensa ao tipo penal, haveria uma presunção de infração ao direito, salvo se ocorressem causas de justificação¹².

Como o tipo tem uma função objetivo-descritiva do delito, da adequação do fato concreto praticado pelo agente ao tipo, surge o indício que a conduta deva ser antijurídica. Essa adequação representa a tipicidade.

3.3. Teoria da Identidade ou Ratio Assendi da Antijuridicidade

Essa teoria entendia que a tipicidade e a antijuridicidade constituiriam um todo unitário. Na verdade, a teoria original, divulgada por Edmund Mezger, colocava a tipicidade no conceito de antijuridicidade e seu conceito de delito como “ação tipicamente antijurídica e culpável”¹³.

12 CARBONNEL MATEU, J.C. Sobre la imputabilidad em Derecho Penal español, en La imputabilidad em general em el Derecho Penal, Guadernos de Derecho Judicial (CGPJ) XVIII, Madrid 1993, págs. 20-22.

13 MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, 2t, trad. y notas de J.A. Rodrigues Muñoz, 3ªed. Madrid. 1955 y 1957. págs. 53-54).

Essa definição rompia com o entendimento defendido pela teoria do indício da antijuridicidade, já que, para Mezger, a tipificação era um fundamento da antijuridicidade.

Outra consideração desse autor foi entender que a adequação ao tipo influenciava todos os elementos do delito. Assim, haveria ação, antijuridicidade e culpabilidade, todas típicas¹⁴.

A tipicidade era vista como essencial para a existência da antijuridicidade, originando dois tipos de antijuridicidade. Uma chamada de antijuridicidade geral, pré-existente, incidiria sobre qualquer conduta, antes mesmo de ser tipificada pelo aspecto penal.

Ao ser tipificada, somente, nesse momento, a conduta passaria a ter uma outra antijuridicidade, agora sim, pelo aspecto penal. Na prática, essa visão dualista da antijuridicidade não conseguia guarida junto ao ordenamento jurídico, que sempre a via como única.

3.4. Teoria dos Elementos Negativos do Tipo

Esta corrente tinha seu fundamento na concepção anterior, pois entendia que havia uma relação de subordinação, em que o tipo se submete à antijuridicidade¹⁵.

Assim, somente haveria a existência do tipo penal quando não estivessem presentes causas de justificação, já que elas levariam à eliminação da tipicidade.

Isso ocorreria porque as causas de justificação integram o tipo, como integrante do injusto objetivo, excluindo a tipicidade.

Excluída a tipicidade, essencial para a existência da antijuridicidade, não haveria delito. Esse era o entendimento sustentado por Hellmuth von Weber.

14 CONDE, Muñoz. *Teoria General del Delito*, Trad. Juarez Tavares e L.R. Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988. págs. 83-85.

15 Zaffaroni, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 6ª edição. Buenos Ayres: Ediar, 1991. págs. 380 – 382.

Tal entendimento não explica corretamente a natureza das causas de justificação. Caso o agente pratique uma conduta ilícita, mas justificada, porque se está na presença de uma causa de justificação, essa conduta será típica, já que ofendeu o ordenamento penal. Mas ela não será vista como delituosa, pois não há fundamento no injusto, deixando de torná-la antijurídica¹⁶.

Essa corrente também criou dois tipos de antijuridicidade: geral e penal. Há condutas consideradas ilícitas, antes de serem tipificadas pela lei. Essa categoria de condutas teria uma antijuridicidade geral, inerente à lei. Ao serem tipificadas, passariam a ter uma antijuridicidade penal, pois agora passariam a contrariar o ordenamento. Mas, no estágio atual do direito, não se enquadram, no conceito de norma jurídica, aquelas que não fazem parte do ordenamento jurídico.

Assim, se tomado como exemplo o caso dos direitos naturais, haveria uma antijuridicidade geral, mesmo que tais direitos não fossem incluídos no ordenamento jurídico penal. Se fossem colocados nesse ordenamento, passariam a ter também a antijuridicidade penal. Mas, na prática, se não forem colocados no ordenamento jurídico penal, não será antijurídico o seu não-cumprimento.

3.5. Teoria da Tipicidade Complexa

Com a teoria finalista, o tipo passa a ser constituído de elementos objetivos e subjetivos, formando uma nova estrutura complexa. Há um deslocamento do injusto, antes no elemento culpabilidade, para o tipo, que agora passa a ser integrado pelo dolo e pela culpa. Também se agrega ao tipo os elementos normativos¹⁷.

16 WELZEL, H.. *Das deutsche*, 11ª ed. Berlin. 1969, págs. 75-76.

17 PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico penal e Constituição*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, págs. 368.

De uma forma geral, o tipo objetivo é constituído pela descrição legal e a parte subjetiva, por uma vontade geral. De uma maneira mais afinada, o tipo objetivo seria composto por um núcleo, também chamado de elemento principal, formado pela conduta, ação ou omissão, que o legislador visava a que não fosse praticada.

Há também elementos secundários, também chamados de complementares, como os sujeitos da relação jurídica, nexos causal, resultado, circunstâncias ligadas ao lugar, tempo, meios de execução, entre outros, cuja função seria a de evitar a ocorrência de fatos delituosos similares àqueles descritos pelos elementos secundários. O tipo subjetivo, de uma maneira mais geral, compreenderia os elementos formadores da vontade do agente. Ainda fazem parte do tipo os seguintes elementos¹⁸:

3.5.1. Elementos objetivos propriamente ditos ou descritivos

São os elementos que fazem referência aos objetos integrantes do tipo penal, bem como fazem referência aos atos perceptíveis pelos sentidos.

3.5.2. Elementos normativos

Estes elementos, localizados no tipo penal, representam um juízo valorativo, que deve ser realizado pelo agente ao praticar sua conduta. Esse juízo poderá recair sobre elementos constitutivos de natureza jurídica ou elementos de natureza sociocultural. Os primeiros fazem referência a expressões cunhadas em institutos jurídicos. Os elementos de natureza socioculturais fazem alusão aos conhecimentos não jurídicos que um indivíduo possui dos fatos e institutos presentes em nosso cotidiano.

18 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 14 – 16.

3.5.3. Elementos de natureza mista

São aqueles que surgem devido à união dos elementos descritivos e normativos.

3.5.4. Elementos subjetivos

São compreendidos como elementos subjetivos as formas dolosas e culposas.

O dolo pode ser compreendido como a consciência e a vontade de praticar o tipo em toda sua extensão. Como afirma Hans Welzel, “dolo é saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”¹⁹.

Já a culpa é a forma de conduta praticada pelo homem, que age sem o dever de cuidado necessário imposto pela norma jurídica. Esse cuidado faz com que o indivíduo deva evitar a realização da conduta descrita pelo tipo penal.

4. ANTIJURIDICIDADE

A antijuridicidade pode ser atualmente entendida como a contrariedade que um fato apresenta em relação ao ordenamento jurídico. A concepção inicial sobre a antijuridicidade foi idealizada como um elemento autônomo e o primeiro autor que a identificou foi Rudolf von Ihering²⁰.

Em sua obra de natureza civil foi observado que, em determinadas condutas, havia um comportamento antijurídico, mas este não era culpável, levando à desconsideração penal. Em outras situações, o comportamento análogo era antijurídico e culpável. Dessa forma,

19 MEZGER, E. Tratado de Derecho Penal, 2t, trad. y notas de J. A. Rodrigues Muñoz, 3ª ed., Madrid 1955 y 1957, págs. 397 – 399.

20 WELZEL, H. *Das deutsch*», 11ª ed. Berlin. 1969, págs. 73-89.

haveria duas formas de contrariedade presentes em relação ao ordenamento jurídico. Uma objetiva e outra subjetiva.

Essa dicotomia fez com que a antijuridicidade fosse separada da culpabilidade. Os elementos objetivos presentes nessa relação de contrariedade fariam parte da antijuridicidade. Já a culpabilidade ficaria com os elementos subjetivos. Esse entendimento foi definitivamente incorporado à concepção legal penal a partir da obra de Franz von Liszt²¹.

Essa relação de contrariedade entre a conduta e o ordenamento é necessária para verificar se, apesar da conduta contrariar o ordenamento jurídico penal, há uma causa de justificação, que afastaria o caráter ilícito da conduta. A antijuridicidade não pode ser confundida com o próprio injusto. A antijuridicidade representa uma relação de contradição entre o fato e a norma jurídica. Ela é unitária, e essa noção serve para o ordenamento jurídico como um todo. A antijuridicidade pode ser vista como uma qualidade ou característica apresentada pelo injusto. O injusto é o conjunto de características que tornam uma conduta típica e antijurídica, ou representa a conduta ilícita considerada em si mesma. Cada ramo do direito possui seu próprio tipo de injusto. A antijuridicidade pode assumir alguns tipos de concepções que serão demonstradas neste item, mas sempre voltadas para um item comum, a noção de contrariedade em relação ao ordenamento jurídico.

4.1. Concepção Material e Formal

A antijuridicidade recebe a concepção de material quando ela não se esgota apenas na relação de contrariedade entre a norma jurídica e a conduta praticada por um indivíduo. No aspecto material, há ênfase na valoração social²².

21 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 110-116.

22 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição, Editora Saraiva, 2000. págs. 158 - 159)

Assim, o agente deverá analisar sua conduta, verificando se ela apresenta uma relação de contrariedade à norma penal, bem como, dada a sua maior importância, se a conduta é socialmente danosa.

Em primeiro lugar, a norma jurídica deve proibir a lesão aos valores sociais. Assim, a ofensa praticada em relação a um bem juridicamente protegido pelo ordenamento, seria compreendida como um comportamento socialmente danoso. Essa concepção é fruto da corrente filosófica do positivismo sociológico, representado por Hans Heinrich Jescheck²³.

A antijuridicidade vista pelo conceito material criaria duas conseqüências: a primeira seria uma possibilidade de graduar o injusto segundo sua gravidade, como graduação da pena. A segunda conseqüência seria a admissão de causas “supralegais” de justificação, além daquelas previstas pela lei. Tal concepção não é utilizada pelo nosso ordenamento jurídico, uma vez que os tipos de escusas existentes são suficientes para esgotar todos os casos genéricos de justificação.

Essa mesma corrente socializadora prega a existências de “injustos supralegais”, mas no ordenamento jurídico pátrio, não há como aceitar a existência desse tipo de conceito.

Isso ocorre dessa forma, porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXIX, determina que “*não haverá crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, consagrando o princípio da reserva legal.

Pelo aspecto formal, a antijuridicidade reflete uma violação do comportamento do dever de atuar ou de omitir, determinado por uma norma jurídica penal.

23 JESCHECK, H.H., *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 4.ª ed., Berlin 1988. Existen dos traduciones del Tratado de Jescheck, una de la 3.ª ed., por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig (« Tratado de Derecho Penal. Parte General», Barcelona 1981) y outra de la 4.ª ed. Por J.L. Manzanares Samaniego (« Tratado de Derecho Penal. Parte General», Granada 1993, pág. 316).

Essa corrente confundia a antijuridicidade com a própria tipicidade, pois a relação de contrariedade realizada pelo indivíduo toma como base o comportamento humano e a lei penal, já a contrariedade encerrar-se-ia no fato típico.

4.2. Concepção Unitária da Antijuridicidade

A noção de uma antijuridicidade material e outra formal foi superada por uma visão única desse instituto. Na verdade, a antijuridicidade é constituída por um só entendimento, o de representar a relação contraditória entre o fato típico e a norma jurídica²⁴.

A chamada antijuridicidade formal representaria, na prática, a tipicidade, uma vez que não haveria desobediência a uma norma legal, haveria sim uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado pela norma, caracterizando, na verdade, o conceito de antijuridicidade material. Esta sim representaria a antijuridicidade propriamente dita, conforme entendimento de Giuseppe Bettiol²⁵.

4.3. Concepção Genérica ou Específica

Como todo o ordenamento possui uma relação de contradição entre um fato e o próprio ordenamento, haveria uma única concepção de antijuridicidade de caráter geral, presente em todos os ramos do direito.

24 JESCHECK, H.H., Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil), 4.ª ed., Berlin 1988. Existen dos traduciones del Tratado de Jescheck, una de la 3.ª ed., por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig (Tratado de Derecho Penal. Parte General, Barcelona 1981) y outra de la 4.ª ed. Por J.L. Manzanares Samaniego (Tratado de Derecho Penal. Parte General, Granada 1993, pág. 317).

25 BETIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. II. 1971.

No mundo penal, a antijuridicidade também faz seu relevante papel ao participar da composição do delito, tornando uma conduta antijurídica ante a norma.

Para Assis Toledo a antijuridicidade penal não poderia ser compreendida como única. Ela estaria presente em todo o ordenamento jurídico²⁶.

Mas o contrário não ocorreria, porque a antijuridicidade representativa de outros comportamentos típicos não seria importante para o ordenamento penal, já que não teria o caráter de ilícito penal, próprio apenas do ilícito penal.

O entendimento de uma antijuridicidade específica para cada ramo do direito peca ao deixar de levar em consideração o conceito de antijuridicidade, único para todo o direito. Na verdade, há uma confusão entre antijuridicidade e injusto, pois os autores que idealizaram a concepção específica deveriam ter tratado do conceito de injusto, específico para cada ramo do direito.

26 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição, Editora Saraiva, 2000. págs. 163-165.

IV.

A CULPABILIDADE

1. INTRODUÇÃO

Houve grande interesse pela culpabilidade a partir do momento em que o delito passou a ser encarado além da forma objetiva. A culpabilidade pode ser entendida como a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão prevista pela norma jurídica penal como típica e ilícita. Assim, são relevados, além dos elementos objetivos e subjetivos presentes na conduta, os elementos subjetivos relativos à autoria.

A antijuridicidade pode ser compreendida como um juízo de desvalor que recai sobre o fato típico. Já a culpabilidade representa um juízo de reprovação pessoal do indivíduo que deixa de agir segundo a norma jurídica, quando poderia fazê-lo, constituindo, assim, o fundamento e o limite da própria pena a ser aplicada ao agente¹.

Mas muito se discutiu antes de se adotar uma visão normativa da culpabilidade. Tal concepção tem como fundamento a possibilidade de o indivíduo agir diferentemente do que fez e saber se era exigível essa conduta.

Dessa forma, hoje, a culpabilidade passou a integrar a definição do delito e é considerada como um atributo indispensável para a aplicabilidade penal. Como seu fundamento, a culpabilidade, além dos outros elementos, exige alguns requisitos como a

1 SÁNCHEZ, Jesus M^a Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo*. José M^a Bosh Editor S.A. Barcelona, 1992. págs. 130 - 135)

capacidade de culpabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta. São esses requisitos que dão validade à imposição da pena.

No passado, ainda no período em que era admitida a aplicação de vingança de sangue, como forma de solução para um conflito entre os indivíduos, não havia uma maior preocupação com o estado de compreensão do indivíduo em relação ao ato ilícito².

Daí a razão, nesse período, de haver uma responsabilidade meramente objetiva, quando bastaria apenas a relação causal entre o fato e o resultado para que houvesse a punição. Nessa fase, havia a dispensa da noção de culpabilidade para aplicação de qualquer forma de punição pelo Estado.

Até no próprio direito romano, essa noção de culpabilidade demorou a ser percebida e aplicada. Bastaria que houvesse a ocorrência do resultado para que se aplicasse a pena de vingança com base na Lei de Talião. Com o amadurecimento dos institutos romanos, houve o reconhecimento do dolo e da culpa, criando uma dependência psíquica para a punição.

No direito germânico, devido à grande influência que a vingança privada possuía no desenvolvimento inicial daquela sociedade, perdurou, por uma longa fase, a responsabilidade objetiva, sem nenhuma referência à culpabilidade, para se aplicar a punição ao indivíduo praticante de um delito. A punição acarretaria a imposição de uma pena ou uma reparação pecuniária.

Apenas com a influência do direito canônico na sociedade germânica é que houve a introdução de vários institutos romanos com regras muito mais brandas e uma visão menos cruel e mais humanitária. Essa influência acabou por transformar a concepção jurídica do direito germânico medieval. Foram inseridos conceitos como o

2 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição, Editora Saraiva, 2000. págs. 212-221.

dolo “*dolus bonus*” e “*dolus malus*” e a culpa, mas ainda estava distante desse período uma noção mais clara de culpabilidade³.

O grande sucesso da influência dos institutos romanos no período medieval deve-se ao predomínio da religião católica no continente europeu e ao avanço jurídico desses institutos em comparação com os daquela época. Assim, além de outros motivos, teve suma importância para esse sucesso a influência do trabalho dos comentadores dos textos romanos, inspiradores de outras gerações de estudiosos do direito.

Antes que as modernas teorias da culpabilidade começassem a ser discutidas, já havia um esboço desse entendimento. Os primeiros passos sobre o tema apareceram no direito penal italiano, ainda na Baixa Idade Média.

O direito natural de Samuel Von Puffendorf, em 1632, trouxe uma idéia de imputação penal, quando passou a atribuir uma responsabilidade ao indivíduo que agisse livremente, sem respeitar os princípios legais

A corrente hegeliana idealizou uma imputação subjetiva, em que o indivíduo, ao agir livremente, por meio de sua vontade particular, desrespeitava a vontade geral, representada pela lei. Somente na metade do século XIX, Adolf Merkel e Karl Binding foram os primeiros a dar os contornos da recente concepção sobre a culpabilidade⁴.

O conceito sobre a culpabilidade evoluiu até o modelo atualmente utilizado, partindo dos seguintes teorias:

3 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição, Editora Saraiva, 2000. págs. 212-221.

4 Conde, Muñoz. *Teoría General del Delito*, Trad. Juarez Tavares e L.R. Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988 , págs. 184-215)

2. TEORIAS SOBRE A CULPABILIDADE

A culpabilidade apresentou, no decorrer do seu desenvolvimento, uma série de concepções que acompanhavam o desenvolvimento da noção de delito.

À medida que o conceito do delito se transformava, a culpabilidade acompanhava esse desenvolvimento, bem como seus elementos, que sofriam também mudanças estruturais, demonstradas por meio da análise das várias teorias sobre a culpabilidade.

2.1. Teoria Psicológica da Culpabilidade

Em um dado momento, o delito era colocado do ponto de vista estrutural, formado por dois grupos de elementos: os objetivos e os subjetivos. A culpabilidade era enquadrada como um elemento de ordem subjetiva.

A culpabilidade era definida como a relação psicológica entre a conduta do agente e o resultado provocado. O injusto representava a causação do resultado físico, e a culpabilidade ocupava-se da relação psíquica entre o autor e o fato praticado. Nessa etapa descritiva, a culpabilidade psicológica existente ocupava-se apenas com a descrição pura e mental do fato, sem qualquer valoração ou presença de algum elemento normativo⁵.

Como sua matriz filosófica estava centrada no positivismo do século XIX, era grande a influência de uma concepção naturalista-causalista, ao restringir a culpabilidade a um mero papel descritivo sem um caráter normativo.

5 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 6ª edição. Buenos Ayres: Ediar, 1991. págs. 511-514.

Nessa fase, a culpabilidade era representada por dois elementos principais: o dolo e a culpa. Mas, devido ao seu caráter subjetivo, que identificava o elemento psicológico, havia uma centralização no dolo, já que a culpa tem uma natureza normativa⁶.

O dolo é compatível com uma visão interior realizada pelo agente, caracterizando a fase subjetiva. Mas a culpa, como segundo elemento da culpabilidade, pode ser compreendida como uma forma de ausência do dever de cuidado, que, inegavelmente, possui natureza normativa.

Assim, essa visão psicológica da culpabilidade não conseguia explicar a culpa inconsciente ou a relação psicológica entre um menor ou um doente mental e a prática de um delito. Isso levava a um terceiro elemento que estava implícito, a imputabilidade. Este elemento podia ser encarado como uma capacidade para ser culpável, como um pressuposto da culpabilidade ou como causa de exclusão da pena⁷.

Para essa teoria, a autodeterminação do indivíduo não assume qualquer importância, bem como desaparece do delito qualquer aspecto normativo quanto à reprovação do indivíduo.

Para a concepção psicológica, analisa-se o agente praticante do fato delituoso, a consciência da vontade dirigida ou não para a prática do ato criminoso, ou a inexistência do cuidado necessário, causadora de resultado previsível. Assim, o vínculo psicológico está ligado ao agente e ao ato praticado, tornando-o penalmente responsável. O vínculo psicológico esgota todo o conteúdo psicológico, manifestando-se por duas formas: o dolo e a culpa. Para que o agente possa ser aferido com base nesse vínculo psicológico, ele deve possuir um único atributo, ser **imputável**. Isto porque, a imputabilidade pode

6 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição, Editora Saraiva, 2000. págs. 218-219.

7 COSTA JR, Paulo José da. *Direito Penal – Curso Completo*. 5ª. Editora Saraiva, 1999. págs. 166 – 168.

ser definida como a capacidade de o agente entender o caráter criminoso do fato praticado e determinar-se de acordo com esse entendimento.

Seguindo esse pensamento, não haveria culpabilidade do agente sem antes existir a capacidade do próprio agente. Haveria três momentos que deveriam ser checados para se chegar à pena⁸:

A capacidade de entendimento e de querer do agente, representada pela imputabilidade.

Culpabilidade do agente, representada pela vinculação psíquica ou anímica que o agente possui sobre o fato.

A responsabilidade do agente incumbe-o de responder por seus atos perante o ordenamento jurídico penal.

A responsabilidade penal ainda tem um ponto de fundamento na responsabilidade moral do indivíduo, propiciando que a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade existam de forma contemporânea à conduta do agente. Para o critério psicológico, o injusto caracterizava-se por ser causação física de um resultado socialmente danoso.

Para a noção psicológica, a culpabilidade era a causação psíquica desse resultado, assumindo duas formas: o dolo e a culpa. O dolo seria o desejo concreto de causar o resultado antijurídico. A culpa, a causadora do resultado por negligência, imprudência ou imperícia. Assim, havia dois nexos causais presentes na conduta. O primeiro físico que ligava a conduta ao resultado, o outro psíquico que também unia a conduta ao resultado⁹.

