

FACULDADE DE JUSSARA – FAJ
EDINA MOREIRA DA SILVA

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IMPUTABILIDADE PENAL ENQUANTO
ELEMENTO DA CULPABILIDADE**

JUSSARA – GO
2015

EDINA MOREIRA DA SILVA

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IMPUTABILIDADE PENAL ENQUANTO
ELEMENTO DA CULPABILIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Jussara, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof.^a Esp. Aparecida Kenia Santos
Andrade.

JUSSARA – GO

2015

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pela força e coragem durante esta longa jornada, pois foi ele que me deu forças para caminhar e superar as dificuldades. Ao meu esposo Manoel Evilásio por ser especial em minha vida, pelo incentivo e dedicação. Obrigado pelo carinho, pelo afeto, pela paciência. Aos meus pais e aos meus irmãos que apesar da distância esteve sempre me dando apoio para seguir em frente. Ao meu filho Rian por ser especial e motivação de continuar lutando na busca dos meus objetivos. Enfim a minha orientadora Aparecida kênia Santos Andrade pela paciência, dedicação, por seus ensinamentos na orientação desta monografia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, não somente nestes anos como universitária, mas em todos os momentos de minha vida.

Agradeço ao meu esposo e ao meu filho pelo incentivo de continuar lutando até o final e por estarem sempre ao meu lado. Obrigada pelo amor e dedicação e pelo companheirismo.

Agradeço a todos os professores desta instituição por proporcionar o conhecimento no processo de formação profissional. Obrigada pelos ensinamentos e pela dedicação durante esta jornada acadêmica.

Em especial quero agradecer a minha orientadora Aparecida Kênia Santos Andrade, pelo suporte e incentivos na realização desta monografia e pela dedicação e paciência.

Aos meus pais, pelo amor, afeto e apoio incondicional.

Agradeço a todos que de alguma forma seja direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, os meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

A imputabilidade penal é um dos principais assuntos tratados pela Teoria do Crime para se compreender o delito desde as concepções mais variadas acerca de seu significado até os aspectos mais profundos que o envolvem. Embora o tema possa ser visto em grande parte dos livros de Direito Penal, alguns pontos ainda são polêmicos e nos últimos anos tem acalorado o contexto social de forma geral. No plano teórico pode-se citar o dissentimento em relação a proposição mais adequada para a compreensão do crime pela vertente analítica, no caso, se ele é bipartido ou tripartido. Em outro contexto se vê que ainda nos primeiros anos do século passado o legislador já elaborava projetos para alteração da maioridade penal, particularmente na tentativa de reduzi-la para a idade de dezesseis anos, tornando, assim, o maior de dezesseis anos penalmente imputável. Frente a relevância da matéria, o trabalho examina alguns pontos que atualmente ganham destaque, no escopo de trazer à tona posicionamentos que mais se ajustam ao entendimento da imputabilidade penal. A descrição é feita com suporte na pesquisa bibliográfica, em livros, leis, decisões judiciais e em trabalhos correlatos, a fim de conceder maior veracidade aos fatos alegados.

Palavras-chave: Imputabilidade penal. Culpabilidade. Inimputabilidade. Direito Penal.

ABSTRACT

The criminal responsibility is one of the main issues addressed by the Crime Theory to understand the offense from the most varied conceptions of its meaning to the deepest aspects surrounding it. Although the subject can be seen in much of the criminal law books, some points are still controversial and in recent years has heated the social context in general. Theoretically one can cite the dissent regarding the most appropriate proposition for understanding the crime by analytic branch, in case if it is bipartite or tripartite. In another context we see that even in the early years of the last century the legislature has already elaborated projects for changing the legal age, particularly in trying to reduce it to the age of sixteen, thus making it the largest of sixteen criminally responsible. Forward the relevance of the matter, the paper examines some points that are highlighted currently in the scope of bringing out positions that best fit the understanding of criminal responsibility. The description is made with support in the literature, books, laws, court decisions and related work in order to give more veracity to the facts alleged.