8 WELZEL H., *Das deutsch*, 11ª ed. Berlin. 1969, págs. 511-514.

9 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 309-311)

2.2. Teoria Normativa, Psicológica-Normativa ou Normativa Complexa da Culpabilidade

Um novo posicionamento relacionava a culpabilidade com uma relação psicológica e também um juízo de reprovação que o indivíduo faz sobre essa própria relação psicológica. Agora, a culpabilidade era formada pelo dolo e pela culpa, além do juízo valorativo sobre essas duas formas. Mas como essas formas atuavam dentro do elemento culpabilidade, geravam algumas dúvidas. Poderia existir a culpabilidade sem a presença do dolo, como sustentava Reinhart Frank¹⁰.

Outros entendiam que o dolo exigia a consciência de antijuricidade, tornando-o sempre culpável. Via-se o dolo também como um pressuposto da culpabilidade. Na verdade, o dolo era colocado à margem da culpabilidade, porque ele não deveria estar nesse elemento. Somente quando o dolo e a culpa foram deslocados para o tipo, é que assumiram sua real importância dentro da estrutura do delito.

Apesar do seu grande avanço, a teoria psicológica não era suficiente para responder a várias questões geradas a respeito da compatibilidade entre dolo, representado pelo elemento volitivo e a culpa, representada por uma forma normativa. Nesse sentido, não havia como conseguir visualizar um enquadramento compatível entre a teoria psicológica, representada por uma relação subjetiva entre o autor e o fato por ele praticado e o conceito de culpa e suas modalidades, cuja natureza é determinada pelo ordenamento jurídico.

O ponto inicial para uma visão moderna de culpabilidade tem como fundamento a obra de Reinhart von Frank, pioneiro em admitir que o momento psicológico, representado pelo dolo e pela

10 Bustos, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 309-312

culpa, não esgota a totalidade do conteúdo, representado pela culpabilidade¹¹.

Esse autor não reduziu a culpabilidade a uma mera reprovabilidade do agente, expressa por seus elementos, o dolo e a culpa. A culpabilidade pode ser expressa também pela imputabilidade e pela normalidade das circunstâncias concomitantes do fato punível.

O sistema jurídico ainda emprega a retribuição penal, aplicando a pena à injustiça do mal praticado pelo agente. Mas, para que a pena possa ser aplicada, o fato deve ser passível de reprovação pelo agente em face do direito vigente. A reprovabilidade é característica da culpabilidade. Contudo, para o indivíduo ser capaz de tecer um juízo de reprovabilidade, ele deve ser **imputável**, ou seja, apto a entender o caráter ilícito contido na norma jurídica, bem como capaz de determinar-se segundo sua própria vontade. Com isso, a culpabilidade passa a ser integrada por dois pólos que devem se fazer presentes: um vínculo psicológico que serve de base para o juízo de reprovação e uma concepção normativa, pois somente a norma jurídica impõe ao indivíduo o dever de cumprir uma determinada conduta¹².

James Goldschmidt também contribuiu para o desenvolvimento da concepção normativa. Esse autor baseou-se na distinção entre norma jurídica e norma de dever. A norma jurídica restringia-se ao injusto, que tratava apenas dos elementos objetivos do delito e tinha caráter geral. A norma de dever era subjetiva e aplicava-se apenas ao indivíduo. Assim, a culpabilidade era enquadrada como um elemento da norma de dever, já que retratava a noção de contrariedade que o indivíduo deveria ter em relação a sua conduta, tomando como paradigma a norma jurídica¹³.

11 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 309-312.

12 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 309-312.

13 PEÑA RAÚL C. *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Jurídicas, vol I-III, Lima. 1994, págs. 286-316.

A culpabilidade era vista como uma forma de valoração do fato típico, distinguindo-a da visão psíquica. Era a norma que determinava o tipo de valoração que o indivíduo deveria realizar, condicionando o aspecto psicológico à norma jurídica. Ele destacava a existência de uma culpabilidade formada por três elementos: o dolo, a culpa e a imputabilidade. A aplicabilidade destes elementos estaria condicionada à situação de normalidade do indivíduo. Essa condição era determinada pela norma.

Berthold Freudenthal também trouxe algumas inovações para a formação do conceito de culpabilidade normativo. Esse autor ampliou a noção de reprovabilidade. Para ele a conduta do indivíduo dependeria da possibilidade de exigir que seu comportamento fosse diverso do previsto na norma jurídica. Assim, se o agente não pudesse agir de outro modo, configurando a inexigibilidade de outra conduta, haveria, então, a exclusão da reprovabilidade, fundamento da culpabilidade, o que leva ao seu afastamento¹⁴.

Foi com Edmund Mezger que o conceito normativo atingiu o seu apogeu na teoria do direito penal daquele período. Para esse autor, a culpabilidade é um fundamento para a aplicação da própria pena. Ocorre, na culpabilidade, a formação de um juízo de reprovabilidade que é valorativo, em que o agente submete sua conduta à norma. O dolo era compreendido aqui ainda como elemento da culpabilidade. Essa forma de culpabilidade ainda era o chamado “**dolus malus**”, funcionava como um elemento ligado à consciência de ilicitude que o indivíduo deveria possuir sobre os fatos praticados. O dolo, nessa etapa, seria desprovido de valoração. Faziam parte da culpabilidade os seguintes elementos¹⁵:

14 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. Pág. 312.

15 CONDE, Muñoz. *Teoría General del Delito*, Trad. Juarez tavares e L.R. Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988. págs. 13-39.

A imputabilidade, compreendida como a capacidade da culpabilidade, funcionando como um pressuposto da sua existência.

As formas da culpabilidade, representadas pelo dolo e pela culpa.

Exigibilidade de conduta adversa, relacionada com as possibilidades legais de excluir a culpabilidade.

O dolo também comportava algumas características:

- Elemento volitivo, representado pela vontade.
- Elemento intelectual, a previsibilidade do fato.
- Elemento normativo, a consciência da ilicitude do indivíduo.

Além desses autores, outros também contribuíram para o aperfeiçoamento desse conceito normativo, como Max Ernest Mayer, Giuseppe Bettiol, Eberhard Schmidt, entre outros.

2.3. Teoria Normativa Pura, Finalista ou Estrita da Culpabilidade

A teoria normativa, inegavelmente, trouxe um grande avanço para a compreensão do conceito de delito e especialmente para a noção da culpabilidade. Mas nem todos os casos conseguiam ser satisfatoriamente resolvido pela concepção normativa. Isso ficou mais nítido com o desenvolvimento criminológico que o direito penal passou a apresentar¹⁶.

A culpabilidade englobava, além de outros elementos, o dolo e a culpa em sentido estrito. O dolo, nesse período, era normativo, compreendendo a consciência sobre a ilicitude. Era também psicológico, já que representava a vontade e a consciência do indivíduo.

Nesse sentido, se um indivíduo fosse criado em um ambiente socialmente inadequado, sem acesso à informação ou a conceitos éticos, apenas convivendo com delinquentes, pensando que a conduta

16 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 165-167.

correta é a prática de crimes, ao realizar o seu delito, faltar-lhe ia uma consciência da ilicitude de sua conduta, pois para ele estaria agindo corretamente. Isso faria com que o dolo não existisse, visto que ele agiria sem a consciência da ilicitude de seu ato. Sem dolo, ficaria afastada a culpabilidade e, por conseguinte, a própria punibilidade.

Isso foi percebido inicialmente por Edmund Mezger, ao aplicar a noção de dolo para os criminosos habituais ou por tendência. Ele chegou à conclusão de que, segundo a teoria normativa, esses delinquentes agiam sem dolo, portanto não seriam penalmente responsáveis.

A solução dada por Mezger foi a de centrar a culpabilidade no indivíduo e não mais no fato em si. Assim, na chamada “*Lebensführungsschuld*” ou “*culpabilidade pela condução de vida*”, passou-se a censurar o agente e não o fato por ele produzido. Em uma visão mais extrema, o Estado passa a intervir no indivíduo, mesmo quando esse não pratica uma conduta delituosa¹⁷.

Foi na concepção de Hans Welzel que os problemas envolvendo a forma dolosa foram sanados. Esse autor entendia que o dolo, como consciência da ilicitude, não poderia estar situado na culpabilidade¹⁸.

A culpabilidade, como elemento do delito, em termos gerais, tinha o escopo de demonstrar o juízo de censura que o indivíduo faz sobre sua conduta, quando podia agir de outra forma e não o fez.

Nessa concepção, a forma dolosa identificava o momento volitivo e intelectual, mas sempre ligada à finalidade do indivíduo, já que nenhuma conduta está dissociada de um fim. A forma dolosa serve como indicador da finalidade, mola propulsora do comportamento humano. Dessa forma, o indivíduo ao agir, teria como desejo inicial a consecução de uma finalidade. Como tal, o dolo não poderia estar mais no elemento culpabilidade, pois deveria indicar a origem da conduta.

17 MEZGER E. *Tratado de Derecho Penal*, 2t, trad. y notas de J. A. Rodrigues Muñoz, 3ª ed., Madrid 1955 y 1957, págs. 197-199.

18 WELZEL H., «*Das deutscht*», 11ª ed. Berlin. 1969, págs. 197-198)

Isso fez com que Welzel deslocasse as formas dolosa e culposa para o elemento conduta.

Essa nova forma de enquadramento fez com que os inconvenientes apontados em relação ao dolo fossem satisfatoriamente resolvidos. Além disso, ao simplesmente deslocar as formas dolosa e culposa para o tipo, essas formas não se perderam e continuaram a integrar a esfera da noção de delito¹⁹.

Dessa forma, a culpabilidade passou a ser compreendida como um juízo puro de reprovabilidade. Esse juízo de reprovabilidade, que toma como base a vontade da norma jurídica em face do comportamento individual, deve ser constituído dos seguinte elementos para sua caracterização²⁰:

Imputabilidade, ainda vista como a capacidade da culpabilidade, representada agora por duas etapas. Uma intelectual, em que o indivíduo deve apresentar condições de compreender o caráter injusto de sua conduta.

O segundo momento é representado pela determinação da vontade. Tudo isso faz da imputabilidade a capacidade de agir conforme o ordenamento, não podendo atuar de outra forma.

- Consciência potencial da ilicitude. Fica reservado para este elemento o exame do caráter lícito ou ilícito da norma jurídica, realizado pela culpabilidade. Assim, o indivíduo faz aqui um reexame do caráter proibitivo.
- Possibilidade de atuar de outro modo. Nesse tópico, fica a análise da possibilidade que o indivíduo tinha de atuar conforme o previsto no ordenamento penal. Caberia ao agente agir de outra forma, além daquela determinada na lei, para evitar o caráter ilícito de uma conduta.

19 MAURACH, R., Tratado de Derecho Penal», parte general, 2t, trad. y notas de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962. págs. 34-38.

20 Welzel H., «Das *deuscht*», 11ª ed. Berlin. 1969, págs. 213-215)

- Reprovabilidade, que se apresentava como uma censura por ter agido de uma forma, quando poderia ter agido de outra.

2.4. Teoria Antropológica da Culpabilidade

O ordenamento jurídico penal tem como função a manutenção do convívio social. Dessa forma, a noção de culpabilidade somente terá validade se for construída com base no determinismo do homem.

Esse fundamento, como base, leva a uma visão antropológica da culpabilidade, em que o Homem é capaz de autodeterminar-se. Assim, com base nessa visão antropológica, o Homem tem condição de agir segundo sua autodeterminação, com liberdade de vontade, que não pode ser suprimida pela lei. Assim, se o Homem não tem condições de compreender se sua conduta fere o ordenamento jurídico, ele não é capaz de se autodeterminar.

Essa forma involuntária de compreensão faz com que o indivíduo não sofra nenhuma forma de responsabilidade penal. A concepção antropológica está tipicamente ligada ao determinismo²¹.

Essa teoria traz uma concepção filosófica que deve aparecer na formação do próprio direito, mas que não se aplica apenas à culpabilidade como visão de reprovação.

21 SÁNCHEZ, Jesus M^o Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporánea*. José M^o Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992. págs. 115 – 127.

V.

OS INSTITUTOS DA IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL

1. INTRODUÇÃO

Como ficou demonstrado na exposição sobre as teorias a respeito da culpabilidade, a imputabilidade e a inimputabilidade são institutos atrelados à culpabilidade, já que exprimem a capacidade ou incapacidade que um indivíduo tem de portar-se segundo o ordenamento jurídico.

A terminologia imputabilidade teve sua provável origem nos institutos romanos surgidos na época clássica, a Lei “*Cornelia*”. Por volta dos anos 120 a.C., já se utilizava o termo inimputável, ao tratar de determinados casos praticados por indivíduos de tenra idade, que ainda não conseguiam falar.

Esses, quando praticassem delitos de homicídio, furto, entre outros, não seriam responsabilizados, pois eram equiparados aos loucos, denominados de “*furiosu*”, conforme Perrin B. Todos os outros casos possibilitariam o “*imputare*”, que significava atribuir a responsabilidade para quem praticasse uma conduta delituosa.¹

O direito canônico introduziu e difundiu vários institutos jurídicos romanos, entre os quais os conceitos de inimputáveis, que, em termos gerais, não respondiam por seus atos por não terem discernimento, como ocorria entre os doentes mentais e aqueles que apresentassem falta de compreensão em virtude de sua idade.

1 PERRIN, B. *La minorité pénales em Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle*, em H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.) *Le problème de l'enfance délinquante*, Paris 1947, págs. 20 - 23)

Como o direito canônico influenciou muitos conceitos jurídicos do direito comum medieval, a idéia da imputabilidade foi largamente difundida, em especial nas codificações que não responsabilizavam menores e loucos.

Mas, também na Alta Idade Média, com o renascimento da cultura helênica, vários conceitos de filósofos gregos foram transportados para a Europa, em especial o pensamento aristotélico, que forma levados pelos práticos italianos, difundindo-se a idéia de que o homem é imputável, porque tem livre escolha para decidir sobre o bem e o mal.

Portanto, ao infringir o ordenamento, segundo seu livre desejo de querer, torna-se responsável, uma vez que é moralmente livre. A influência do livre-arbítrio, no mundo penal, fez surgir defensores da responsabilização somente quando o indivíduo tinha liberdade de autodeterminação, expressa por uma vontade livre e consciente, manifestada na prática de uma conduta desejada².

Foi com Anselm von Feuerbach que surgiu um novo posicionamento jurídico-filosófico no direito penal, chamado de determinista. Para essa corrente, a responsabilidade jurídica do indivíduo era de suma importância e não sua origem. A origem da vontade não devia ser o item de maior preocupação para o direito penal, já que isso deveria ser objeto na análise da Filosofia³.

Das codificações aplicadas no Brasil, o termo imputabilidade não se fazia presente nas Ordenações Filipinas, que colocavam implicitamente esse instituto, em seu título CXXXV, como uma forma de exclusão de punibilidade, já que tratava da maneira com que os agentes poderiam ser ou não punidos. Não havia uma menção expressa sobre a ausência ou diminuição da capacidade por doença mental.

2 Pérez, Vitoria. *La Minoría Penal*. Barcelona, 1945. págs. 28 – 59.

3 SÁNCHEZ, Jesus M^a Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporánea*. José M^a Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992. págs. 31-39

No Código Penal de 1830, em seu art. 10, também não se utilizava a terminologia imputabilidade, mas relacionavam-se várias causas de exclusão de imputabilidade, tratadas pelo termo “não se julgarão criminosos”.

Segundo Tobias Barreto, um dos comentadores dessa codificação, na sua obra “menores e loucos”, a imputabilidade já era conhecida aqui e fora do Brasil⁴.

No Código Penal de 1890, em seu art. 27, há a continuidade da utilização da terminologia da exclusão da condição de criminoso, como substitutiva do termo responsabilidade ou imputabilidade, apesar do parágrafo terceiro tratar da imputação. § 3.º Os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, **fôrem absolutamente incapazes de imputação.**

Porém todos os sete parágrafos relacionados, nesse artigo, tratam de exceções à imputabilidade.

Na Consolidação de 1932, o art. 27 manteve a terminologia ligada à exclusão da condição de criminosos os casos de inimputabilidade e manteve o mesmo parágrafo terceiro já presente na codificação anterior.

No Código Penal de 1940, a exposição de motivos relaciona a imputabilidade com a condição de responsabilidade baseada no aspecto moral

que o indivíduo deveria possuir. Faz também uma sucinta exposição dos sistemas de fixação dessa responsabilidade. Essa foi a primeira lei penal que estabeleceu, em seu título III, a responsabilidade para tratar das causas de inimputabilidade.

Já os Códigos Penais de 1969 e a atual codificação de 1984, ambos em seus Títulos III, substituíram o termo responsabilidade pela

4 BRUNO, Anibal. Direito Penal. 3ª edição Forense. Rio de Janeiro, 1967. pág. 133 – 136.

terminologia imputabilidade penal. Na verdade, mais importante que sua origem, era como a vontade se manifestava, isso sim gerava a base para a reprovação de comportamento.

A imputabilidade pode ser compreendida como um conjunto de condições pessoais de maturidade e sanidade mental que dão ao agente capacidade para entender e querer.

A imputabilidade pode ser abordada como uma forma de exclusão de responsabilidade penal. Mezger entende que a imputabilidade está relacionada com a capacidade de ação, com a capacidade jurídica do dever e com a capacidade de ser apenado.

Jescheck, por sua vez, com base na determinação do indivíduo, entende que a imputabilidade seria equivalente à ausência de obstáculos em relação à imputação subjetiva do agente, que não tem como aferir sua vontade.

Achenbach propõe a substituição do termo culpabilidade por imputação individual, pessoal e subjetiva. Para esse autor a culpabilidade compreende uma terminologia com caráter metafórico, com conotações valorativas, carregadas de valores religiosos, que não serviriam para serem utilizados como conceitos sistemático e científico. Para diversas escolas penais, imputabilidade tem se mostrado como uma capacidade de determinar-se a culpabilidade do indivíduo.

Dessa forma, a capacidade para atributividade, que torna o indivíduo responsável pelos fatos por ele praticados, faz a pessoa ficar imputável. Com isso, quem não possui essa capacidade deve ser identificado como inimputável. A lei abre aqui uma exceção que torna o indivíduo inculpável por sua conduta e pelos fatos que lhe são decorrentes. Essa capacidade de entender o caráter ilícito de seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento é a base da imputabilidade. Segundo Aníbal Bruno, isso possibilita ser juridicamente imputada a prática de um fato punível⁵.

5 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 3ª edição Forense. Rio de Janeiro, 1967. págs. 117-142.

A imputabilidade penal passou a figurar, na concepção dos elementos do delito, sempre relacionada à culpabilidade, assim, cada uma das teorias sobre esse elemento traz uma noção de culpabilidade em seu conteúdo.

2. IMPUTABILIDADE COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE

A imputabilidade, como elemento integrante da culpabilidade, deve estar relacionada às teorias que tratam desse elemento do delito.

2.1. Imputabilidade E O Positivismo Criminológico

No positivismo criminológico, não há razão de se falar em imputabilidade, pois a responsabilidade social absorve esse conceito. Todo indivíduo que convive em sociedade deve respeitar o ordenamento jurídico vigente, mesmo que não tenha capacidade de entendimento do fato⁶.

Assim, o menor de idade ou o doente mental são responsáveis por seus atos, porque convivem em sociedade, mas para eles estão reservadas sanções de caráter educativo ou tratamento médico-psiquiátrico em estabelecimentos próprios.

A sanção aplicada deverá observar a dosimetria proporcional à periculosidade do menor ou doente mental. Nesses casos, ela terá uma natureza preventiva, ao afastar do convívio social, mesmo em caráter definitivo, aquele sem condições de sociabilizar-se.

6 BUSTOS, Ramirez. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edição. Colombia, Editorial Temis S.A., 1994. págs. 285-291.

2.2. Imputabilidade no Conceito Psicológico da Culpabilidade

Pela teoria psicológica, a culpabilidade era compreendida como a responsabilidade que deveria ser atribuída ao indivíduo pela sua conduta ilícita. Nessa concepção, havia apenas a exteriorização da culpabilidade por suas duas formas, o dolo e a culpa.

A imputabilidade era colocada como pressuposto para a existência da culpabilidade, fazendo o papel de liame psíquico entre a conduta e o resultado, pois sem esse elo de ligação haveria um fato irrelevante para o ordenamento penal, uma vez que não haveria crime⁷.

Dessa forma, a imputabilidade funcionava como uma medida de capacidade para que a culpabilidade pudesse ter existência.

A individualização da imputabilidade, colocada no conceito psicológico como pressuposto para a existência da própria culpabilidade, faz com que a imputabilidade estivesse muito mais para um elemento indicativo da exclusão de punibilidade, conforme o pensamento de K. von Lilienthal⁸.

2.3. Imputabilidade Para a Teoria Psicológico– Normativa, Formal e Sistemática da Culpabilidade

Na teoria causal, a culpabilidade é apresentada como elemento central do delito, ao lado da antijuricidade. É a culpabilidade a sede da valorização subjetiva do delito.

Com os pensadores Neokantianos, nasceu a teoria normativa da culpabilidade, fazendo frente à teoria da concepção psicológica.

A concepção normativa, formulada por Frank, em primeiro lugar, demonstrava a noção valorativa que a culpabilidade passou a

7 Welzel H., «Das *deuscht*», 11ª ed. Berlin. 1969. págs. 212-216.

8 LILIENTHAL, K. «Jugendliches Alther» em *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, T.V., Berlin 1908, págs. 133.

assumir, ao indicar um início de reprovação que o autor do ato praticado fazia em relação a sua conduta.

No conceito normativo, a culpabilidade assume uma posição mais clara quanto ao aspecto reprovabilidade, que passa a ser entendido como um juízo de valoração da conduta em face do ordenamento. O dolo e a culpa são considerados como elementos da culpabilidade e não mais como suas formas.

A imputabilidade não mais é encarada como um aspecto exterior e passa a situar a culpabilidade como uma forma de capacidade ligada à culpabilidade, bem como, um de seus elementos⁹.

Mas autores como Sauer e Kantorowicz indicavam que a imputabilidade era um pressuposto para a aplicação da culpabilidade, porém neste elemento do delito.

Entretanto, foi Edmund Mezger e Eberhart Schmidt que construíram um conceito mais maduro na concepção normativa, definindo a culpabilidade como um conjunto de pressupostos da pena que fundamentam, diante do sujeito, a responsabilidade pessoal da conduta antijurídica. Tais pressupostos são a imputabilidade, o dolo, a culpa e a ausência de causas que excluem a culpabilidade. Nesse período, o conceito formal de imputabilidade foi formado como a capacidade da culpabilidade, ao agir como pressuposto da mesma ou como um dos elementos que lhe dão validade¹⁰.

Antes da concepção normativa da culpabilidade, a imputabilidade era apresentada como instituto distinto da culpabilidade, sem o destaque merecido, como um elemento da culpabilidade. Karl Binding colocava a imputabilidade como a capacidade de ação do

9 BERTOLINO, M. La crisi del concetto di imputabilità., RIDPP (1981), págs. 190 – 236.

10 JESCHECK, H.H., Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil), 4.^a ed., Berlin 1988. 3.^a ed., F. Muñoz Conde y S. Mir Puig. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Barcelona 1981. 4.^a ed. J.L. Manzanares Samaniego. Tratado de Derecho Penal. Parte General», Granada 1993, págs. 559-578.

agente. Adolf Merkel via a imputabilidade como capacidade para se aplicar a pena¹¹.

Tais posições já não são mais utilizadas, ainda mais, porque a teoria normativa da culpabilidade demonstrou, com mais clareza, que os pressupostos da culpabilidade não são necessários para caracterizar a existência desse próprio instituto.

Já para a concepção normativa da culpabilidade, de acordo com a corrente neoclássica do delito, o dolo e a culpa constituíram formas de culpabilidade, não espécies de culpabilidade.

O dolo pode ser entendido como o conhecimento do próprio ato, seu significado como conduta antijurídica e a aceitação de que ambos ocorram.

A consciência antijurídica do agente é considerada como elemento da culpabilidade, um pressuposto para a aplicação da pena. A culpa é identificada como a previsibilidade que o agente tinha para conseguir impedir a ocorrência do resultado. Para completar o conceito de culpabilidade, há um elemento de caráter negativo, representado pela ausência de causas de exclusão da culpabilidade. Tais causas surgem em torno da idéia de inexistência de uma conduta diversa do agente.

A imputabilidade, entendida como uma medida da capacidade da culpabilidade, faz com que o indivíduo não possa comparar seus atos em relação à contrariedade dos mesmos com o direito. Essa idéia de imputabilidade seria constituída de três etapas. Na primeira, há o conhecimento em relação aos atos praticados pelo próprio indivíduo. Na segunda, há uma etapa valorativa dos atos, ao verificar se os mesmos contrariam o Direito. Numa terceira etapa, há um nexó, ao comparar o ato praticado com o comportamento normativo.

11 BERTOLINO, M. *La crisi del concetto di imputabilità*. RIDPP, 1981, pág. 199.

Para a concepção finalista, a culpabilidade concentra ainda mais o caráter normativo, já que não se encontra nenhuma referência fática. Os pressupostos do juízo de reprovação pessoal do indivíduo são: a imputabilidade, a possibilidade do conhecimento do injusto do ato em si e a antijuricidade dos atos e a aceitação do resultado¹².

2.4. Imputabilidade e a Teoria Normativa

Na teoria finalista, a culpabilidade passa a ser constituída por elementos que identificam apenas a reprovabilidade da conduta do agente. Foram excluídos o dolo e a culpa, indicadores da finalidade e, portanto, alocados para a conduta, já que funcionam como elementos do injusto.

Assim, a culpabilidade passou a exprimir um juízo puro de reprovabilidade, constituído de alguns elementos, dentre os quais a imputabilidade. Nesse momento, a imputabilidade não era mais compreendida como um pressuposto prévio para que se pudesse determinar a culpabilidade. Ela passou a figurar como a principal condição de existência da própria culpabilidade. Ocorre, na imputabilidade, a verificação dos momentos intelectual e volitivo, para a verificação do juízo de reprovabilidade que o agente efetua. O momento intelectual está relacionado com a capacidade de o agente entender que a sua conduta não está de acordo com o ordenamento jurídico ou, simplesmente, a sua incompreensão do caráter injusto de seu comportamento. O momento volitivo faz com que o indivíduo não possa determinar-se em conformidade com a norma jurídica. Esse conceito finalista baseia-se na visão de que o indivíduo não pode agir de outro modo, pois carece de liberdade ou de faculdade para agir, tornando-se assim inculpável¹³.

12 CONDE, Muñoz. *Teoria General del Delito*, Trad. Juarez Tavares e L.R. Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988. pág. 176.

13 Carbonell, Mateu. *Sobre la imputabilidad em Derecho Penal Español*», em *La imputabilidad em general el Derecho Penal*». Guadernos de Derecho Judicial, CGPJ XVIII, Madrid 1993. págs. 62 – 77.

2.5. Imputabilidade Dentro do Conceito Material

A imputabilidade pode também ser conceituada do ponto de vista da concepção material da culpabilidade. Nesse sentido, a culpabilidade pode ser entendida como a capacidade de agir de outra maneira que o indivíduo tem, quando submetido a uma situação concreta. O juízo de culpabilidade material consiste, assim, num juízo de reprovação elaborado pelo autor. O agente imputável é capaz, uma vez que tem condições de entender o fato e agir de outra forma. Não teria essa capacidade um indivíduo sem maturidade ou sujeito às alterações graves de natureza mental¹⁴.

A grande discordância levantada pelos críticos do sistema material de culpabilidade está no livre arbítrio do indivíduo, que pode optar por escolher outra forma de conduta.

Atualmente, essa visão é combatida nas obras de filosofia jurídica penal. Entendem ser impossível a demonstração concreta da afirmativa que o autor pode agir de outra forma.

Para o conceito normativo de culpabilidade, a imputabilidade deve ser compreendida como uma forma de medida para saber se o indivíduo tem ou não condições de aferir sua conduta. Mas como elemento da culpabilidade, a imputabilidade também tem a mesma base filosófica, ou seja, tem fundamento na autodeterminação, conforme uma compreensão prévia do injusto.

A teoria geral da culpabilidade considera a possibilidade de atuar do agente, ao comparar sua conduta com a outra. O termo de comparação toma como base a conduta do Homem médio.

Isso faria com que fosse demonstrado que um indivíduo deve seguir um padrão de comportamento médio ao ser submetido a uma situação real. Se não agisse conforme a média, haveria como de-

14 ELBERT, C. *La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas em el Derecho Penal alemán de menores*. CPC núm. 19 (1983), págs. 215 – 237.

monstrar um descompasso entre o juízo de culpabilidade do agente e a forma geral de comportamento dos indivíduos, punindo-o.

Mas esse entendimento padronizado da culpabilidade só agrada a uma corrente empírica do direito, desejosa de transformá-lo em métodos pré-moldados de comportamento humano. Não há como medir a culpabilidade de um indivíduo submetido a um caso concreto com uma noção de valores médios.

Nesse caso, a imputabilidade, pelo aspecto geral da culpabilidade, só poderia ser demonstrada, se o agente, submetido à análise de conduta do Homem médio, agisse da mesma forma. Caso contrário, seria considerado imputável.

Na culpabilidade preventiva, há uma modificação da concepção de culpabilidade normativa em função do aspecto preventivo da pena. Seu fundamento filosófico iniciou-se com Claus Roxin. Esse autor constrói um novo sistema de direito penal com base em uma nova visão de política criminal. Foi dada grande ênfase a novos conceitos, introduzidos pela sociologia, criminologia, psicologia, entre outras matérias. A culpabilidade era compreendida, nessa reforma dos conceitos, como uma ausência de fidelidade ao direito. A imputabilidade, como a prática de um juízo desigual, comparada com a prática adotada pelo homem médio, indicava um retorno aos termos de comparação, sem levar em consideração a motivação do agente, pois para o inimputável não há igualdade com a motivação do homem médio¹⁵.

O inimputável não possui condições de aferir sua motivação, daí não tem como agir segundo um juízo de valores médios ou determinar-se de outro modo.

Assim, a imputabilidade pode ser compreendida como uma forma de ausência de capacidade de motivação, que impede o indi-

15 CONDE, Muñoz. *Teoria General del Delito*, Trad. Juarez tavares e L.R. Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988. págs. 268-276.

víduo de atuar conforme a determinação legal. Isso afastaria qualquer forma de responsabilidade quando aplicada ao inimputável pelos critérios de prevenção geral ou especial. Mas há quem pense em aplicar aos inimputáveis medidas educativas.

3. SISTEMAS FIXADORES DA INIMPUTABILIDADE

Com base na atual legislação penal, encontram-se na posição de inimputabilidade os doentes mentais, aqueles que têm um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, os menores de 18 anos e o caso de embriaguez acidental completa.

Para se poder determinar a imputabilidade de um indivíduo, do ponto de vista formal e sistemático, deve-se apontar que o mesmo é possuidor dessa capacidade de culpabilidade. Dessa forma, ao verificar-se a ausência dessa capacidade de culpabilidade, o indivíduo deve ser considerado inimputável. Três são os critérios utilizados para essa finalidade.

3.1. Sistema Biológico, Psiquiátrico, Etiológico ou Sistema Francês

A origem desse sistema remonta do Código Penal Francês de 1810, que em seu art. 64 descrevia “*il n’y a ni crime ni délit lorsque le prévenu état de démence au temps de l’action*”, segundo citação de Aníbal Bruno¹⁶.

Esse critério leva em consideração, como fator de impedimento da capacidade do indivíduo, sua condição de saúde mental. Assim, se portador de uma doença mental grave pode ser declarado inimputável mediante perícia médica.

O critério biológico aponta a existência de uma doença mental atuante no momento da realização da conduta, mas sem indagar como

16 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro. págs. 127 – 142.

a mesma afetava o indivíduo antes ou como o afetará depois. Esse sistema também não se preocupa com o grau de entendimento do indivíduo, apenas apresenta a enfermidade mental que o acomete.

O sistema biológico é adotado por nosso atual Código Penal, já que em seu art. 27 estabelece a inimputabilidade dos menores de 18 anos, sem impor nenhuma condição, criando assim uma regra absoluta para a adoção da capacidade penal apenas a partir dos 18 anos, independentemente da capacidade de discernimento do indivíduo.

3.2. Sistema Psicológico Ou Inglês

Este sistema possui sua origem nas codificações canônicas, conforme citação de Luiz Regis Prado “*delicti sunt incapaces qui actu carent usu rationis*”. Nele são observadas as condições psicológicas do indivíduo à época dos fatos. Não há uma preocupação com seu estado de saúde mental. A única indagação que se levanta é se o indivíduo era responsável ou não quando praticou a conduta ilícita¹⁷.

Para tanto, são verificados se, no momento da conduta, o agente tinha condições de perceber o caráter ilícito de sua conduta, denominado momento intelectual, bem como determinar-se segundo essa concepção, chamado de momento volitivo. Se o indivíduo preenchia tais condições, naquele momento, é considerado imputável, caso contrário, será considerado inimputável.

3.3. Sistema Biopsicológico, Misto ou Biológico-Normativo

Este terceiro sistema de aferição é uma junção dos sistemas anteriores. São verificadas as condições de sanidade mental permanentes do indivíduo e os aspectos psicológicos no momento da rea-

17 MIR PUIG, Santiago. *La imputabilidad em el Derecho Pena.*, Colección Cursos núm. 3, Madrid 1994. pág. 58.

lização da conduta. Após essa análise em conjunto, há a fixação da responsabilidade ou não do agente.

Esse último sistema foi adotado pelo Código Penal em seu art. 26, já que é realizada a análise da capacidade de entendimento do indivíduo sobre a juridicidade do ato e a sua determinação¹⁸.

18 PERRIN, B. «La minorité pénales em Droit Romain et dans les législations européennes au XIX siècles», em H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.)« Le problème de l'enfance délinquante», Paris 1947. pág. 78 .

VI.

FORMAS DE INIMPUTABILIDADE ADMITIDAS PELA CULPABILIDADE

1. INTRODUÇÃO

A imputabilidade penal pode ser definida como a condição pessoal que demonstra a presença de maturidade e sanidade, ao estabelecer a capacidade de compreensão da ilicitude de um fato ou de determinar-se segundo essa compreensão.

Essa definição não consta de forma explícita em nosso ordenamento jurídico penal, mas pode ser extraída dos conceitos nos institutos que descrevem as causas que afastam o conceito de responsabilidade penal, chamadas de causas de inimputabilidade penal, tão bem demonstradas nos arts. 26 e 27 de nosso atual Código Penal¹.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, no tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

1 BITENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal- Parte Geral*. Vol. I Editora Saraiva, 7ª edição. São Paulo.2002. págs. 303 – 314.

Dessa maneira, nas definições contidas nesses dois artigos, estão claramente demonstradas as atuais causas de inimputabilidade. Todas elas estabelecem as possibilidades para um indivíduo ficar isento de pena.

Mas a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como a menoridade penal transmitem o sentido de isenção de pena quando o indivíduo não possui as condições necessárias para compreender seus atos. Esse sentido é extraído da própria definição legal das causas de inimputabilidade penal. Assim, seu conceito seria a ausência total ou parcial, nos casos previstos no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, de maturidade e sanidade, para que haja a compreensão do caráter ilícito de sua conduta ou para a determinação segundo essa mesma compreensão.

As condições de inimputabilidade determinadas em nosso ordenamento jurídico são denominadas modernamente de causas de exclusão de culpabilidade, uma vez que, se as mesmas estiverem presentes, o indivíduo não possui a capacidade para ser considerado imputável. Mas, na realidade, tais causas excluem mesmo a punibilidade, já que afastam a aplicação de pena, fazendo com que o indivíduo fique sujeito a medidas de segurança.

2. AS EXCLUDENTES DE IMPUTABILIDADE OU DE CULPABILIDADE DETERMINADAS PELO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

Nossa codificação penal estabelece algumas formas de exclusão da imputabilidade, devido à ausência ou diminuição da capacidade de culpabilidade apresentada pelo indivíduo.

2.1. Doença Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado

O estado de saúde apontado como uma das causas que afastam a imputabilidade do indivíduo é a alteração mórbida da saúde mental. Tal manifestação deve ser identificada por meio de avaliação médica.

As manifestações que o indivíduo pode apresentar devem ser descritas como um estado permanente de alienação mental. Compreende as psicoses, as doenças degenerativas da personalidade, como a esquizofrenia, a paranóia, a esquizofrenia maníaco-depressiva, as perturbações provenientes de tóxicos, além de outras manifestações determinadas por meio de perícia médica².

O termo doença mental possui uma conotação genérica, mas independente da descrição médica da doença do indivíduo, esta deve concorrer de forma contemporânea para a conduta. Além disso, a doença mental deve afastar completamente, para efeito total da exclusão de imputabilidade, ou parcialmente, para a redução da pena prevista pelo parágrafo único, a compreensão do indivíduo da ilicitude ou sua determinação.

Caso essas premissas não ocorram, ficará afastada a inimputabilidade, levando o agente a responder pelo fato praticado, já que possui capacidade de compreensão.

2.2. Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado

O desenvolvimento mental incompleto faz referência aos indivíduos que ainda não alcançaram a plena maturidade de seu raciocínio mental. Portanto, nessas condições, há um compromete-

2 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Editora revista dos tribunais. São Paulo, 1999.págs. 349 – 352.

timento na compreensão do que é lícito ou ilícito e como se determinar nesse sentido.

Como exemplo desse pensamento, podem-se enquadrar os menores, os silvícolas e os surdos-mudos. Estes últimos dois casos, que atualmente devem estar em desuso, fazem referência aos indivíduos não aculturados.

O silvícola, por ser rústico, não possui nossa extensão cultural, portanto não conseguem entender os valores das nossas normas penais.

O surdo-mudo equipara-se ao silvícola, quando isolado culturalmente. Nessa condição, esse indivíduo não consegue estender sua comunicação, ao não apreender nossos valores culturais. Sem compreensão, não haverá censura ao seu comportamento.

O desenvolvimento mental retardado, também denominado de oligofrenia, faz com que o indivíduo possua condições de desenvolvimento mental incompletas, afetando sua exata compreensão dos fatos.

VII.

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A MENORIDADE PENAL

A menoridade penal está relacionada com o instituto da culpabilidade, uma vez que o critério de idade serve como medida da capacidade de culpabilidade de um indivíduo. Com isso, a menoridade torna o agente inimputável, pois ele não possui capacidade de entendimento intelectual e volitivo do ato, destituído assim de capacidade para o entendimento ou de determinação de sua conduta.

A lei penal atual presume de forma absoluta que o menor de dezoito anos não possui o discernimento suficiente para ser responsabilizado por seus atos, já que tem um desenvolvimento incompleto.

Historicamente já foram utilizadas outras bases etárias para se fixar a responsabilidade penal do indivíduo, como aos 14 anos na codificação de 1824, aos 9 anos na codificação de 1890, entre outros exemplos. Na maioria dos casos, utilizando o sistema biológico, que não cogita a capacidade de discernimento do indivíduo. Mas, já foi utilizado, no passado, um critério misto, o bio-psicológico, onde adota-se uma faixa etária em conjunto com a aferição do discernimento para a fixação da imputabilidade do menor. Isso ocorreu nas codificações de 1830, 1890 e 1969.

Em dois ds períodos, 1890 e 1969, havia um regime de exceção, já que o governo era ocupado por indivíduos que haviam chegado ao poder por meio de um golpe militar. Em tais períodos há uma tendência de agir rigorosamente em caso de repressão criminal.

O atual ordenamento penal adotou um critério biológico para o enquadramento do menor como inimputável, já que ignora sua capacidade mental, bem como sua capacidade de entendimento

intelectual e volitiva. Esse critério absoluto exclui qualquer possibilidade de responsabilização do menor, independentemente do seu discernimento ao praticar o fato¹.

Foi na Lei Orçamentária 4242 de 1921 que houve a adoção inicial do presente critério biológico. Nas legislações penais anteriores, houve a adoção de um critério bio-psicológico, em que era determinada a capacidade de discernimento do menor que praticasse infrações penais. Com o critério biológico, que estabelecia uma presunção absoluta, já que, ao fixar a idade limite que determina o início da responsabilidade criminal, impede que aqueles que não a atingiram possam ser penalmente responsabilizados, independentemente de sua capacidade de discernimento pessoal.

Assim, com o sistema biológico, consegue-se assegurar o princípio da segurança jurídica, pois adota um critério único para todos os indivíduos, afastando a possibilidade de erros jurídicos, que poderiam surgir no momento de fixar o discernimento de um indivíduo, além de dar um sentido prático para a compreensão das normas penais.

O sistema biológico evita a existência de divergências sobre quem possui ou não discernimento. Além disso, evitam-se consideráveis dificuldades que ocorreriam se fossem analisados, caso a caso, todos aqueles que envolvessem delitos praticados por menores, para apurar se estes agiram ou não com discernimento.

Estas vantagens não seriam possíveis, ao adotar-se um critério puramente psicológico ou misto.

No direito comparado, vários países estabeleceram critérios mistos ou biológicos para solucionar seus problemas em relação à imputabilidade jurídica penal do menor. Suas soluções são baseadas em suas origens culturais e legais.

1 PERRIN, B. *La minorité pénales em Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle*, em H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.) *Le problème de l'enfance délinquante*, Paris 1947, pág. 72.

Mas o critério biológico possui uma falha, pois ao adotar uma faixa etária como limite entre a incapacidade e a capacidade do indivíduo para a responsabilidade penal, gera um sentimento de ineficácia do sistema penal em garantir a paz social, já que o menor que pratica crimes, sendo esses violentos, apresentando alta periculosidade, deixa de ser punido pela sociedade.

Mas na verdade este sentimento de ineficácia do sistema não existe, já que o menor infrator recebe uma punição, mas sujeito a leis especiais. Não há necessidade de responsabilizar o menor infrator como se o mesmo fosse capaz. Tal sentimento está presente em nossa sociedade, já que historicamente o menor era punido, mas de forma mais branda. Pois esse abrandamento no tratamento punitivo destinado ao inimputável reflete hoje a atual disposição do código penal, que estabelece sua punição por meio de leis especiais, hoje realizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta forma, o critério biológico adotado no atual instituto da minoridade penal está de acordo com filosofia penal e a evolução histórica do idireito penal.

VIII.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MENORIDADE

Pode-se apontar o século XIX como o marco para o desenvolvimento dos institutos penais modernos. Apesar de muitos terem sido desenvolvidos com base em premissas filosóficas de séculos anteriores, seus aspectos modernos foram moldados recentemente.

Historicamente, no entanto, vários rascunhos de importantes conceitos já haviam surgido, gerando o berço dos atuais institutos penais. Em relação ao tema da responsabilidade dos menores, também encontramos traços dessa preocupação nas civilizações antigas¹.

Na Grécia antiga, o homicídio com ou sem intenção era punido. Aristóteles defendia que o menor não poderia ser punido, pois agiria sem intenção. Nesse caso, o menor não teria responsabilidade sobre seus atos. Platão, por seu turno, entendia que os menores não poderiam responder por nenhum ato que não produzisse dano, salvo se fosse um caso de homicídio, pouco importando a intenção.

Na China, o Código Liu-Hin-Pin (440 a.C.) dispunha que os menores de 8 anos e velhos de mais de oitenta, assim como os atingidos por alienação mental, poderiam ser agraciados quando cometessem infrações.

Em um período inicial da história romana, os menores eram livremente punidos, sem nenhuma preocupação quanto à idade apresentada. Eram os pais que tinham o direito de aplicar a puni-

1 PERRIN, B. *La minorité pénales em Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle*, em H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.) *Le problème de l'enfance délinquante*, Paris 1947, págs. 28-59)

ção em seus filhos, exercendo o livre arbítrio entre a vida e a morte, quando esses ofendessem as leis familiares ou aquelas provenientes do Estado.

Já na Lei das XII Tábuas, ocorreu uma inovação, ao diferenciar-se a punição aplicada aos adultos daquela submetida aos impúberes. No delito de devastação de colheitas e no “*furtum manifestum*”, a punição dos menores era a fustigação por varas e a indenização decorrente do dano provocado. Para os indivíduos não impúberes que agiam daquela forma, a pena era bem mais severa: a fustigação e depois a escravidão².

O adulto que colhesse furtivamente à noite ou cortasse colheita alheia antes que ela estivesse pronta para esse fim, haveria a punição da morte. Porém, no mesmo caso, o impúbere seria punido corporalmente e era obrigado a indenizar o prejuízo causado.

Note-se a diferença do tratamento punitivo empregado, apesar de a legislação romana não definir, nessa etapa, nenhum aspecto sobre a falta de discernimento do impúbere. A diferença poderia ser fixada pelo pretor com base na capacidade sexual, na noção de bem e mal ou alguma outra forma de aferição, como se ele já soubesse falar.

Mas foi na legislação romana que foram encontrados os primeiros indícios claros da fixação de critérios de responsabilidade do agente em razão da idade e do seu discernimento. Esses critérios distinguem sua conduta daquela praticada por indivíduos com mais idade e maior capacidade de compreensão.

Na Lei das XII Tábuas (449 a.C.), havia distinção entre púberes e impúberes, pois ao delito de pasto abusivo, não se aplicaria a pena capital aos impúberes, substituída pela “*castigatio*” e pela reparação do dano praticado.

2 MINAHIN, M^a Auxiliadora. *Direito Penal da Emoção – A inimputabilidade do menor*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1992. págs. 38 – 45.

O que definia a impuberdade era a falta de um estado intelectual de discernimento. Assim, um furto praticado por um impúbere sofreria uma simples pena corporal.

A base para esse tipo de entendimento está no próprio espírito da Lei das XII Tábuas, ao definir os delitos como voluntários e involuntários. Nela, os impúberes só praticariam o último tipo.

Com o desenvolvimento jurídico apresentado pelo direito romano, houve a necessidade de uma delimitação do menor impúbere, para que pudesse ser responsabilizado pelo Estado³.

Assim surgiu essa diferenciação entre púberes e impúberes. Tal diferença foi se acentuando, em especial, com a adoção do conceito diferenciador denominado “*dolus*”. Esse conceito não se aplicava aos impúberes. Passa a surgir a figura da responsabilidade prática de delitos, uma vez que no limite próximo à puberdade, haveria a necessidade de se apontar se o indivíduo seria ou não responsável.

Nesse caso, se o agente apresentasse um comportamento passível de ser mau, haveria punição como púbere. Isso fica claro na prática de falsificação, que não poderia ser praticada pelo impúbere pela ausência de um dolo mau.

Ulpiano, jurisconsulto romano, em trechos do *Digesto*, comenta que a ausência de dolo afasta o caráter da maldade do impúbere e estabelece que responda pelo ato praticado, mas de forma mais branda⁴.

Justiniano determinou idades para os púberes: quatorze anos para os homens e doze anos para as mulheres. Os menores de sete anos não deveriam ser punidos, uma vez que não poderiam apresentar dolo em sua conduta.

Os menores, entre 07 e 14 anos, seriam submetidos a uma verificação para se certificar se existia ou não compreensão dos atos. Essa

3 GONZALES ZORRILA, C., *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*, Documentación jurídica (Ministerio de Justicia), núm. 37/40 v. 1, Madrid 1973, págs. 38-41.

4 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro. págs. 133-138

verificação admitia prova em contrário. Dessa forma, num primeiro momento, haveria uma presunção de impuberdade, em que caberia uma demonstração da capacidade de compreensão para se levar à punição.

Isso ficava mais claro nos extremos do limite de punição, “*admodum impubes o proximus infatiae*”. Se o indivíduo estivesse mais próximo da classificação de infante, não responderia por seus atos, “*qui dolo capax non est*”. Porém se apresentasse entendimento teria o “*doli capax*” e seria responsabilizado. Nesse período, o dolo era medido pela capacidade de entender a consciência entre o bem e o mal⁵.

Daí, a idéia de responsabilizar o menor de acordo com seu discernimento tem origem no direito romano, influenciando o direito canônico e o direito comum medieval, chegando até nossos dias, quando várias legislações condicionam a punição ao entendimento do fato (volitivo e intelectual).

No direito germânico, era considerado Homem aquele que já estivesse em idade de entrar em combate. Quem não possuísse essa qualidade, não tinha condições de viver independente.

O direito germânico era adotado por tribos, sem que houvesse uma uniformidade de costumes. Mas, de um ponto de vista médio, não se punia severamente o indivíduo antes que ele completasse doze anos. Os atos praticados antes dessa idade eram considerados como atos involuntários e casuais, punidos de forma branda, nunca levando à morte. Havia também a possibilidade de uma composição pecuniária.

No direito canônico, houve a assimilação pela Igreja Católica de vários institutos jurídicos romanos, ao preservar os vários conceitos romanos em todos os ramos do direito, entre eles, a conduta do Estado em relação à responsabilidade dos menores infratores.

5 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro. págs. 133-135.

Assim, o direito canônico estabeleceu regras jurídicas semelhantes àquelas adotadas pelo Direito Romano, como o sistema de etapas etárias. Segundo esse sistema, os infantes de até 07 anos não eram responsabilizados, já que seus atos poderiam ser equiparados aos dos loucos, sonâmbulos ou dos que atuavam de forma involuntária.

Os impúberes, com 12 anos para o sexo feminino e 14 anos para os do sexo masculino, eram responsabilizados se demonstrassem discernimento. Mesmo aí tinham uma pena atenuada devido a sua capacidade de entendimento. O problema levantado pelos jurisconsultos da época era qual conduta adotar para os jovens com idade próxima à do limite de imposição de punição.

No início, haveria uma presunção de incapacidade para aquele próximo aos infantis (*infantiae proximus*) e uma presunção de responsabilidade para o próximo ao impúbere (*pubertati proximus*). Nos dois casos, haveria uma decisão sobre o discernimento do delinqüente.

Cumprir destacar, nesse momento, o papel dos glosadores, que atuaram de 1100 até 1250 e dos pós-glosadores, de 1250 até 1450, também chamados de práticos. Seu papel foi o de trazer e também adequar ao direito criminal e ao direito canônico, existentes na Idade Média, os institutos criminais romanos. Esse importante trabalho serviu para a formação e para o fortalecimento da idéia de criação de ordenamentos próprios.

Na Idade Média, continuou-se a utilizar o conceito de discernimento para aferir se o delinqüente juvenil era ou não dotado de capacidade de entendimento.

Nesse período, a prova de entendimento far-se-ia pela noção entre o bem e o mal. Vários Ordenamentos Penais do século XIII, em destaque o “Espelho da Saxônia”, elaborado em torno do ano de 1230, adotavam a idade de 12 anos para responsabilidade penal dos menores.

No “Espelho da Suábia” de 1274, adotou-se o sistema de etapas, conforme entendimento fundamentado no direito romano. Naquele período, o jovem não tinha como compreender a natureza dos

próprios atos. Dessa forma, faltava-lhe o “*Unterscheidungsvermögen*” ou, em outras palavras, uma noção de discernimento de seus atos⁶.

Apesar dos avanços nesses ordenamentos, ainda o menor que não apresentasse discernimento era severamente apenado, muitas vezes, para se atingir uma expiação para sua alma. Porém, a punição empregada, apresentava um menor rigor e nunca levava à pena de morte, pelo menos antes dos 12 anos.

Como ainda não havia um sistema penal geral, cada Estado impunha seu entendimento sobre a responsabilidade penal dos delinquentes juvenis. Alternando-se dois sistemas básicos, um com maior e outro com menor rigor na aplicação das penas.

Foi a influência religiosa, difusora da prática de penitências como forma de educar o espírito, que acarretou uma grande influência sobre os castigos impostos aos jovens, muitas vezes flagelados ou mutilados por seus comportamentos. Mas o rigor empregado não era tanto quanto o empregado nos adultos.

Como exemplo dessa situação, as *Ordenances de Luís IX*, na França, que punia a blasfêmia praticada por menores com uma correção corporal a chicotadas ou com uma aplicação de multa ou imposição duma pena que deveria ser cumprida em prisão, com presos mais velhos. Para os adultos a pena era uma só, a morte⁷.

Na Alemanha, no período moderno, com o *Constitutio criminalis de Carlos V*, de 1532, houve um retrocesso, já que a idade aparece apenas como uma atenuante à pena aplicada ao indivíduo e não mais como uma forma de exclusão da pena. Eram os tribunais que, muitas vezes, levantavam a questão da compreensão dos menores no momento de aplicação da punição.

6 GONZÁLES DEL SOLAR, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. Buenos Ayres: Depalma, 1995. págs. 38-44.

7 PERRIN, B. *La minorité pénales em Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle*», em H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.) *La problême de l'enfance délinquante*», Paris 1947, pág. 59.

Assim, aos poucos, foi sedimentado o conceito de irresponsabilidade absoluta aos 07 anos e de presunção de responsabilidade de acordo com o dolo, conforme os antigos ensinamentos romanos.

Com a Revolução Francesa, no final do século XVIII, passou-se a defender a adoção de um único sistema jurídico aplicado a toda nação. Isso marcou todos os estados modernos, tanto que no século XIX, com o fortalecimento desse conceito nacionalista, o Estado passou a impor uma regra jurídica única, o que facilitou o início do movimento codificador na Europa. Isso facilitava o acesso ao conhecimento do ordenamento, bem como fazia com que não houvesse favorecimento ao aplicá-lo.

Esse novo sistema humanista rompeu com o costume de imposição de penas cruéis aplicadas até então. Foram adotados três sistemas de responsabilização penal para os menores infratores.

No primeiro sistema, adotou-se um critério de não responsabilizar o menor infrator de forma absoluta a partir de uma determinada idade prevista pela lei.

O segundo sistema estabeleceu o critério de punição condicionada, que levava em conta o discernimento do menor a partir de uma determinada idade determinada pela lei. A lei também dava os meios para se apurar o discernimento. Abaixo da idade limite não haveria punição.

O terceiro sistema fixava a responsabilidade penal a partir de uma idade mais alta, como, por exemplo, aos dezoito anos. Mesmo assim, teriam uma punição atenuada. Os menores que não haviam completado essa idade limite, responderiam pelos atos, mas com medidas educativas e em estabelecimentos especiais, para que pudessem ser assistidos pelo Estado.

Esses sistemas evoluíram, gerando atualmente os sistemas de responsabilização aplicados aos menores infratores, garantindo um conjunto de direitos penais e processuais para o menor, ao mesmo tempo que tentam protegê-lo, separando-o do convívio de criminosos mais velhos.

IX.

EVOLUÇÃO DA MENORIDADE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Como o Brasil, antes de sua independência, foi colônia de Portugal, aqui foram aplicadas as Ordenações do Reino de Portugal. No período colonial, devido à falta de estrutura e a sua grande extensão, os aspectos jurídicos eram examinados pelos donatários em suas capitâncias hereditárias, pois, como representantes da coroa portuguesa, caberia a eles o exercício da atividade judicial¹.

Com o desenvolvimento da organização administrativa na colônia e com a implementação dos governadores-gerais, surgiu, no Brasil, um indício de administração judicial. Nesse período, estava-se sob a influência das Ordenações Filipinas, já que em 1603 elas já haviam sido publicadas.

Como era comum naquele período histórico penal, a pena aplicada era desproporcional, comparada com a conduta e com o resultado praticado pelo delinqüente. A pena brutal servia para dar um caráter intimidador e prevenir outros para não delinqüir.

As Ordenações Filipinas foram utilizadas no Brasil até que o Código Criminal do Império fosse elaborado, o que ocorreu só em 16 de dezembro de 1830, uma vez que a própria legislação aplicada à época determinava sua utilização, até que outra entrasse em vigor.

1 PIERANGELLI, José H. *Processo Penal- Evolução Histórica e Fontes Legislativas*, 1ª edição, Editora Javoli. Bauru, 1983. págs. 28 – ss.

“TÍTULO CXXXV.

Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem.

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, cometter qualquer delicto, dar-se-lhe-ha a pena total, que seria dada, se de vinte e cinco annos passasse.

E se fôr de idade de dezasete annos até vinte, ficará em arbitrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha.

E em este caso olhará o julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circunstâncias delle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-ha, postoque seja de morte natural.

E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-ha diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido.

E quando o delinquente fôr menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do julgador dar-lhe outra menor pena.

E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guaradará a disposição do Direito Commum.”

Em relação ao instituto supracitado, pode-se verificar que naquele período, devido ao estado de desenvolvimento da sociedade, não havia uma grande preocupação com a técnica jurídica.

Quanto ao desenvolvimento desse instituto, ele não faz referência se era uma forma de exclusão geral ou se o instituto era descrito como um tipo de exclusão de culpabilidade.

O legislador da época o incluiu como um tipo de exclusão de punibilidade. Mas mesmo sem a devida técnica jurídica, não se pode deixar de apreciar, com o devido louvor, os avanços por ele demonstrados.

Deve-se observar que naquele período da história penal, dominado por uma desproporção entre a conduta de um delinquente e a correspondente punição aplicada pelo Estado, que, muitas vezes, recaía na pena de morte, houve um significativo avanço humanitário.

O legislador pode não ter desenvolvido teoricamente o instituto da exclusão de culpabilidade, mas o aplicou na prática.

Os maiores de vinte anos poderiam ser punidos com o mesmo rigor aplicado para qualquer delinqüente.

Os indivíduos com dezessete anos até vinte anos poderiam ser punidos pelo julgador. Esse deveria analisar pressupostos subjetivos, como a malícia, aqui entendida como fator intencional na prática de uma conduta ou desejo de praticá-la. Aspectos objetivos presentes na prática da conduta também seriam analisados pelo julgador.

Caso o julgador entendesse que o maior de dezessete deveria ser punido, poderia aplicar-lhe a pena de morte, sem sofrimento “morte natural” ou diminuir-lhe a pena, quando não estivessem presentes os fatores subjetivo e objetivo, apresentados na descrição legal.

Os menores de dezessete anos poderiam ou não ser punidos. Caso o delito praticado fosse punido com a morte, esta não ocorreria, mas o julgador poderia aplicar uma pena mais branda, jamais a pena de morte.

O delito, porém, punido com uma pena diferente da de morte, teria a punição aplicada pelo Direito Comum, sendo certo que recairia na reparação civil. Logo, pode-se concluir que nas Ordenações Filipinas, o menor de dezessete anos estaria protegido da pena de morte, mas ainda responderia pelo delito, se tal pena fosse aplicada ao caso. Se isso não ocorresse, ele nada responderia no âmbito penal.

O Brasil tornou-se independente em sete de setembro de 1822, mas nossa primeira Constituição somente passou a existir em 1824. Ela, em seu art. 179, já dispunha sobre a criação urgente de um Código Criminal, que só veio a ficar pronto em dezesseis de dezembro de 1.830.

O Código introduziu novos conceitos e institutos criminais, sobretudo para os menores. Assim, os arts. 10 e 13 determinavam:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

§ 1.º Os menores de quatorze annos.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiveram cometido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de corecção, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de dezeseite annos.

O critério utilizado pelo Código do Império foi eminentemente normativo. Nele, a lei determinou que os menores de quatorze annos não eram de nenhuma forma responsabilizados pelos atos praticados, applicando uma medida especial para aqueles que apresentassem discernimento. A medida especial se justifica na medida que os menores eram levados a casas de correção, estabelecimentos criados com a finalidade corretiva e não punitiva².

Apesar de o texto legal não utilizar o termo imputabilidade em relação aos atos praticados pelos menores de quatorze annos, esse termo já era conhecido pela doutrina da época, como na obra de Tobias Barreto sobre o tema, “menores e loucos”, onde o autor abordava o tratamento dado aos maiores de quatorze annos que tinham sua liberdade limitada em virtude da prática de atos infracionais³.

Com isso, surgiu aqui o primeiro passo inovador para isentar o menor da sua responsabilidade, embora as Ordenações já tivessem abordado o assunto. Mas o Código Criminal do Império inovou ao fixar a responsabilidade penal a partir dos quatorze annos.

O art. 13 do referido Código também inovou, pois possibilitou ao julgador applicar uma punição ao menor de quatorze annos que praticasse delitos, desde que com discernimento. A punição applicada, nesse caso, seria mais branda que aquela applicada aos maiores de 14 annos. Sua duração seria de no máximo três annos, pois ao com-

2 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro. págs. 133-135.

3 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro. págs. 133-135.

pletar 17, o menor ganharia a liberdade. O recolhimento seria num estabelecimento mais apropriado para sua recuperação, uma casa de correção. O discernimento deveria estar presente ao tempo da prática penal, definido pelos comentadores da época, como Vicente Alves de Paula Pessoa e o próprio Tobias Barreto, como uma demonstração de entendimento da própria conduta como produtora do fato criminoso.

O ordenamento penal no Império também considerava o fator idade como uma das causas atenuantes conforme o art.18, § 10, dispunha:

Art. 18. São circunstancias attenuantes dos crimes:

§ 10. Ser o delinquente menor de 21 annos.

Quando o réo fôr menor de dezeseite annos e maior de quatorze, poderá o juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da cumplicidade.

Dessa forma, o menor de dezessete anos terá uma redução em sua pena, apesar de ser responsabilizado por seus atos.

Haveria possibilidade da aplicação da pena de morte, mas, estranhamente, estava o menor de vinte e um anos poupado do envio para as galés, conforme o art. 45, § 2.º do Código de 1830, eles deveriam ser enviados para a prisão por igual período.

Na República, com a mudança do regime de governo, houve a necessidade urgente de instituir uma nova codificação penal, pois o código adotado no regime imperial carregava o emblema daquele regime. Assim, para demonstrar que a República também era atuante, foi solicitada a rápida mudança das leis adotadas no Império.

O Código de 1890 foi elaborado de uma forma muito rápida e, com a falta de cuidados técnicos, surgiram vários defeitos, apontados pelos estudiosos daquele período, como Affonso Dionysio Gama, Bento de Faria, João Monteiro, Plínio Barreto, João Vieira de Araujo, entre outros.

O Código de 1890 era mais rigoroso, mesmo porque foi elaborado em um período de exceção, já que o governo era ocupado por militares que adotaram o sistema republicano em 1889, substituindo o regime de governo imperial, tudo por meio de um golpe. Esse governo militar ainda estava no poder. Nessa situação, costuma-se adotar um regime mais rígido no aspecto da repressão penal. Em relação às questões envolvendo a situação dos menores, há os arts. 27 e 30 do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, com a seguinte redação:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1.º Os menores de 9 anos completos;

Art. 30. Os maiores de nove anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos.

O legislador daquele período determinou um critério de imputabilidade absoluto para os menores de nove anos que, com ou sem discernimento, não seriam punidos. Essa decisão foi um avanço, tomando-se por um ponto de vista restritivo, pois no código de 1830, os menores de quatorze anos poderiam ser punidos se apresentassem entendimento, sem exclusão de qualquer idade mínima.

Dos 9 aos 14, o novo estatuto penal manteve tudo idêntico conforme o anterior estatuto criminal, pois o julgador só não puniria o menor se não estivesse presente a questão do discernimento. Para Bento de Faria, o discernimento não poderia ficar restrito apenas à concepção do justo ou do injusto, mas também à faculdade de entendimento do caráter punitivo que seria aplicado a sua ação.

O julgador, se decidisse aplicar a pena ao menor que apresentasse discernimento, deveria enviá-lo para um estabelecimento

disciplinar industrial. Nessa parte descrita no art. 30, encontra-se uma grande identidade filosófica entre o Brasil e os Estados Unidos, que adotavam o envio de menores para estabelecimentos correccionais.

O julgador não poderia estender a pena além da idade limite para aplicação de penas, que continuava sendo de dezessete anos.

Como as questões envolvendo menores infratores são, além de um problema penal, um problema social, ficavam aquém da política criminal do Brasil do final do século XIX e início do século XX.

Com isso, o internato correccional dos menores, já que não existiam aqui estabelecimentos disciplinares industriais, não possibilitava uma adequada forma de reeducação para o menor infrator, conforme expressa disposição legislativa. Por conseguinte, o juiz acabava entregando o jovem infrator para instituições mantidas por religiosos, pois essas eram as únicas existentes, no Brasil, para essa finalidade, desvirtuando expressamente o dispositivo legal aplicado nesse caso.

Como ainda a legislação penal do Código de 1890 utilizava a aplicação da pena para os maiores de nove anos que agissem com discernimento, sem levar em consideração estudo científico já existente na época, foi preciso modificar tal entendimento, o que ocorreu em cinco de janeiro de 1921, com a Lei Orçamentária nº 4.242, que, em seu art. 3º, parágrafo dezesseis, tratava de dispor que:

Não sofreriam nenhum processo os menores de quatorze anos que fossem autores de crime ou contravenção, independentemente do seu discernimento.

Apesar de essa importante lei modificar o Código vigente, ela não era o primeiro projeto apresentado para modificar a situação penal do menor. Houve outras importantes contribuições, como os projetos de Lopes Trovão (1902) e Alcindo Guanabara (1906 e 1917),

tentando estabelecer a inimputabilidade dos menores entre 12 e 17 anos⁴.

Assim, em 1927, para ratificar as modificações já introduzidas na legislação, em relação aos menores, surgiu uma nova lei esparsa, o Código de Menores, decreto 17.043 – A, trazendo importantes inovações científicas para a recuperação do menor infrator. Em seu art. 68, dizia: “*Art. 68. Não são criminosos os menores de 14 anos.*”

Assim, a nova lei reafirmou as disposições da Lei 4.242, ao excluir qualquer forma de punição ao menor de quatorze anos, afastando, mais uma vez, a questão do discernimento para que o julgador pudesse aplicar a exclusão de punibilidade.

O mesmo diploma legal também inovou, pois, em seu artigo 69, determinava que os menores compreendidos entre 14 e 18 anos de idade respondessem pelos atos praticados, mas seriam submetidos a um processo especial, cuja penalidade seria uma internação de no mínimo três anos e de no máximo sete anos. Note que o legislador utilizou a expressão internação, tentando dar um menor rigor ao cumprimento da pena⁵.

Caso o menor de 16 a 18 anos praticasse um crime grave e possuísse antecedentes que levassem o julgador a entendê-lo como perigoso para a sociedade, segundo o art. 71 do Código de menores, responderia pela pena aplicada aos co-autores, cujo termo adotado na época era “*cumplicidade*”, embora tivesse que cumprir a sua pena em um local sem a companhia de adultos.

Fica clara aqui a forte influência da escola positiva, punindo o infrator que apresentasse um estado perigoso em potencial.

4 GERSÃO, Eliana. Tratamento Criminal dos Jovens Delinquentes. Revista de Informação Legislativa. págs. 29 - 38)

5 DIAS, Aldo de Assis. *O menor em face da Justiça*. São Paulo: Ed. Lex, 1977. págs. 35 - 46

A Consolidação das Leis Penais surgiu para tentar condensar várias leis penais que surgiram depois que o Código Penal da República entrou em vigor.

Como aquele ordenamento não ficou a contento, várias mudanças legislativas foram apresentadas desde o primeiro momento de sua existência. Ficou a cargo do desembargador Vicente Piragibe agrupar e ordenar essas leis esparsas, ao publicar sua consolidação em 1932.

Para o aspecto envolvendo o problema dos menores, tem-se o art. 27 da Consolidação das Leis Penais: "*Art. 27 – Não são criminosos: § 1.º – os menores de 14 anos;*".

A Consolidação tratou apenas de ordenar a matéria já existente dentro do contexto de uma codificação penal, pois o Código dos menores já havia modificado o Código de 1.890. O mesmo se diga do art. 30, que também reproduzia o art. 69 do Decreto n.º 17.943 – A, da seguinte forma:

Art. 30 – Os menores de 18 anos, abandonados e delinquentes, ficam submetidos ao regimen estabelecido pelo decreto n. 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927, Código de Menores.

Mas havia posições contrárias à redução mecânica da pena aplicada pelo julgador, uma vez que isso acontecendo, retirava do julgador uma análise mais completa sobre os antecedentes do menor, sem levar em consideração aspectos pessoais, familiares e sociais do menor infrator. Dessa forma, alguns comentadores da época defenderam mudanças na legislação, como os comentários do Professor João Aureliano Corrêa de Araújo, sobre um projeto do Código Criminal do Brasil, apresentado em 1937. Nesse projeto, a menoridade era tratada da seguinte forma:

Art. 20. – São inimputáveis os menores de 16 anos.
 § 1.º – O código de menores estabelecerá condições em que o menor de 21 anos, será ou não imputável.

O projeto elevava a idade inicial de responsabilidade dos menores de quatorze para dezesseis anos. Também aplicava uma terminologia já conhecida dos estudiosos da época, a expressão inimputável, utilizada desde Tobias Barreto.

Este artigo remetia ao Código de Menores a punição dos menores de 21 anos, de acordo com a sistemática daquele dispositivo legal, cujas penas têm um caráter mais brando.

Mas, em sete de dezembro de 1940, foi publicado um novo Código Penal, fruto do trabalho de grandes estudiosos do mundo penal daquele período, que contribuíram com seus projetos ou com o próprio trabalho, como Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz, Néelson Hungria, Costa e Silva, Alcântara Machado e Sá Pereira.

O Código de 1940, em relação ao tema menoridade, adotou o conceito biológico e marcou uma grande ruptura com os antigos Códigos Penais, que adotavam um critério fundado no discernimento. A matéria tratada no seu art. 23, dispunha:

Art. 23 – Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Nesse item, a lei penal alargou a faixa de exclusão de responsabilidade, ao entender que os menores de dezoito anos não responderiam por seus atos, levando-os a responder pelas leis especiais, naquele caso, pelo Código de Menores ainda em vigor na época⁶.

O Código adotou aqui o critério biológico, como exceção, já que o menor não tem capacidade antes dos dezoito anos. Como o art. 23 não faz qualquer referência ao discernimento do menor infrator, seguiu, implicitamente, o critério de exclusão absoluta da imputabilidade do agente. Essa posição do Código de 1940 foi uma exceção à regra geral,

⁶ BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro. págs. 133-135.

adotada para as outras excludentes de culpabilidade, que necessitam de comprovação médico legal para poderem ser utilizadas.

Isso descaracterizava uma outra regra adotada pelo Código, demonstrada pela adoção de um critério biopsicológico, conforme sua própria exposição de motivos.

O escopo da comissão que elaborou o Código Penal de 1940, estava centrado na desoneração da justiça penal em julgar os casos envolvendo os menores que necessitavam de um tratamento diferenciado.

Depois que o Código de Menores entrou em vigor, a Justiça Criminal passou a adotar uma especialização funcional para a resolução desses casos, ao utilizar juízes de menores, promotores, curadores e outros profissionais. Daí, surgiram idéias inovadoras sobre a importância da recuperação dos menores, que deveriam estar sujeitos a uma medida educativo-disciplinar, afastando o caráter retributivo imposto pela pena.

O critério adotado afastou um grande problema existente em outros Códigos, a adoção de um discernimento para o infrator. Tal medida tem lá o seu apego, já que levaria à punição do menor que agiu com pleno conhecimento intelectual e volitivo na época da prática do delito. Mas, primando por uma justiça igualitária, num país com tantas desigualdades sociais em toda sua história, estaria sujeito a decisões tendenciosas, levando a um descrédito da Justiça, o que fatalmente acarretaria um colapso do Estado.

Dessa forma, o Código foi elaborado para todos os menores, ao deixar a legislação especial aplicar o casuísmo em cada uma de suas decisões.

Em 1943, foi elaborado o Decreto-Lei 6.026 pela comissão com Noé de Azevedo como um de seus membros que procurou aperfeiçoar o Código de Menores no novo Código Penal e consubstanciou a intenção da Lei Penal, já que trazia um abrandamento em relação à situação do menor.

O legislador substituiu o termo crime pela expressão infração, para tentar suavizar a consequência aplicada ao delito.

Pelo art. 2º desse Decreto-Lei, verifica-se a mudança de tratamento destinado aos menores infratores, já que a lei determinava as seguintes situações: caso o maior de quatorze anos e menor de dezoito fosse responsabilizado, receberia uma medida sócio-educativa de acordo com a sua periculosidade. Se não apresentasse uma maior periculosidade, poderia ser confiado à guarda do seu responsável legal. Caso se revelasse perigoso, seria internado em estabelecimento destinado a sua reeducação.

Ainda houve outras leis modificadoras do Código de menores, como a Lei 5.228/67, alterada pela Lei 5.539/68, ambas já vigentes no Código Penal de 1940, contudo sempre estabelecendo a responsabilidade penal aos 18 anos.

O Código de 1969 manteve a mesma postura do Código de 1940, segundo seu artigo 33, que dizia:

Art. 33 – O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado 16 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 1/3 até a metade.

Isso caracterizou um retorno ao critério biopsicológico, em que a capacidade de entendimento do menor com 16 anos completos deveria ser avaliada de alguma forma pelo juiz, gerando ou não a responsabilização desse menor.

Tais critérios devem ser bem aplicados pela Justiça, para evitar uma sensação de impunidade. Talvez isso tenha levado tanto descontentamento à doutrina da época, que não concordava mais com a adoção de um critério de avaliação para se determinar o discernimento do indivíduo. Para doutrinadores da época, haveria um retrocesso, já que o Código de 1940 determinava a punição desses menores por meio de leis especiais.

Mas a exposição de motivos esboçava o contrário. Havia uma tendência ao retorno do critério biopsicológico, conforme o VI Congresso da Associação de Direito Penal, realizado em 1953, ao fixar a idade de dezesseis anos para o indivíduo ser responsabilizado criminalmente. Influenciaram também essa posição as várias codificações da Europa que apenavam a partir dos quatorze, como na Alemanha e na Itália, dois países de grande influência no Brasil.

Mas mesmo assim, a doutrina brasileira, ao repudiar o critério adotado pelo Código de 1969, preferindo o critério biológico, pressionou até que a Lei 6.016, de 31.12.73, revogou o art. 33 e tornou o menor de 18 anos novamente inimputável, pois, em seu lugar, ficou o artigo 23 do Código de 1940.

Art. 34 – Os menores de dezoito anos ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em leis especiais.

Isso possibilitava o retorno à aplicação de pena ao maior de 16 e menor de 18 anos, desde que o mesmo entendesse o caráter ilícito do ato ou tivesse possibilidade de se portar de acordo com esse entendimento, conforme o art. 31 e 33. O art. 31 assim determinava:

Art. 31 – Não é imputável quem, no momento da ação ou omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O art. 31 dava um entendimento genérico que deveria ser aplicado aos menores de 18 anos que entendessem o caráter ilícito ou pudessem determinar-se conforme esse entendimento. Isso convalidava o dispositivo específico que viria no art. 33 da mesma codificação.

Quem ficasse excluído desse entendimento, somente responderia às leis especiais, conforme o art. 34, já que ambos são dispositivos de mesma hierarquia. A regra do art. 31 é geral, não exercendo predomínio sobre a regra especial do art. 34, aplicada somente aos menores de dezoito.

Mas apesar do questionamento, isso pouco importa, pois o Código de 1969 não entrou em vigor na prática, em nosso ordenamento jurídico penal.

Do mesmo período, o Código Penal Militar trazia entendimento parecido ao Código comum, mas ao contrário desse, entrou em vigor. Somente foi revogado tacitamente pela Constituição Federal de 1988, que não recepcionou o art. 50, que determinava:

Art. 50 – O menor de dezoito anos é inimputável, salvo, já tendo completado dezesseis anos revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Neste caso a pena aplicável é diminuída de um terço a dois terços até a metade.

Como ambos os diplomas legais foram elaborados e entraram em vigor no mesmo período, sob o regime militar de 1964, não se sabe qual dos diplomas legais influenciou o outro.

Porém, enquanto o Código Penal não entrou de fato em vigor, definitivamente substituído pelo Código de 84 instituído pela Lei 7.209, de 11.07.84, o Código Penal Militar continuou a vigorar, mantendo o art. 50 até o início da vigência da Constituição Federal de 1988, que revogou esse artigo, pois afrontava o art. 228 daquele diploma⁷.

O Código de 1984 deu um novo tratamento para o tema menoridade, conforme seu art. 27, que determina:

7 CHAVES, Edgard de B. Jr. *Legislação Penal Militar*. 4ª edição, Editora Forense, 1986. págs. 127 – 129.

Art. 27 Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Este artigo afastou qualquer possibilidade de punição aos menores de dezoito anos, agindo ou não com discernimento, salvo por meio de legislação especial para os menores, que tradicionalmente levam em consideração um critério tutelar.

Nesse período, estava em vigência a Lei 6.697 de 1979, que estabeleceu como lei especial para tratar dos menores o chamado Código de Menores.

O espírito desta codificação especial para os menores infratores estabelecia uma série de avanços, além de punições mais brandas. Estas possuíam um caráter mais social e educativo, como pode ser observado pela composição do dano causado pelo menor, que poderia ser determinado pela autoridade competente ou pela liberdade vigiada prevista no artigo 38, presentes no Código de Menores.

Essa lei especial era apontada como a legislação que deveria ser adotada após o início da vigência do Código Penal de 84, para solucionar os problemas com menores infratores.

Naquele período, além dos avanços já apontados para o melhor tratamento desses menores, havia outros, como o cumprimento da medida de privação à liberdade, que deveria ser dado em local adequado e separado dos presos maiores de idade.

Dessa forma, o antigo Código de Menores cumpriu satisfatoriamente esse papel e, apesar de não ser o ideal, trouxe grandes avanços no tratamento do menor infrator.

Porém, em 1988, foi estabelecida uma nova norma constitucional, fruto de um esforço democrático muito grande. Nesse momento histórico, havia a necessidade de remodelar nosso ordenamento, enquadrando-o com a Constituição. Além disso, o Brasil precisava

acompanhar as convenções das Nações Unidas sobre a punição de menores infratores, referendadas por nós.

Assim surgiu uma nova lei que tratava vários temas sobre o menor, entre os quais, os delinqüentes. O Código de Menores que vigorou até 1990, foi substituído pela atual Lei 8.079, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto é o novo diploma especial que trata da responsabilização dos jovens infratores menores de dezoito anos, mas que devem responder por seus atos, conforme expressa previsão do Código Penal atual⁸.

8 PIERANGELLI, José H. *Processo Penal- Evolução Histórica e Fontes Legislativas*, 1ª edição, Editora Javoli. Bauru, 1983. págs. 28 - ss.

X.**TRATAMENTO DA MENORIDADE
EM OUTRAS LEGISLAÇÕES**

Em todas as nações, enfrentam-se problemas com a criminalidade, variando a intensidade, devido a fatores econômicos, sociais e culturais. Também todos os países padecem de problemas criminais com participação de menores. Isso também não ocorreu apenas neste período. Como já demonstrado historicamente, o comportamento apresentado pelo infrator juvenil já era punido, anteriormente com maior rigor, passando atualmente para uma punição mais branda, com um caráter educativo e ressocializador¹.

Se no passado, punia-se de forma severa, quando, por exemplo, um menor invadia pasto alheio para furtar, com o desenvolvimento dos institutos penais, passou-se a punir o menor, enquadrando-o em determinadas categorias etárias, de acordo com o seu grau de compreensão. Os que apresentassem pouco discernimento, não seriam punidos, pois eram equiparados aos loucos. Com um pouco mais de discernimento, receberiam uma pequena correção física e pecuniária. Se apresentassem suficiente noção de seu ato, responderiam com sua liberdade ou com a própria vida.

Após o contato realizado com o pensamento iluminista, como nos trabalhos de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, entre outros, que assolaram a Europa com idéias fundadas na liberdade e igualdade entre os indivíduos, independentemente de sua condição social.

1 Perrin, B. *La minorité pénales em Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle*, em H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.) « La problême de l'enfance délinquante », Paris 1947, págs. 28-59

Essas concepções foram transportadas para o direito, inspirando alguns autores do século XVIII, como o Marquês de Beccaria, o primeiro a ordená-las. Esse salto filosófico e cultural fez surgir uma corrente humanista dentro do direito penal, cujo impacto foi o de tornar a pena mais humana.

Com o desenvolvimento dos institutos penais dos séculos XIX e XX, a ciência penal fez substituir, paulatinamente, a brutalidade aplicada ao tratamento prisional por medidas correcionais mais brandas, voltadas para a reeducação do delinqüente.

Isso também foi implementado para os menores infratores, que passaram a receber, quando inimputáveis, o mesmo tratamento destinado à recuperação do infrator em geral. Mas havia uma separação entre os jovens e os criminosos mais velhos. Aqueles eram enviados para locais de menor rigor mais voltados para a reeducação, como os reformatórios juvenis.

A base para esse pensamento está na recuperação do indivíduo que ainda não formou por completo sua personalidade. Daí, aparentemente, fica mais fácil moldá-lo quando jovem.

Quando o Estado pune um indivíduo, há uma intenção principal de caráter preventivo, que serve de aviso para toda a sociedade, sobre as conseqüências impostas ao cidadão ao infringir suas normas jurídicas. O Estado age segundo esse entendimento, para garantir o exercício de sua soberania, já que a própria sustentabilidade do Estado é assegurada no momento em que as suas leis são cumpridas, evitando-se assim uma escalada de violência e desordem social generalizada.

Mas, infelizmente, a pena não é munida apenas com essa finalidade preventiva. Ela também possui um efeito secundário, de menor expressão, mas que possui referência na sua própria origem. Trata-se do aspecto ligado a vingança social. Tal concepção é tratada na forma retributiva ligada a pena. O delinqüente deve ser punido por quebrar as regras impostas pela sociedade, pouco importando

se o indivíduo, após um período de cumprimento da pena já está ressocializado, podendo retornar à vida social, ciente que não irá mais delinquir.

Caso a pena não possuisse esse retributivo, não haveria como explicar o motivo da permanência deste indivíduo que já está recuperado. A explicação para que ele não ganhe sua liberdade é que a pena ainda possui este aspecto primitivo, ligado a vingança.

Como o menor não tem plena capacidade de compreensão do fato e possibilidade de portar-se segundo esse entendimento, não deveria ser apenado. Mas, neste momento, ou seja, quando um menor infringe o ordenamento, ressurgem a discussão em torno das finalidades encontradas na pena.

A noção preventiva não foi alcançada, já que a norma foi desrespeitada. Mesmo assim, pune-se o jovem infrator, com a função de prevenir outros menores, a fim de que não sigam esse comportamento. Desta feita, a punição deve ser rápida e imediata para incutir no cidadão que o Estado pune e de forma eficaz. O caráter retributivo aparece quando o menor perde sua liberdade, independentemente da sua culpabilidade.

Pórem, atualmente as legislações criminais de vários países enfocam a pena por um lado educativo, na tentativa de reconduzir o menor para o seu retorno à vida em sociedade.

O ponto principal não se relaciona com o fato de punir ou não o jovem infrator. Atualmente, nas diversas legislações penais, há uma constante em tornar o menor inimputável, a partir de uma determinada faixa etária. Também é uniforme o entendimento que, mesmo inimputável, receberá uma punição, mas com um caráter educativo, com o objetivo de ressocializá-lo.

Mas a grande questão refere-se ao momento em que o menor passa a ter compreensão dos seus atos e porta-se segundo esse entendimento. Em outros termos, em que momento ele passa a ser imputável. Nesse caso, para se determinar a capacidade de culpabilidade

de do menor, deve-se recorrer a um dos sistemas utilizados para esse fim, tais como: o biológico, o psicológico e o misto.

Das várias legislações que punem os menores, algumas adotam o critério biológico, estipulando uma idade limite para a imputabilidade. Entre elas encontra-se nosso país, que torna imputável o indivíduo a partir dos 18 anos. Outras nações adotam faixas etárias diferente da nossa, segundo suas próprias conveniências, tais como: Cuba torna imputável o agente aos 16 anos; Espanha aos 16 anos; Uruguai aos 18 anos; Portugal aos 16 anos; México aos 18 anos.

Outros países condicionam a responsabilização do menor por um critério misto, segundo o qual até uma determinada faixa etária, não há responsabilidade. Na faixa seguinte, dependerá do discernimento apresentado. Nos Estados Unidos, em âmbito nacional, não se pune o menor de 07 anos. Acima deste limite, variável de Estado para Estado, dependerá do discernimento apresentado.

O critério puramente psicológico não comum para a maioria dos países é utilizado onde há o sistema do *commom law*, como no caso da Inglaterra, onde o discernimento está relacionado apenas ao momento da conduta, verificado por análise pericial.

Nas várias legislações que tratam da questão da imputabilidade do menor, encontram-se diversas idades e sistemas. Mas, em nenhuma delas, a idade foi fixada em âmbito constitucional. Isso facilita as nuances exigidas pela sociedade na correção do rumo social. No período atual, o número de menores infratores é pequeno diante do número de indivíduos que praticam ocorrências criminosas com uma idade mais madura. Mas isso pode se alterar e exigir modificações, que, na legislação ordinária, são realizadas com maior brevidade.

Eis algumas legislações que tratam da imputabilidade dos menores.

Código Penal do Uruguai
Art. 34 No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años.

No Uruguai, o atual diploma penal estabelece um critério atenuante na pena para aqueles que tem entre 18 anos e menor de 21 anos, previsto no seu artigo "**46, V. (Minoría de edad).- La edad, cuando el agente fuere menor de 21 años y mayor de 18**".

Note que o atual sistema penal no Uruguay é muito semelhante ao nosso código penal.

Código Penal do Paraguai

Art. 21. – Responsabilidad penal de los menores. Está exenta de responsabilidad penal la persona que no haya cumplido catorce años de edad.

O Paraguai adota o sistema biológico, com início da imputabilidade aos 14 anos.

Código Penal Alemão

§ 19 – Schuldunfähigkeit des Kindes Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist.

O código penal alemão torna imputável o indivíduo a partir dos 14 anos de idade. Mas há um **projeto de reforma** que passa a responsabilizar o agente a partir dos 18 anos, sendo que, dos 14 aos 18 anos, haveria a necessidade de aferir o discernimento do infrator para responsabilizá-lo, aplicando neste caso um regime especial de punição para o menor infrator².

Código Penal da Argentina

Regimen Penal de la minoridad

Artículo 1º. – No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años del edad. Tampouco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos com pena privativa de la libertad que no exceda de

2 CASABONA, Carlos María Romeo. Lo Derecho Penal Juvenil. Madri. 2003. Pag. 73-77.

dos años, con multa o con inhabilitación. (Ley 22.803).

Artículo 2 °. – Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere em delito que no fuera de los enunciados em el artículo 1°. (Ley 22.803).

Na Argentina, a responsabilidade penal prevista na legislação determina que a imputabilidade penal terá início aos 16 anos. Dos 13 aos 16 anos haverá punição educativa, sendo que a partir dos 16 anos, na ocorrência da prática de delitos punidos com penas privativas de liberdade que excedam dois anos, aplicam-se penas mais graves, sendo que tal critério se justificaria com base no endurecimento do rigor da punição para os crimes com maior gravidade para a sociedade³.

Código Penal da França

No capítulo 2, 122-8 temos: Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge.

Na Legislação francesa a responsabilidade adota um sistema misto, já que a punição somente se aplica a partir dos 10 anos de idade, mas nessa idade será adotado o critério do discernimento (psicológico).

3 RÍOS MARTÍN SALINAS, El Menor Infractor. Buenos Aires, 1999, pág. 67

Código Penal Português

Artigo 19º Inimputabilidade em razão da idade. Os menores de 16 anos são inimputáveis.

Portugal adotou uma posição etária, responsabilizando a partir dos 16 anos.

Código Penal Espanhol

Título primeiro – Capítulo II – De las causas que eximen de la responsabilidad criminal

Art. 19 – Los menores de dieciocho años no seán responsables criminalmente com arreglo a este código.

Cuando um menor de dicha edad cometa um hecho delictivo podrá ser responsable com arreglo a lo dispuesto em la ley que regule la responsabilidad penal e menor.

A legislação penal na Espanha adotou também o critério etário ou biológico, responsabilizando a partir dos 18 anos.

Código Penal Chileno

Art. 10 – Están exentos de responsabilidad criminal:

El menor de dieciocho años. La responsabilidad Art. decimoveno de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se N° 1 regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad juvenil.

Na legislação penal chilena, o menor de 18 anos e maior de 14 anos responde por uma legislação especial, sendo que a responsabilidade penal ocorre a partir dos 18 anos, usando o critério etário.

Código Penal Italiano

Artigo 97: Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni.

Pode-se notar que, nessas codificações, aparece o sistema biológico adotado na Itália.

Assim, pode ser observado por esse breve estudo comparado que as legislações penais adotam diferentes critérios para fixação da responsabilidade penal, critério biológico, misto ou psicológico, muitas vezes, remetendo o caso para algum tipo de lei especial para os menores.

Os países que estabelecem o critério de discernimento também isentam os menores a partir de uma determinada idade, ao fixar o discernimento acima desse limite, verificado durante os procedimentos investigativo ou processual.

O critério por discernimento reflete uma opção mais justa, já que possibilita a punição de indivíduos com uma capacidade normal de entendimento. No critério biológico, um indivíduo que está a um dia para adquirir essa capacidade não a tem. Mas, em questão de algumas horas, passará a ter. Isto acarreta um grande desconforto social, pois as ocorrências realizadas pelos imputáveis não são punidas, levando a produzir um efeito contrário à pretensão, ao demonstrar que o limítrofe pode desrespeitar o ordenamento sem receber a referida sanção.

As legislações adotadas especialmente para os menores tendem a ser mais brandas, primam pelo caráter educativo e social e, geralmente, de privar o menor de sua liberdade, que somente a perderá em caráter excepcional como a presença de periculosidade.

Já as penas aplicadas aos imputáveis cerceiam a liberdade do indivíduo, como regra, apenas deixando de fazê-lo nos casos em que o criminoso não apresenta periculosidade e o fato praticado constituir um delito de menor gravidade.

Também pode ser notada que em sua maioria, a partir dos 16 anos surge a responsabilidade penal.

XI.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei 8.079, veio dar um novo tratamento legal ao menor. Esse diploma legal está em consonância com o pensamento internacional, uma vez que consagrou as idéias trazidas pela Convenção sobre o Direito da Criança, ratificado pelo Congresso brasileiro em 1990, pelo Decreto 99.710 de 21.11.90¹.

Não foi somente essa Convenção editada pela Organização das Nações Unidas, que influenciou o legislador pátrio. Há também um conjunto de regras jurídicas internacionais que serviram de base para a formação do Estatuto. Tais regras foram discutidas com o objetivo de agir na prevenção da delinquência juvenil, bem como na proteção dos jovens delinquentes privados de sua liberdade.

Tudo isso foi tratado pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, conhecida como “Pacto de São José”. Em seu art. 19, dispunha:

Art. 19 – Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado.

Esse posicionamento jurídico internacional serviu de inspiração para a nossa doutrina aplicada aos menores delinquentes.

1 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Editora Saraiva. 3ª edição. 1996. págs. 12 – 179.

Dessa forma, foram introduzidos, na legislação tutelar do menor, os fundamentos da chamada teoria da proteção integral. Essa nova corrente de pensamento entende que o menor infrator deve ser assistido pelo Estado, devido a sua condição especial de desenvolvimento. Ele também deve ser amparado pela sua família e por toda a sociedade e, sempre que possível, com as melhores condições sócio-educativas para que a criança e o adolescente consigam integrar-se socialmente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o E.C.A., como é conhecido, adotou vários princípios para proteção do menor, em especial, o princípio da excepcionalidade da internação, princípio do desenvolvimento, princípio da brevidade da medida correccional, princípio das garantias processuais, princípio da prevenção geral e princípio da indisponibilidade dos direitos do menor.

A regra descrita no Estatuto é a de preservar o delinqüente, determinando medidas restritivas de sua liberdade em casos excepcionais, sempre objetivando a curta duração da medida, que deve ter sua necessidade constantemente verificada pela autoridade judicial que a determinou.

Nesse sentido, esse Estatuto foi elaborado, sobretudo, para reeducar o menor, ao afastá-lo da família e da sociedade em menos tempo possível. A internação será uma medida de caráter temporário e excepcional, aplicada em casos em que o menor apresentar um alto índice de periculosidade e sua internação for exigida para alcançar um melhor resultado em sua reinserção social.

Além de excepcional, a internação deve ocorrer por um breve período de tempo, sempre possibilitando a revisão da decisão aplicada pelo juízo da infância e da juventude. Ao jovem infrator devem ser oferecidas condições para alcançar seu completo desenvolvimento, daí o porquê de as medidas aplicadas exigirem o complemento de um acompanhamento educacional, psicológico e de assistência social. O procedimento judicial, envolvendo o menor

infrator, deve oferecer todas as garantias de ampla defesa, em conformidade com as garantias previstas pela Constituição e dispostas pelo Estatuto.

Essas novas idéias foram inicialmente consagradas na Constituição Federal de 1988, em seu art. 228, e depois foram levadas ao texto infraconstitucional. Isso fez com que houvesse a necessidade de criar um novo ordenamento jurídico com essas novas idéias, adequando-as ao novo ambiente constitucional. Assim, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse novo dispositivo legal substituiu a Lei 6.697, conhecida como Código de Menores, inspirada na doutrina da situação irregular, que dava ao jovem infrator um tratamento mais rígido, dissonante do texto constitucional.

O Estatuto não é um texto brando, ele determina que haja punição para todos os atos infracionais, mas a diferença dessa lei é o caráter da medida aplicada, que leva em consideração máxima a recondução social do menor. Essa nova lei pune os crimes e as contravenções praticadas. Porém, nem todos os menores de 18 anos sofreram uma medida de privação de sua liberdade. O art. 2º do Estatuto define quem deve ser responsabilizado. Há uma distinção a ser considerada na condição de criança e de adolescente, como se segue:

Art. 2º. Considera-se criança. Para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Isso faz com que uma criança, que não tenha completado doze anos, praticante de uma conduta infracional, não possa sofrer privação em sua liberdade.

Ela fará jus a uma das medidas de proteção, dentre aquelas previstas no art. 101 do Estatuto, conservando assim todos os direitos assegurados às crianças.

Esse critério adota um posicionamento biológico, ao tornar a criança, independentemente do ato praticado ou de sua gravidade, totalmente inimputável nessa idade. As medidas previstas no art. 101 são de caráter educativo, aplicadas às crianças, bem como as suas famílias.

Para os menores com 12 anos completos e que não chegam a completar 18 anos, com crimes e contravenções praticados, haverá a possibilidade da aplicação de medidas sócio-educativas. Tais medidas devem sempre respeitar os limites estabelecidos pelo Estatuto e aplicadas após a ocorrência de um amplo processo fundamentado. Devem estar presentes todas as garantias processuais que possibilitem a ampla defesa.

Essa lei contém uma graduação de medidas, respeitando o tipo de infração praticada, a periculosidade apresentada pelo menor e a forma como a infração foi realizada.

As medidas não podem perder a idéia de reinserção do menor infrator no convívio social, daí a preocupação em colocá-lo num ambiente educacional, com aprimoramento profissional e excepcionalmente privá-lo de sua liberdade.

Nessa linha de pensamento, o Estatuto somente levará à privação da liberdade em casos extremos. Essa restrição poderá ser aplicada até no máximo a idade de 21, quando estiverem presentes os requisitos do art. 112 do Estatuto, que assim determina:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;

- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Esse rol previsto pelo art. 112 é taxativo, pois foi elaborado dentro do espírito da atual Constituição de 1988, com enfoque nas medidas de caráter sócio-educativas, conforme já ocorria no antigo Código de Menores, mas agora com mais ênfase.

A advertência, segundo o art. 115 e prevista no art. 112, ambos do Estatuto, tem a natureza de censura verbal, dada por autoridade competente, desde que presentes os pressupostos de materialidade do fato e indícios suficientes de autoria. A advertência deverá ser reduzida a termo.

Isso será realizado dessa forma, para tentar infundir no adolescente uma espécie de temor imposto pelo exercício da atividade jurisdicional do Estado. Tudo isso indica o caráter educativo-preventivo que deve ser aplicado na reeducação do menor infrator, desde que ele apresente um menor potencial de periculosidade.

As medidas pertinentes à reparação dos danos causados pela conduta delituosa do adolescente e a prestação de serviços à comunidade estão em alinhamento com a mais moderna tendência criminal: a de educar o infrator de menor potencial, ao obrigá-lo a reparar o dano causado à vítima, além de ressarcir a sociedade como um todo.

Porém, se tais medidas não puderem ser satisfeitas pelo menor, deverá ocorrer uma substituição por outra medida factível. As tarefas sociais atribuídas ao menor devem levar em consideração suas habilidades.

Essa linha de pensamento é a mesma adotada no Código Penal atual. Todas as tarefas serão acompanhadas por um assistente social.

A liberdade assistida poderá ser empregada quando as circunstâncias ligadas ao delito e à gravidade da infração praticada pelo menor justificarem sua aplicação. Essa regra acompanha a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em seu artigo 40, editada pela Organização das Nações Unidas, em 1989.

Assim, o Estatuto acompanha um consenso mundial, com objetivo de acompanhar o menor em seu relacionamento social com a comunidade, para prevenir o retorno à delinqüência como menor ou na maioria penal.

Esse acompanhamento deverá ser realizado por profissional habilitado na área de assistência social. O acompanhamento poderá ser revisto em até seis meses e conduzir o menor para uma medida mais rigorosa ou até para a suspensão definitiva de qualquer forma de punição. O orientador irá monitorar o menor em seu ambiente familiar e escolar.

A semiliberdade é utilizada como medida de restrição à liberdade aplicada aos menores infratores com delitos sem violência à pessoa ou grave ameaça. Ela também pode ser aplicada aos casos de progressão de medidas, quando o menor ficou inicialmente internado. Ao apresentar melhora em seu comportamento, poderá passar pela semiliberdade, antes de ser colocado em liberdade assistida.

O juiz poderá fixar o cumprimento do regime de semiliberdade desde o início do cumprimento da medida sócio-educativa, em especial, para aqueles que não apresentarem um maior potencial para a reiteração na prática de novos delitos.

Essa medida tem um caráter sócio-educativo, pois o menor pode desenvolver atividades fora do estabelecimento de cumprimento, desde que receba autorização do juízo da infância e juventude.

O menor também será assistido por funcionários, com intuito de auxiliá-lo e a sua família, na tentativa de reinseri-lo num ambiente mais saudável, para que não retorne à delinqüência.

No máximo, o juízo competente poderá aplicar a semiliberdade por até três anos, sendo obrigado a rever seu posicionamento a cada seis meses. O delinqüente deverá ser colocado em liberdade ao completar 21 anos.

A medida de punição mais grave aplicada ao menor infrator é a internação em estabelecimento próprio para o exercício das finali-

dades estabelecidas pelo Estatuto. Essa medida priva integralmente o menor de sua liberdade e está prevista no art. 121 do Estatuto.

Sufrerá essa medida o menor que praticar ato infracional com grave ameaça ou com uso de violência à pessoa. Também poderá sofrer a internação aquele que praticar outros atos infracionais considerados graves ou descumprir reiteradamente outras medidas anteriormente impostas, demonstrando que seu comportamento não apresenta melhora.

Devido à gravidade da medida imposta ao menor, ela deverá ser revista a cada seis meses, para a sua manutenção ou envio do menor ao regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. A internação não poderá exceder o prazo de três anos e deverá obrigatoriamente regredir para um regime mais brando.

A internação poderá reter o menor até no máximo a idade de 21 anos, dependendo da gravidade do ato praticado e da periculosidade do indivíduo.

XII.

O TRATAMENTO DA MENORIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de uma nação compreende o conjunto de regras jurídicas que lhe são essenciais, pois tratam dos seus princípios e institutos fundamentais. Nela, são encontradas as bases para a existência e para o funcionamento de um Estado. Nossa Carta Constitucional segue um modelo escrito com sistematicamente todos os princípios fundamentais que nossa sociedade deve adotar¹.

A Carta Constitucional também estabelece o modelo legal rígido, pois utiliza procedimentos especiais para modificação dos preceitos constitucionais, diferentes daqueles utilizados para modificação das leis ordinárias.

Uma Constituição, a princípio, não foi elaborada para ser alterada num curto período de tempo. Por tratar apenas dos princípios mais fundamentais para o funcionamento do Estado, tais princípios acabam por tornar-se pouco mutáveis durante um longo prazo. Isso cria um fator de segurança jurídica, que acaba por inspirar o respeito às tradições defendidas por um Estado. Tudo isso contribui para que o processo legislativo constitucional possua uma tramitação repleta de fases, que levam a um procedimento longo e difícil, característica de sua rigidez².

1 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1996. págs. 7 – 16.

2 Bastos, Celso Ribeiro & Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição Federal do Brasil*. São Paulo. Saraiva, 1989. págs. 40 – 43.

Alguns tópicos da lei fundamental nem admitem qualquer forma de modificação, por tratarem de matérias que constituem garantias fundamentais para todo cidadão. Essas garantias imutáveis são denominadas de cláusulas pétreas. Seu fundamento legal está no art. 60, § 4º da atual Constituição, que determina:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.

As matérias de natureza residual, extremamente importantes, mas que não constituem o fundamento do Estado, são tratadas por leis ordinárias. Elas têm um procedimento legislativo mais simples, para possibilitar a rápida modificação, ao acompanhar as transformações sociais.

2. A PROTEÇÃO DO MENOR NA CONSTITUIÇÃO

Os menores de 18 anos foram protegidos pela norma constitucional, em seu capítulo VII, que trata dos temas ligados à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. O art. 228 da Constituição reproduz o teor encontrado no Código Penal, em seu art. 27, ao considerar o menor de 18 anos inimputável.

Como inimputáveis, devem estar sujeitos a uma proteção jurídica especial, ao invés de responderem por penas comuns. A norma constitucional descrita no art. 228 apresenta um tratamento especial para o menor, ao estabelecer que sua condição de inimputabilidade não pode ser alterada. Há, porém, a possibilidade de modificar tal posicionamento por meio de uma emenda constitucional?

As normas constitucionais podem ser objeto de modificações, desde que estas ocorram por meio de emendas. Mas, se a proteção

dada aos menores for considerada como uma garantia pétrea, qualquer mudança somente poderá ser operada por meio da elaboração de uma nova carta constitucional, já que isso levaria a uma alteração estrutural muito profunda.

3. A MENORIDADE PENAL COMO CLÁUSULA PÉTREIA

Uma garantia pétrea impossibilita qualquer modificação constitucional por meio de uma Emenda à Constituição. O legislador, para alterá-la, teria que iniciar um novo processo legislativo destinado à criação de uma nova carta constitucional.

Na atual Carta Magna, no art. 60, § 4º, há um impedimento para a reforma constitucional derivada em relação à forma federativa, do voto, da separação dos poderes e, em especial, para o tema da menoridade, as garantias e os direitos individuais do cidadão.

Esse artigo foi criado com a intenção de salvaguardar determinados tópicos considerados de extrema importância para o desenvolvimento da sociedade e evitar um processo de futuras transformações constitucionais. Não que a Constituição não deva acompanhar as transformações sociais, tanto que na maioria dos tópicos constitucionais, há a possibilidade de alteração por meio de emendas.

O legislador constituinte originário tem o objetivo de proteger determinados princípios originais, para garantir o espírito ideológico que ficará estampado nesta Constituição. Daí a importância dessa proteção quanto à imutabilidade das garantias relacionados no art. 60, §4º do texto constitucional.

Em relação ao nosso tema, deve-se destacar a proteção que o art. 60 deu em relação aos direitos e garantias fundamentais. Para José Afonso da Silva as garantias individuais *“são aquelas que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa de independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”*.

As garantias são determinadas pela sua condição instrumental e compreendem os meios adequados para que um indivíduo obtenha ou repare o direito que lhe é violado. Para sua proteção, o indivíduo também pode se socorrer dos remédios constitucionais para garantir a eficácia do cumprimento dessas garantias relacionadas na Constituição.

Já os direitos individuais podem ser entendidos como o conjunto legal das garantias individuais exercidas contra o Estado. Esses direitos são protegidos como cláusulas pétreas, para que o próprio Estado não possa modificar o seu conteúdo. O direito individual se destaca por apresentar um caráter declaratório ou enunciativo, cuja finalidade principal é a efetivação da proteção do conjunto de garantias fundamentais previstas na Constituição.

No texto fundamental, encontra-se a matéria sobre direitos individuais, descrita no capítulo I, do Título II. As garantias individuais estão relacionadas no elenco do art. 5º. Esse rol, com setenta e sete incisos, é muito extenso e alguns ainda apresentam algumas subdivisões. Mas, apesar da extensão, o número de garantias individuais não é taxativo, pois, no parágrafo segundo, há uma referência à possibilidade de existir em outras garantias espalhadas pelo texto constitucional, desde que decorram do regime adotado nesse texto, dos princípios expostos e decorrentes de tratados internacionais referendados por nosso país.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, ao relacionar-se o art. 5º, §2º e o art. 60, §4º, IV da Constituição, pode-se afirmar, com segurança, que podem existir outras garantias individuais, espalhadas pelo texto fundamental.

Tal entendimento já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, julgando ADIN 939-7/DF, considerando a possibilidade de existência de garantias individuais em outros artigos da Constituição Federal, fora os elencados no artigo 5º.

Mas, de acordo com o mesmo parágrafo 2º, as garantias esparsas devem estar relacionadas com o regime, os seus princípios ou tratados internacionais. O regime republicano, presidencialista e democrático não possui nenhuma relação com as garantias individuais, nem tampouco com os princípios genéricos internos e externos adotados pelo texto fundamental, descritos pelos arts. 1º e 3º.

Quanto aos tratados internacionais, o Brasil é signatário de diversas Convenções das Nações Unidas, muitas delas referendadas integralmente ou parcialmente pelo Congresso Nacional. Muitas dessas convenções tratam de matérias de cunho humanitário, ao garantir ao indivíduo vários direitos portadores de garantias individuais.

Dentre tais Convenções referendadas, podem ser destacadas aquelas em que o Brasil assume a posição de adoção da imputabilidade para os maiores de 18 anos, conforme o art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, que decreta, na condição de criança, os menores de 18 anos. As regras de Beijing também determinam que o menor praticante de delitos permaneça o menor tempo possível internado.

Para alguns intérpretes constitucionais, o inciso IV, do parágrafo 4º, do art. 60, cria uma condição genérica, que estenderia a noção das garantias e direitos individuais para além daquelas determinadas pelo art. 5º, ao possibilitar que essas garantias sejam encontradas em qualquer local dentro do corpo da Constituição.

Assim, além das garantias expressamente relacionadas no bojo do art. 5º, outras poderiam ser encontradas nos diversos capítulos da carta Constitucional. Isso faria com que tais artigos também fossem considerados portadores das mesmas garantias destinadas à proteção da matéria encontrada no art. 5º, o que acarretaria na

extensão da proteção, permitindo a esses outros arts. a garantia da imutabilidade, ao considerá-los como cláusulas pétreas.

Essa concepção, porém, é discutível, já que não está expressa na própria Carta. O parágrafo 2º, do art. 5º da Lei Fundamental, dispõe de outras garantias fundamentais, além daquelas estabelecidas no próprio artigo, dispersas no bojo da Constituição. Mas, como mencionado, desde que tenham relação com o regime, os princípios e tratados. Contudo, nem sempre que o texto constitucional tratar de um tema de interesse individual, estaríamos perante uma garantia fundamental para o indivíduo.

No art. 5º, em vários de seus incisos, encontram-se descritos aspectos relacionados com a matéria penal, como a adoção do princípio da anterioridade, os ligados à punibilidade, entre outros temas. Mas o legislador constituinte deixou de fora o problema da responsabilidade dos menores de 18 anos, no Título VIII, capítulo VII, que trata de assuntos ligados à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

Independente da localidade do tema na Constituição, esse tópico da minoridade poderia ser compreendido como uma garantia individual, desde que cumpra as determinações estipuladas pelo parágrafo 2º, do artigo 5º. O legislador, ao não incluí-lo no conjunto de matérias de cunho penal dispostas no art. 5º, teve a intenção de deixar fora da proteção da imutabilidade, a questão da punição do menor, ciente de que, ao colocar tal questão nesse artigo, não haveria possibilidade de retorno por meio de emendas.

O legislador constituinte teve o escopo de proteger o cidadão da aplicação de algumas formas de penas que o Estado poderia, em um momento histórico futuro, instituir. Dessa forma, a Constituição impede a adoção da pena de morte, da prisão perpétua, entre outras formas (Art. 5º, XLVII).

Nesse ponto, depara-se com duas possibilidades: na primeira, temos o art. 228 protegido como cláusula pétrea, ao impedir qualquer alteração por emenda, encerrando a discussão sobre a possibilidade de punição dos menores na vigência desta Constituição.

O fato de a matéria estar tratada no capítulo reservado para temas ligados à família não retiraria o caráter pétreo dessa garantia individual, pois as garantias individuais podem estar dispersas pelo texto constitucional, bem como o aspecto da menoridade estar relacionado com o tema central desse capítulo.

Em uma segunda possibilidade, tem-se o art. 228, propositadamente, excluído dos tópicos penais tratados pelo art. 5º. A intenção expressa do legislador original, considera que, se a inimputabilidade do menor de 18 anos não pode integrar o rol das garantias individuais do cidadão, já que depende de fatores sociais e históricos futuros, o Estado poderia alterar a capacidade penal e permitir a punição dos menores de 18 anos.

Dessa forma, como o art. 228 não seria visto como uma garantia individual, ficaria fora da proteção pétreua auferida para esse tipo de garantia, abrindo a possibilidade para uma futura alteração por meio de um procedimento de emenda. Mas por que o legislador constituinte não enquadrou a questão do menor no art. 5º, que trata de uma série de condutas estatais de natureza punitiva? O fato de os menores de 18 anos serem considerados inimputáveis, portanto com desenvolvimento mental incompleto, não pesa nessa condição, já que se verificara que o Código adotou um critério biológico passível de ser alterado caso as condições atuais permitirem.

O art. 228 garante um tratamento diferenciado ao menor de 18 anos, pois ele estaria sujeito a uma legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal medida tem forte caráter social, já que constituiria numa garantia individual ressocializadora, condizente com o capítulo VII, que também trata de assuntos do adolescente, além disso, no art. 60, §4º, IV, foi intenção do legislador proteger as garantias individuais, que, combinadas com o tema do artigo 5º, em seu parágrafo segundo, estende a possibilidade de um tratamento especial para os problemas relacionados com a criança, figura prioritária da imple-

mentação de políticas públicas do Estado. Isso possibilitaria a proteção do art. 228, pois funcionaria como uma garantia fundamental, mesmo fora do art. 5º da Carta Fundamental.

4. PROJETOS DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE IMPUTABILIDADE DO MENOR DE 18 ANOS

Como o tema sobre a menoridade penal não está relacionado expressamente como uma garantia fundamental, foram apresentados projetos de emendas com o objetivo de diminuir a idade de imputação penal.

Já foram propostas junto a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, deenas de projetos sobre a menoridade penal, alterando o artigo 228 da Cosnstituição Federal. Dois deles foram separados, pois representam as duas formas de abordagem para a modificação do art. 228, que o atual legislador deseja realizar. Dessas duas formas de modificação, uma mantém o sistema biológico, ao reduzir a imputabilidade penal, que passará a atingir os indivíduos de 16 anos.

Na outra, há um retorno à posição jurídica penal adotada antes da vigência do Código Penal de 1940, que empregava o sistema biopsicológico, ao exigir a identificação do discernimento do menor para sua punição.

“Proposta de Emenda à Constituição n.º 171/1993

Este projeto altera o artigo 228 da Constituição Federal de 1988, que passa a vigorar:

Artigo 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

“Proposta de Emenda à Constituição n.º 37/1995

Altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 60 da Constituição Federal e promulga a seguinte Emenda ao texto constitucional.

Artigo 1º O artigo 228 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

Artigo 228

Parágrafo único: Nos casos de crimes contra a vida ou o patrimônio, cometidos com violência, ou grave ameaça à pessoa, são inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da Legislação especial.

Artigo 2º Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.”

“Proposta de Emenda à Constituição nº 91/1995

Altera o artigo 228 da Constituição Federal e reduz para dezesseis anos a imputabilidade penal.

Artigo 1º - O artigo 228 da Constituição Feral passa a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Parágrafo único – Os menores de 18 e mais de 16 são penalmente imputáveis quando constatado seu amadurecimento intelectual e emocional na forma da Lei.

Artigo 2º - Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.”

Os projetos apresentados demonstram o inconformismo demonstrado pela sociedade em não aceitar a ausência de punição ao jovem infrator, especialmente daqueles praticantes de delito com uso de violência.

Além dos referidos projetos de Emenda à Constituição de iniciativa da Câmara dos Deputados, há outros 14 projetos que fazem referência a redução da maioria penal para no patamar de 16 anos, todos apensados junto ao PEC 171/1993. São eles: PEC 301/1996; PEC 531/1997; PEC 68/1999; PEC 133/1999; PEC 150/1999; 167/1999; PEC 169/1999; PEC 633/1999; PEC 260/2000; PEC 377/2001; PEC 582/2002; PEC 64/2003; PEC 179/2003 e PEC 272/2004.

O projeto de Emenda 321/2001 modifica o artigo 228 da Constituição, introduzindo o sistema psicológico. Neste caso o menor infra-

tor seria responsabilizado penalmente se apresentasse periculosidade, essa apurada por meio de avaliação psiquiátrica ou psicológica.

No projeto de Emenda 242/2004 adota-se um patamar diferenciado dos demais projetos, utilizando 14 anos para fixação da maioridade penal.

Já o projeto de Emenda 386/1996 torna imputável o maior de 16 anos que pratique crime contra o patrimônio ou crime hediondo.

No Senado temos os seguintes projetos de Emenda: 18/1999, 25/1999, 593/1999 e 26/2002. Esses 4 projetos seguem a mesma linha da maioria dos projetos aqui apresentados, diminuindo a maioridade aos 16 anos.

Os projetos de Emendas 171/1993, 37/1995 e 91/1995, reproduzidos integralmente, bem como nos demais, tratam da redução do critério de imputabilidade fundado na idade. Dois deles adotam o marco de 16 anos, considerando o indivíduo intelectualmente capaz e com discernimento.

O primeiro projeto propõe a idade limite para fixação da competência penal aos 16 anos, independentemente da natureza do delito praticado. Nesse caso, há um endurecimento, mas ao adotar a punibilidade independentemente do delito praticado, demonstra a adoção de um princípio igualitário. Além disso, respeita o princípio preventivo geral que a norma jurídica penal possui.

O segundo projeto reduz a capacidade penal para 16 anos quando o agente pratica delitos contra a vida e o patrimônio, com uso de violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse caso, o legislador diminuiu a capacidade penal para proteger a vida e a integridade física da vítima, pois na prática do roubo, além do patrimônio, a vítima também fica exposta à violência. Esse tipo de delito vem apresentando um crescimento, o que explica a posição do projeto.

Ao isentar outras formas delituosas, que serão tratadas pelo E.C.A., suscitam uma tentativa de recuperação do jovem infrator, pois a internação tem um caráter mais social e educacional.

Na terceira proposta, o legislador apresenta uma concepção que demonstra um retorno ao sistema biopsicológico já adotado pelas codifica-

ções penais anteriores ao Código Penal de 1940, bem como evidencia uma aproximação com as legislações penais utilizadas por outras nações.

O critério do discernimento sempre traduz uma concepção mais justa, porque afasta da punibilidade o inimputável sem condições de compreender e portar-se em conformidade com a determinação expressa numa norma jurídica. O projeto ainda pune o agente, independentemente da natureza do delito, revelando uma preocupação com o caráter preventivo, presente nas normas penais.

Contudo, quando se condiciona a responsabilidade penal, segundo o critério do discernimento para sua determinação, não se pode deixar de considerar em que idade o indivíduo apresenta seu discernimento, já que o projeto isenta de punição os menores de 16 anos, confirmando aí o critério biológico, mas esquecendo que um jovem que está para completar esse limite pode apresentar discernimento, o que levaria a uma nova discussão, quando os limítrofes começassem a praticar novos delitos. Essa questão, já abordada no desenvolvimento histórico da menoridade deste estudo, já existia na legislação romana.

O que ficou um pouco à margem em toda esta discussão é a coerência do legislador originário ao determinar, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o estabelecimento de uma internação sem natureza punitiva, mas com o propósito de reeducar o jovem praticante de delitos graves. Se algo apresenta imperfeições, é a execução dos meios para recuperar o jovem infrator, tal qual nas falhas para a ressocialização do delinqüente imputável.

Uma justificativa apresentada para responsabilizar o menor de 18 anos, tem fundamento no direito de voto facultativo dado ao jovem de 16 anos, conforme o Projeto de Lei 127/99, apresentado na Câmara dos Deputados, estabelecendo como fundamento da maioria o direito ao voto.

Ao poder exercer o direito ao voto, apresentaria o jovem uma maior maturidade, apresentando então uma maior capacidade de entendimento dos fatos sociais que estão a sua volta, tornando-se passível de ser responsabilizado penalmente.

Tal argumento, no entanto, não possui nenhum fundamento jurídico e deve ser desprezado, já que a capacidade penal nada tem a ver com o direito que o indivíduo tem em exercer um ato de cidadania, expresso pelo direito de votar.

O direito de votar para o menor de 18 anos nem ao mesmo é obrigatório, não servindo para aferir a capacidade de entendimento do jovem.

Pior ainda são aquelas justificativas amparadas no seguinte argumento: como o jovem pode iniciar sua vida laboral aos 16 anos, apresentaria discernimento suficiente para ser responsabilizado criminalmente. Esta visão, sem nenhum fundamento jurídico confunde a capacidade para ser empregado com a capacidade para ser responsabilizado penalmente, que são completamente diferentes, já que o direito penal exige uma maior capacidade do indivíduo no sentido de agir segundo as normas penais, do que o grau de entendimento aplicado às normas trabalhistas.

Daí, não há nenhum contra-senso, se o jovem, menor de 18 anos, que pode trabalhar segundo a Consolidação das leis do Trabalho, ao causar um acidente culposa ou dolosamente, poderia ser dispensado por justa causa, mas seria isento de responsabilidade criminal. Nesse caso, sempre seriam aplicadas as normas trabalhistas, pois o indivíduo tem a capacidade jurídica para esse ramo do direito. Mas não há capacidade penal, restando sempre o emprego das medidas educativas previstas pelo E.C.A., estimulando a natureza corretiva desse jovem, sempre presentes nas sanções punitivas aplicadas aos inimputáveis.

Nas justificativas apresentadas acima, elas não refletem o pensamento filosófico penal, construído dentro de conceitos técnicos. Elas surgem na concepção do leigo, que clama pela resolução imediata do problema, sem se importar com o formalismo jurídico presente na técnica penal. Mas o anseio social é a mola propulsora dos projetos legislativos apresentados nesse trabalho. Os projetos não refletem um pensamento jurídico penal, mas possuem uma expressão política, que agrada a sociedade ansiosa pela punição dos menores infratores.

Enquanto que o direito infra-constitucional fica mais vulnerável às oscilações sociais, que é uma das suas características, o direito constitucional garante uma maior proteção aos institutos jurídicos que lhe são submetidos. Neste sentido é que as garantias constitucionais são especialmente importantes, já que servem para impedir mudanças que venham prejudicar o direito do indivíduo, sobretudo nas garantias individuais.

Mesmo no E.C.A. já há uma tendência de modificar sua própria essência, a natureza de sua internação, como medida excepcional e temporária. Já se tem projetos modificando o período ou a maneira de aplicar a internação dispensada ao menor infrator.

Assim, nos Projetos de Lei 5035/2001, 5036/2001 e 5037/2001, estão presentes alterações no período de internação, aumentando-o para 8 anos no primeiro projeto. No segundo, haveria a exclusão da liberação do menor infrator aos 21 anos em caso de morte da vítima, passando a cumprir a pena aplicada ao crime por inteiro. No terceiro projeto, o menor seria punido com a mesma dosimetria das penas aplicadas ao imputável, passando a cumprir a pena em estabelecimentos comuns após completar 21 anos.

Nos três projetos de Lei o retrocesso é ainda maior, já que ferem os princípios formadores do E.C.A., além de todos os acordos internacionais firmados pelo Brasil sobre proteção ao menor infrator.

Recentemente, no ano de 2007, foi aprovado projeto de Emenda Constitucional reduzindo a capacidade penal para 16 anos, quando o menor pratica tráfico de drogas, tortura, terrorismo e crimes hediondos.

Tal projeto estabelece a necessidade do juiz nomear uma junta, formada por especialistas, para determinar a capacidade do menor de entender o caráter ilícito de sua conduta, fazendo com que haja um retrocesso ao sistema bio-psicológica, sendo que o projeto não estabelece quem fará parte dessa junta e sua quantidade.

Se o menor for considerado capaz, será responsabilizado, mas cumprirá a pena em estabelecimento prisional separado daqueles que já tem 18 anos.

Até o momento todas as propostas foram adensadas a PEC 171/93 e o projeto até o momento não foi votado, apesar da forte pressão midiática e social.

XIII.

CAUSAS EXTRAPENAIS QUE INTERFEREM NA QUESTÃO DA MENORIDADE PENAL

A natureza dos estudos das causas que levam o menor a praticar uma conduta delituosa não é de competência direta do Direito Penal. Tal estudo é desenvolvido pela sociologia forense, pela psicologia e psiquiatria forenses e pela criminologia forense, que apontam as causas, o tratamento, o critério para execução, entre outros tópicos.

Cabe aqui uma breve visualização de alguns pontos não relacionados com a matéria penal, mas influenciadores das conclusões deste estudo.

Nenhum indivíduo normal possui uma condição natural voltada para a consecução de práticas delituosas, assim, o menor também não tem uma natureza voltada para o crime. Nesse ponto, não serão acatados os ensinamentos da escola positiva criminológica. Também não fundamenta o desvio de conduta apresentado pelo menor infrator, com base na presença de uma anomalia psíquica, conforme a escola socializadora¹.

Na verdade, a maioria dos casos de delinqüência praticada por qualquer indivíduo tem um fundamento social. Em recente pesquisa editada pelo Ministério dos Direitos Humanos, sobre a letalidade infanto-juvenil: Dados da violência e políticas públicas existentes, em 2018. O número de adolescentes que cumprem medidas socioe-

1 Perrin, B. « *La minorité pénales em Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle*», em H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.) « *La problème de l'enfance délinquante*», Paris 1947, pág. 22)

ducativas em meio fechado representa apenas 0,1% da população entre 12 e 18 anos no país. A maior parte dos internos - 95% do total - é do sexo masculino e mais da metade (56%) são negros. Em relação à faixa etária, 56% dos adolescentes têm 16 e 17 anos. A faixa etária de 12 a 13 é a que possui o menor quantitativo, com apenas 2%. Destaca-se que o período máximo de internação é de três anos, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O levantamento foi produzido com base nas informações enviadas pelos estados referentes ao dia 30 de novembro de 2014 (pág. 26 do relatório).

Quase 70% desses menores infratores que cumprem internação, praticaram roubo e tráfico de drogas, na sua grande maioria, adolescentes do sexo masculino.

Dados do IPEA de 2003 determinam que: Dos jovens infratores, 51% não frequentavam a escola, sendo que, conforme dados do censo penitenciário divulgado em 2002, encontramos 87% dos detentos em penitenciárias estavam na condição de analfabetas funcionais, que não compreendem textos ou sabem escrever corretamente. Logo, a miséria social e cultural, resultado de uma degradação social e econômica, é uma das causas prováveis que levam qualquer indivíduo a praticar delitos².

Um elevado número de pessoas que estão na vida criminosa iniciou sua delinquência enquanto menores. Dados do censo penitenciário informam que cerca de 26% dos criminosos que cumprem regime disciplinar diferenciado, destinado a presos de alta periculosidade, são egressos da Fundação CASA. Daí a importância de reconduzir o menor infrator para uma vida em sociedade, tentando reeducá-lo.

Isso se torna impossível diante da degradação do sistema de internação do menor em todo o Brasil. Tornou-se uma conduta

2 www.febem.sp.gov.br

corriqueira, na FEBEM de São Paulo, os motins de menores, como também em outras instituições estaduais destinadas a menores no Brasil. As más condições de tratamento a que esses jovens são submetidos jamais os levarão aos objetivos defendidos pelo E.C.A., da forma como essa Lei foi idealizada, nem estavam no escopo jurídico dos vários diplomas legais internacionais que serviram de base para sua criação³.

Dados do IPEA mostram que houve um pequeno aumento de delitos graves praticados pelos menores. Assim, de 2011 a 2013, haviam praticado roubo 39,9% a mais, 08,75%, delitos que provocaram como resultado a morte, 0,94% de lesões corporais graves, 23,55% de tráfico de drogas e 1,93% de latrocínios.

Segundo o censo penitenciário elaborado pela Secretária da Administração Penitenciária, 15% dos presos em regime fechado são egressos da FEBEM⁴.

A degradação de algumas famílias, a crise nos valores morais, a má distribuição de renda, os problemas educacionais, a ausência de lazer, o uso de álcool ou drogas, o desemprego, em síntese, essas situações sociais são as origens da prática de delitos em qualquer idade. A sociedade discute mudanças imediatas, mas se esquece de combater as causas geradoras desse desequilíbrio.

Muitas legislações punem os menores como imputáveis descon siderando seu estado de imaturidade psicológica, tornando-o inapto para total compreensão dos fatos sociais, já que o indivíduo médio, em torno dos 5 aos 12 anos encontra-se na fase da sociabilização.

Nesta etapa da vida, formadora de sua personalidade social, são de grande importância os círculos de amizade e o familiar. Bem neste período de formação do jovem, haveria a necessidade de grandes investimentos na área de educação dentro e fora do lar.

3 idem

4 www.admpenitenciaria.sp.gov.br.

Mas, justamente neste período, muitas famílias não dão a atenção necessária, devido a problemas laborais, passando a educação de seus filhos para a escola, que nem sempre cumpre esta tarefa adequadamente⁵.

Estudos indicam que a fase da adolescência, caracterizada pela transição entre a fase da infância e da maturidade, tem início geralmente entre os doze anos para os homens e onze para as mulheres. Neste período ocorre o término do crescimento físico, bem como, surgem o início do desenvolvimento sexual, a noção completa sobre a sua realidade e um relacionamento social mais amplo. A maturidade completa, marcando o início da idade adulta, ocorre com cerca de 18 anos⁶.

Apesar de a noção da diferença entre o bem e o mal ter início no limiar da infância, com 1 a 2 anos de vida, o menor somente passará a desenvolvê-la por completo na adolescência, quando adquirir uma forma abstrata de raciocínio, capaz de conhecer e discutir os valores morais, atingindo a plenitude ao passar para a maturidade⁷.

5 Freedman, A.M. Compendio de Psiquiatria. Barcelona.1978. págs. 636 – 638.

6 Davidoff, L.L. Introducción a la Psicología. 3ª edição. México, 1989. págs. 473 – 481.

7 PIAGET, J. *El criterio moral em el niño* ». trad. de N. Vidal, Barcelona,1971. págs. 337 – 342.

XIV.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como objetivo responder se a faixa etária atual escolhida como patamar para aplicar o instituto da menoridade penal pode ou não sofrer alteração, baixando dos atuais 18 anos.

Para responder tal questão o tema foi abordado qualitativamente, utilizando o método de pesquisa exploratório, com o uso de referencial bibliográfico nacional e internacional sobre o tema.

Os problemas penais do menor não estão sendo vivenciados somente neste período da história, mas estão presentes na sociedade desde a sua criação. O indivíduo, ainda em estado de formação, é capaz de agir intempestivamente, daí a possibilidade de praticar atos infracionais. No passado, ele os praticava, e o faz atualmente e certamente irá fazê-lo no futuro. O que levará a uma diminuição dessa condição é o investimento da sociedade nos aspectos educacional e cultural, com intuito de minimizar a violência crescente que a assola.

A prática de atos ilegais também não fica restrita apenas aos países com problemas econômicos, mas também está presente nas sociedades desenvolvidas economicamente. No Brasil, a situação da criminalidade juvenil é preocupante, mas não há ainda uma necessidade de medidas legais impensadas, já que a porcentagem de menores delinquentes em comparação com a totalidade de infratores é de cerca de 10%, índice menor do que aquele encontrado em escala mundial que é de 11,6% dos infratores. (www.fundacaocasa.sp.gov.br)

Pelo aspecto doutrinário, a imputabilidade e a inimputabilidade devem realmente ser consideradas como elementos da culpabilidade.

de. Isso porque a culpabilidade gera seus efeitos antes que os demais componentes ou elementos atuem sobre o delito. Se um indivíduo não entende a ilicitude de sua conduta e não consegue agir conforme esse entendimento, não haverá culpabilidade, uma vez que esse mesmo indivíduo é inimputável. Já que esse indivíduo age, mas sua atuação não tem conteúdo valorativo, existirá nele vontade ou finalidade, mas sempre sem compreensão do alcance de sua conduta.

Das formas de imputabilidade apresentadas neste trabalho, a menoridade é a única que não apresenta o padrão existente nas demais excludentes da culpabilidade, já que, enquanto nas outras excludentes, exige-se a verificação da capacidade de compreensão do agente, mediante perícia médica, na menoridade o mesmo não ocorre.

Na menoridade, ao empregar-se o sistema biológico, o legislador pátrio fixou um critério absoluto, que independe de verificação do discernimento do indivíduo, no momento em que este pratica uma conduta delituosa.

O sistema biológico também é utilizado por outras nações, como ficou brevemente evidenciado no presente trabalho, ao compararem-se outras legislações penais com a nossa. A primeira legislação penal elaborada no Brasil que trazia o critério biológico, foi a Lei Orçamentária 4242 de 1921. Já a primeira codificação que adotou esse critério foi a Consolidação das Leis Penais de 1932.

O sistema biológico não foi adotado em todas as codificações penais de nossa história, mas estava presente na maioria dos diplomas. Esse é o sistema adotado no atual Código Penal. Foram alteradas apenas a faixa etária que serve de patamar para fixar a imputabilidade penal da inimputabilidade, em relação à menoridade.

O critério biológico evita a ocorrência de problemas jurídicos que estariam presentes se o sistema utilizasse a noção do discernimento, como já ocorreu nas codificações de 1830, 1890 e 1969, as duas últimas duramente criticadas em sua época. Isso porque será

considerado inimputável aquele que não possui a capacidade penal exigida pela lei, que é fixada pelo critério da idade.

No sistema biopsicológico, que utiliza o critério do discernimento na realização da conduta delituosa, adotado em especial nas legislações penais de 1890 e 1969, nelas havia a necessidade de apurar se o agente tinha compreensão ou não dessa sua conduta ao praticá-la. O discernimento somente seria apurado com o uso de exames periciais, que poderiam conter erros na prática da aferição, bem como causariam demora na aplicação da pena, já que o julgador aguardaria a elaboração da perícia.

A Codificação de 1830 adotava o critério biopsicológico, mas apenas para aplicar uma punição ao menor de 14 anos, levando-o para uma casa de correção, onde este era submetido a uma condição especial de tratamento, semelhante ao que adotamos hoje no Estatuto da Criança e do Adolescente.

As críticas ao modelo biopsicológico ocorreram após a adoção do Código de 1890, conforme exposição deste trabalho, o que resultou no insucesso do Código de 1969.

Como alguns dos projetos de lei modificando o instituto da menoridade são apresentados neste trabalho, sendo que em um deles há referência sobre o uso do critério biopsicológico, usando o discernimento como fixador da punição, há a possibilidade da ocorrência dos mesmos problemas técnicos apontados na conclusão, como já ocorreu em nossa história penal.

O atual sistema biológico não é o responsável pelo aumento das infrações penais praticadas pelo jovem, menor de 18 anos, na verdade são outros fatores que levam à delinquência juvenil, fatores estes muito mais ligados à sociologia do que ao direito.

Não é a tolerância legal que, em decorrência da condição especial a que o menor está sujeito, devido a sua incapacidade penal, a responsável pelo aumento dos casos de delinquência juvenil ou da prática de delitos violentos praticados pelo menor ou com a sua participação.

As condições legais que sujeitam a punição do menor infrator não trazem prejuízos para a sociedade, já que o menor infrator responde segundo leis especiais, que traduzem a maior premissa existente em qualquer forma de punição aplicada pelo Estado, em nossa época: seu caráter social. Se esse fundamento não estivesse presente, bastaria exterminar o indivíduo que não se portasse segundo o ordenamento jurídico, para resolver o problema da criminalidade. Mas, ao contrário, tenta-se educá-lo, para que retorne ao convívio social e não volte a delinquir.

Contudo, o sistema biológico gera um desconforto social, em especial na atualidade, na medida em que a faixa adotada como patamar entre a imputabilidade e a inimputabilidade está nos 18 anos.

Os estudos sobre a maturidade juvenil demonstram que, ainda hoje, mesmo com a presença do grande desenvolvimento educacional, tecnológico e social, ainda sim o jovem somente terá plena maturidade na faixa dos 18 anos, e que é coerente com a postura adotada pelo atual Código Penal, em consonância com o entendimento das áreas da psicologia e da psiquiatria.

Hoje, verifica-se, pelos estudos das áreas da psicologia e psiquiatria, que o pleno desenvolvimento lógico e moral do homem ocorre próximo ao final da adolescência, geralmente em torno dos 18 anos de idade. E mesmo que o jovem seja levado a assumir, de forma prematura, alguns aspectos sociais, como o trabalho ou a constituição de uma família, ainda assim, não estará completo seu desenvolvimento intelectual e moral.

Quando se compara a capacidade penal à possibilidade de o jovem de 16 anos votar, o fato por si só não serve para demonstrar a capacidade de compreensão do jovem. No momento em que o jovem decide participar de um processo eleitoral, é porque ele apresenta condições de aferir sua vontade, ao escolher entre diversos discursos políticos e observar a posição política dos candidatos. Mesmo exercendo seu direito ao voto, manifestando um grau de discernimento, ele não está ainda plenamente desenvolvido nessa idade.

Além disso, não demonstra maturidade o fato de o jovem de 16 anos poder iniciar sua vida civil, solicitando sua emancipação ou começando a trabalhar como empregado. Tais fatos por si só não servem para demonstrar sua plena capacidade, mas certamente comprovam que o jovem da atualidade não é o mesmo que aquele de 1940. Dessa forma, esse adolescente não demonstra total compreensão dos fatos sociais, mas está apto a responder por sua conduta em uma legislação especial, destinada aos menores que pratiquem infrações.

Em outras legislações penais, são encontrados vários exemplos de faixas etárias, modelos de responsabilização do menor infrator, atendendo os interesses sociais e os critérios do direito.

Mas em todos os casos abordados neste trabalho, entre outros relacionados na bibliografia estudada pelo autor, não há um tratamento constitucional para a minoridade penal, isso ocorre apenas em nossa Constituição Federal de 1988.

Entretanto, como o nosso legislador não tratou da minoridade apenas no ordenamento ordinário, que permite uma rápida adequação do instituto em relação a uma realidade social, preferindo engessar o tema, protegendo-o como norma constitucional.

O espírito do legislador constituinte de 1988 estava ligado a um profundo temor em relação aos regimes de exceção, já que acabava de se encerrar o movimento iniciado em 1964, que governou o país até 1984. Esse temor gerou uma carta constitucional repleta de direitos e garantias individuais, dotando o cidadão de várias e importantes garantias penais.

Isso possibilitou que a matéria penal sobre a minoridade ficasse protegida, pois o art. 228 da Constituição determinava a imputabilidade penal a partir dos 18 anos. Em caso de mudança, somente poderia ocorrer através de emendas constitucionais, procedimentos legislativos bem mais complexos do que aqueles usados para alterar leis ordinárias.

Se isso ainda não bastasse, o Brasil assumiu compromissos internacionais, reconhecendo a inimputabilidade ao menor, bem como garantindo tratamento especial ao menor, tanto que foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente para cumprir essa finalidade. Isso fez com que a menoridade penal passasse a ser considerada uma garantia individual, impedindo qualquer modificação do texto fundamental, protegendo a menoridade pela imutabilidade pétreia.

Conforme os arts. 5º, §2º e 60, §4º, inciso IV, as cláusulas pétreas podem estar espalhadas pelo texto constitucional, sendo que, em uma das hipóteses levantadas, não há possibilidade de modificação do texto constitucional, nos casos de tratados internacionais referendados pelo Congresso Nacional. Essa parece a única possibilidade que impediria qualquer forma de alteração do limite constitucional da inimputabilidade para os menores de 18 anos.

Vários são os defensores da inclusão do art. 228, como uma garantia individual, tal qual as dispostas no art. 5º. O fato de o art. 228 ter sua colocação no capítulo destinado ao jovem e à família não afeta a proteção pétreia, pois esta pode ocorrer em todo o texto constitucional. A inclusão da menoridade no capítulo VII, do título VIII, da Constituição está relacionada com a proteção conferida ao menor, como indivíduo e membro da instituição familiar.

Tal interpretação é condizente com uma análise sistemática dos arts. 5º, §2º e 60, §4º, inciso IV, que condicionam a existência de direitos e garantias individuais esparsas, desde que tenham relação com o regime, os princípios constitucionais ou tratados, para daí gozarem de proteção como cláusulas pétreas.

Os tratados internacionais referendados pelo Brasil não impõem uma idade fixa para a inimputabilidade, nem mesmo faziam referência a idade limite de 18 anos, mas recomendam o respeito à condição dos menores, pois estes não estão totalmente desenvolvidos mentalmente.

Assim, ao fixar esse limite para a capacidade penal aos 18 anos, o legislador constituinte estava de acordo com o espírito dos tratados internacionais confirmados por nosso país, mesmo que tais tratados não tenham adotado uma idade mínima.

Dessa maneira, todos os projetos de lei alterando o art. 228 da Constituição Federal de 1988 perdem completamente seu sentido, visto que a matéria não poderia sofrer alteração por meio de emendas constitucionais, sendo que as mesmas deveriam ser barradas na Comissão de Justiça do Congresso Nacional.

Outrossim, é pacífica a posição do Supremo Tribunal Federal em considerar inviável qualquer alteração da minoridade penal, considerando o instituto definido no art. 228 da Constituição Federal, como cláusula pétrea, conforme várias manifestações isoladas dos membros que compõe a suprema corte.

Recentemente, o Senado Federal está discutindo a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, modificando o artigo 121, em seu § 3º, que restringe o período de internação por apenas três anos.

Tal medida disvirtua o caráter excepcional da medida de internação, cuja duração é temporária, aplicadas em caso de extrema periculosidade do menor infrator, que deve ser acompanhada de avaliações de profissionais da área psicológica.

Tal medida cerceativa não tem caráter punitivo, mas passaria a ter se for ampliada, tal qual está descrita nos projetos de lei 1938/99 e 2575/06, ambos da Câmara dos Deputados.

Se assim for, correrá o risco de ser considerada inconstitucional, pois irá ferir o disposto no artigo 228, que trata o menor como inimputável, portanto insuscetível de cumprir medidas com caráter punitivo, tal qual estabelecem os projetos.

Alguns projetos de leis foram apresentados, tal qual o projeto 166/07 que aumenta de 3 a 6 anos a pena aplicada ao maior de idade que utilizar menor na prática de crimes com violência ou grave ameaça à pessoa ou projeto de lei que modifica o ECA, considerando

crime punido de 4 a 15 anos, quando o maior de idade instiga ou induz menor a pratica de crime com violência.

Tais projetos de lei não punem o menor, mas o maior que utiliza o menor na pratica de delitos, essa seria uma solução imediata para punir aquele que leva o menor a criminalidade.

O tratamento dispensado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente está em sintonia com as posturas internacionais, pelo menos quanto aos aspectos determinados pela Lei. Mas, na prática, o Estado não conseguiu implantar, com eficácia, as medidas sócio-educativas ali determinadas. Mas essa legislação especial é compatível com o tratamento especial que deve ser aplicado ao jovem infrator.

Na verdade, a redução da menoridade em si não resolve o problema da delinqüência juvenil, pois ela deve ser acompanhada por uma extensa modificação social. Até mesmo para aplicar uma lei voltada especialmente para o inimputável, como o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se ter em mente o papel social das instituições que cuidam do menor infrator, pois o modelo presente na atualidade, ao invés de integrar o jovem à sociedade, o incorpora cada vez mais no mundo do crime.

Hoje, a redução da maioridade não é juridicamente possível, porém seus questionadores não entendem que mesmo que a redução ocorresse, não resolveria a questão da violência social.

Tal discussão retornaria novamente, mas no futuro direcionada para a diminuição para outra faixa etária, talvez 14 anos, pois ocorreriam outros casos de delinqüência juvenil, caso não haja mudanças também na área social.

Sob o aspecto social, resta ao Estado e à sociedade tomar consciência de que a questão está em combater as causas da marginalização e da criminalidade infanto-juvenil e não os seus efeitos, uma vez que estes, sem solucionar aquelas, perdurarão. Como exemplo disto, temos a famosa Lei 8.072/90, que trata dos “crimes hediondos”, aumentando, com vigor, a penalização dos mesmos. Vejamos, eles

não diminuíram ou cessaram, ao contrário, continuam a assustar a população, estando hoje absolutamente em voga em nossos jornais e revistas.

E, sob o aspecto jurídico-penal, o problema está em tornar eficaz o Estatuto da Criança e do Adolescente, através de uma ação contundente do Estado, aparelhando-se para, enfim, após seis anos, recebê-lo e entender o seu caráter pedagógico como única forma de ressocializar e reeducar o jovem infrator.

Cabe ao Estado voltar-se para o problema e tornar pleno o cumprimento da medida sócio-educativa, com a destinação de verbas suficientes para tal, e à sociedade cobrar esta ação, pois é a inércia estatal que gera a crença que o menor é impune, por estar sob a guarda do Estatuto de Criança e do Adolescente, não se sujeitando ao Código Penal,

Deste modo, o Estatuto não provoca a impunidade, ela é provocada pela falta de ação do Estado. Ao contrário, o Estatuto de Criança e do Adolescente é uma legislação moderna, que se afina com as tendências internacionais, não só de proteção ao menor, mas de sua repressão quando o mesmo se tornar infrator, observando as garantias constitucionais e o devido processo legal.

Concluindo, pois, a inimputabilidade apenas impede o menor de se sujeitar ao procedimento criminal comum, com aplicação de penas, não significando, porém, que o mesmo é irresponsável por seus atos, uma vez que existe a legislação especial, sujeitando-o a aplicação de medidas sócio-educativas, entre elas, até mesmo, a de privação de liberdade com a internação.

Por isto, inimputabilidade não pode ser confundida com impunidade.

Após toda a pesquisa realizada, portanto, notamos uma constância nos fundamentos que norteiam a opinião daqueles que discordam da redução da maioridade penal: o Estatuto é válido e não revela, de forma alguma, impunidade legal, irresponsabilidade do menor frente

a seus atos, sendo que o problema é tão somente de ordem política e não jurídico-legal. É de estrutura estatal, aparelhamento, para, ai sim, tornar eficaz as medidas sócio-educativas do Estatuto.

Dai ser inócua a alteração da maioria penal, pois não será deste modo que ficarão sanados o aumento da criminalidade e da violência infanto-juvenil. Estas, também, as conclusões retiradas no 3º Seminário Latino-Americano sobre os Direitos da Criança, realizado em outubro de 1992, na oficina *ad hoc*, onde participaram cerca de 26 juristas nacionais de destaque, que culminaram com o apoio à manutenção do art. 228, da Constituição Federal.

Enviar para o ambiente prisional um jovem que ainda possui condições de modificar o seu comportamento, levará a extinguir a última esperança para sua ressocialização, pois o relacionamento com presos comuns acarretará em uma dificuldade para o seu retorno ao convívio social.

A inimizabilidade, atualmente em vigor na legislação brasileira aplicada corretamente ao menor, tem a função de impedir que esse fique sujeito aos problemas procedimentais de execução e da pós-execução, enfrentados pelos criminosos adultos. O atual sistema de internação, bem aplicado pelo Estado, diminuiria os efeitos traumáticos associados a uma medida punitiva, possibilitando, por meio de medidas sócio-educativas, o retorno do jovem à vida social.

Assim, antes de se adotar uma medida extrema, o Estado deve ponderar se, até o presente momento, houve uma atuação verdadeira e eficaz de sua parte para a solução dos problemas sociais.

Dessa forma, o presente trabalho mantém o instituto da menoridade penal, verificando que o mesmo não pode ser modificado por meio de emendas, a demais, o conjunto de leis aplicadas ao menor infrator é suficiente para resolver todas as questões judiciais sobre o tema, até que as causas dos problemas sociais, que levam à multiplicação de casos envolvendo o menor infrator, sejam devidamente minoradas ou resolvidas.

XV.

BIBLIOGRAFIA

ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrecht systematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.

_____. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, em Schnemann, B. (compilador). *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, Estudos em honor de C. Roxin*, trad. Y notas de J.M. Silva Sánchez Madrid, págs. 134 ss, 1991.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

AGUIRRE ZAMORANO, p. *Medidas aplicables em la legsilación de menores*, em VV.AA., *Menores privados de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJXV*, Madrid, págs.191 ss, 1996.

ALBERGARIA, Jason. *Direito Penitenciário e Direito do Menor*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 1999.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *A Atual problemática do Menor*. In: *Rev. de Informação Legislativa*, Brasília – 16, n. 61 jan./mar. 1979.

AMERICANO, Odín I. Do Brasil. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1985.

ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Rio de Janeiro: Forense.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires, UTCHA, 1960.

ARAUJO, Luiz Alberto David & Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três Escolas Penais*. Freitas Bastos: São Paulo, 1963.

ASÚA, Jiménez de. *Principios de Derecho Penal. Abelido – Perrot*. Buenos Aires, 1990.

AZEVEDO, David Teixeira de. *A culpabilidade e o conceito tripartido de crime*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCrim*, n.2, 1993,p.46-55.

BACIGALUPO, Enrique. *Delitos. La imputación objetiva*, Revista del Colégio de Abogados Penalistas de Caldas: Manizales, 1992.

BARBERO SANTOS, *EL TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL*, Buenos Aires, Pág. 182, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro & Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição Federal do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti et della Penna*, Milano, 1764.

BERTOLINO, M. *La crisi del concetto di imputabilità*, RIDPP (1981), págs. 190 ss.

_____. *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milán, 1990.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. II, 1971.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales, Madrid. 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral, Vol. 1, 7ª edição*, Editora Saraiva: São Paulo, 2002.

BOUZART, P. Pinatel. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*. Apud AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Rev. de Informação Legislativa. Brasília, 16, 1979.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edição, Colômbia, Editorial Temis S.A., 1994.

BUSTOS RAMIREZ, J., *Imputabilidad y edad penal*, Homenaje a A. Beristáin, San Sebastián, págs. 471 ss, 1989.

CABORNELL MATEU, J.C., « Sobre la imputabilidad em Derecho Penal español », en « La imputabilidad em general em el Derecho Penal », Guadernos de Derecho Judicial (CGPJ) XVIII, Madrid 1993, págs. 9 ss.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, Editora Sugestões Literárias: São Paulo, 1994.

CARRARA, F. Programa de Derecho Criminal, Parte General, 2 v., trad. De las 5.ª, 6.ª, y 7.ª ed. De J.J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá 1971.

CASABONA, Carlos María Romeo. *Lo Derecho Penal Juvenil*. Madri.

pag. 73-77, 2003.

CEREZO MIR, j., *Culpabilidad y pena*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, págs. 179 ss, 1982.

_____ El tratamiento de los semiinimputables, en Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid 1982, págs. 133 ss.

CHAVES, EDGAR DE B. Jr, Legislação Penal Militar, 4. Ed., Ed. Forense, 1986.

CONDE MUÑOZ, Teoría General del Delito, Trad. Juárez tavares e L.R.Prado, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1.988.

COSTA JR, Paulo José da. Direito Penal – Curso Completo. 5ª edição. Editora Saraiva, 1999.

D’ALESSANDRO, Nora y D’ ALESSIO, Phortos. *Código del Niño de la República del Uruguay*. Montevideú: Editorial Universidad, 1995.

D’ANTONIO, Daniel Hugo. El Menor ante el delito. Buenos Ayres: Astrea, 1992.

DAVIDOFF, L.L., Introducción a la Psicología, 3ª Ed., México, 1.989.

DIAS, Aldo de Assis. O Menor em face da Justiça. São Paulo: Ed. Lex, 1977.

ELBERT, C., « La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas en el Derecho Penal alemán de menores», CPC núm. 19 (1983), págs. 215 ss.

ENGISCH, K. Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlin 1963.

FERREIRO, María de los Angeles Pérez. Derecho Penal Juvenil. Montevideú: Editorial Universidad Ltda, 1993.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões Fundamentais do Direito Penal – Revisitadas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral. Forense. Rio de Janeiro: 1991.

FREEDMAN, A .M., Compendio de Psiquiatria, Barcelona, 1978.

GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel Sánchez. Minoría de edad penal y derecho penal juvenil. Editora Comares: Granada, 1998.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GERSÃO, Eliana. *Tratamento Criminal dos Jovens Delinquentes*.. Revista de Informação Legislativa.

GONZÁLES DEL SOLAR José H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. Buenos Ayres: Depalma, 1995.

GONZALES ZORRILA, C., Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad», Documentación jurídica (Ministerio de Justicia), núm. 37/40 v. 1, Madrid, págs. 163 ss, 1973.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Editora Celso Bastos, 1ª. edição, São Paulo, 1999.

HÜNERFELD, Peter. *A pequena criminalidade e o processo penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade, editora Revista de Direito e Economia, vol. IV, Portugal, 1978.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, G., *Schuld und Pravention*, Tubingen, 1976, págs. 3 ss.

JESCHECK, H.H., *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 4.ª ed., Berlin 1988. Existen dos traducciones del Tratado de Jescheck, una de la 3.ª ed., por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1981) y outra de la 4.ª ed. Por J.L. Manzanares Samaniego (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada 1993).

KANT, E., *Metafísica de la costumbres*, ttrad. De A. Cortina y Conill, Madrid 1989.

KAUFMANN, Hilde. *Delinquentes Juveniles: Diagnosis y Juzgamiento*. H. Buenos Ayres. Depalma, 1995.

LEVIN, M. M.; SARRI, R.C., *Juvenile delinquency: a comparative analysis of legal codes in the Unites States*, Michiga 1974.

LILIENTHAL, K. *Jugendliches Alther em Vergleichende Dartstellung des deutschen und auslandischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, T.V., Berlin, págs. 103ss, 1908.

LISZT, F.v., *Tratado de Derecho Penal*, T.II, trad de la 20.ª ed. Por L.J. de Asúa: Madrid, 1916.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol.II. Ed. Millennium, 2002.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2.000.

MARTIN SANCHEZ, A., *La minoría de Edad Penal y Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*, *Cuadernos de Derecho Judicial VII*, Madrid 1995, págs. 251-269.

MASSA, Patrícia Helena. *A menoridade Penal no Direito Brasileiro*. In: *Revista Brasileira de Ciência Criminais* – vol. 4, doutrina.

MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, parte general, 2 t., trad y notas de J. Córdoba Roda, Barcelona 1962.

MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, 2 t., trad. y notas de J.A. Rodriguez Muñoz, 3.ª ed., Madrid 1955 y 1957.

MINAHIN, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da Emoção – A inimputabilidade do menor*. Editora revista dos tribunais. São Paulo, 1992.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal em el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. *Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», em Bergalli/Bustos (Comp.), El poder penal del Estado*, Homenaje a H. Kaufmann, Buenos Aires 1985, págs. 379 ss.

_____. *La imputabilidad em el Derecho Penal», em Jornadas sobre psiquiatria forense*, Centro de estudios Judiciales, Colección Cursos núm. 3, Madrid, págs. 35ss, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Editora saraiva. 3ª edição. 1996

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 29 ed. São Paulo, vol.I. Saraiva: 1991.

PEÑA, Raúl C., *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Jurídicas, Vol I-III, Lima, 1994.

PEÑA LUZÓN. *Curso de Derecho Penal*, Ed. Ariel, Barcelona. 1985.

PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid 1990.

PÉREZ VITORIA, O., *La Minoría Penal*, Barcelona, 1945.

PERRIN, B., *La minorité pénales en Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle*, en H. Dondedieu de Vabres y M. Ancel (comp.) *Le problème de l'enfance délinquante*, Paris 1947, págs. 11 ss.

PIAGET, J., *El criterio moral en el niño*, trad. de N. Vidal , Barcelona 1971.

PIERANGELLI, José Henrique. *Direito Penal Brasileiro*, 4ª edição revista, Editora dos Tribunais, 2002.

PALOMBA, Guido Arturo. *Os Limites da Menoridade do ponto de vista psiquiátrico-forense*. Pretor-Softwares (doutrina).

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Editora revista dos tribunais: São Paulo, 1999.

RETA, Adela. *Prólogo. Código Del Niño de la Republica Oriental del Uruguay*. Comentado e Anotado por HALTY, Nora D'Alessandro y D'ALESIO, Phortos. Montevideu: Editorial Universidad, 1995.

RÍOS MARTÍN SALINAS, *El Menor Infractor*. Buenos Aires, 1999, pág.67

ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal, tradução de Francisco Muñoz Conde, Casa Editorial Bosh, Barcelona, 1972.

_____. Problemas Fundamentais de Direito Penal. 3ª edição, Lisboa: Vega, 1998.

SAJÓN, Rafael. Derecho de Menores. Buenos Ayres: Abeledo Perrot, 1995.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, José Maria Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992.

SCHUNEMANN, B., Introducción al razonamiento sistemático en el Derecho Penal, en SCHUNEMANN, B. (comp.). El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, Estudios em honor de C. Roxin, trad. y notas de J.M. Silva Sánchez, Madrid 1991, págs. 31 ss.

_____. La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo», en SCHUNEMANN, B.(comp.)« El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales», Estudios en honor de C.Roxin, trad. y notas de J.M. Silva Sánchez , Madrid 1991, págs. 147 ss.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., Introcucción a « El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentale, Estudios em honor de C. Roxin, compilado por B. Schunemann, trad. y notas de J.M. Silva Sánchez, Madrid, págs. 11 ss, 1991.

_____. El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19), em El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, pags. 159 s, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª. Edição, Editora Saraiva, 2000.

WELZEL, H., Das deutsche Strafrecht, 11.ª ed., Berlin 1969 (hay uma trad. de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez como Derecho Penal Alemán, parte general, 11.ª ed. Santiago de Chile 1970.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 6ª edição. Buenos Ayres: Ediar, 1991.

WWW.FUNDACAOOCASA.SP.GOV.BR

WWW.ADMPENITENCIARIA.SP.GOV.BR

WWW.JUSTICA.GOV.BR – LETALIDADE INFANTO-JUVENIL, 2018.

WWW.REPOSITORIO IPEA.GOV.BR – O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E O DABATE SOBRE AREDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL – 2019.