Keywords: Criminal Liability. Guilt. Nonimputability. Tort law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. CULPABILIDADE E IMPUTABILIDADE: TEORIAS E APLICAÇÃO	09
1.1. Culpabilidade.....	09
1.2. Imputabilidade.....	13
2. CAUSAS DE EXCLUSÃO DE IMPUTABILIDADE	15
2.1. Doença mental.....	15
2.2. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	20
2.3. Menoridade.....	22
2.4. Embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.....	35
2.5. Dependência ou intoxicação decorrente de consumo de drogas ilícitas....	38
3. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL	40
3.1. Critério biológico.....	40
3.2. Critério psicológico.....	43
3.3. Critério biopsicológico.....	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Considerado um ramo da velha árvore das Ciências Jurídicas, o Direito Penal ganha destaque no campo acadêmico-jurídico não só por se apresentar como ciência, ou melhor, como construção humana feita gradativamente sob o esteio das necessidades de cada sociedade em diferentes épocas, mas por representar parte de um seguimento do conhecimento que se dedica ao estudo, descrição, regulamentação e punição das mais diversas condutas, positivas ou negativas, que foram elevadas ao plano legal por deixarem de ser aceitas, inadequadas ao cotidiano, anacrônicas. Essa parte do Direito tenta coibir aquilo que é imoral, aético, insubsistente do ponto de vista da vida, da liberdade, da propriedade pública e privada, da honra e em relação a tantos outros bens que foram tutelados pela maciça parte dos Estados do planeta, inclusive pelo legislador brasileiro.

Para que essa proteção pudesse se efetivar, deu-se no nome de crime, que é sinônimo de delito, às atividades humanas que se amoldem às presciências da lei, no caso, da lei penal. Pode-se dizer que é exatamente essa a função precípua da legislação penal, especialmente do Código Penal e demais estatutos criminais: tipificar e estabelecer pena, ante a obrigatoriedade de cominação legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal – princípio da reserva legal), às condutas lesivas aos mais diferentes bens jurídicos, como os acima relatados. Essas normas são denominadas de direito material, eis que materializam em forma de proposições jurídico-legais as vontades sociais, no caso, repita-se, aquelas em prol da criminalização das ocorrências que de alguma forma são prejudiciais aos direitos. Mas o Direito Penal, alicerçado com notoriedade no Código Penal, cumpre esse papel condicionado a conjugação e aplicabilidade de regras encontradas em outros diplomas, mormente na Constituição Federal, onde está sua validade e fundamento, e no Código de Processo Penal, que contempla alguns dos procedimentos utilizados para, em última análise, “solucionar” os problemas advindos da violação da lei penal, em regra mediante o exercício do *jus puniendi* estatal.

É importante dizer que a atividade de punir do Estado, manifestada por meio da persecução penal enquanto forma de evocar o Direito Penal e normas inter-relacionadas pelo detentor da legitimidade *ad causam* correspondente, tendo em vista o interesse público ou privado a recair sobre o bem ferido, é considerada medida grave e custosa, já que a aplicação dessas disposições enseja, em alguns

casos, o cerceamento da liberdade ambulatorial, e, é claro, a movimentação da Administração Pública, das suas máquinas e do seu pessoal.

É com vista nessa prejudicialidade que o direito de punir deve estar orientado pelo princípio da intervenção mínima, insistentemente chamado de *ultima ratio*. Esse mandamento, de origem estrangeira, assim como tantos outros, disciplina que as condutas antissociais podem ser reprimidas e controladas pelas normas penais incriminadoras. No entanto, ressalva que isso somente deve ocorrer, segundo as orientações mais modernas de política criminal, se os outros ramos do Direito forem insuficientes, inadequados para a resolução do conflito. Essa maneira de tratar a matéria criminal não reduz sua importância em relação aos outros campos jurídicos, ao contrário, reforça a ideia de que é uma parte do Direito que deve cuidar apenas dos bens mais relevantes, recaindo sobre as condutas que os aflijam.

Essa afirmação de que o Direito Penal é seletivo convalida o entendimento de que o crime é conduta passível de punição e explica, ainda que de maneira exógena, a expressiva quantidade de estudos na área do Direito Penal que foram/são confeccionados. Por conseguinte, a Teoria do Crime ocupa lugar privilegiado na doutrina e no ensino, uma vez que expõe aspectos jurídicos e concepções sobre seu objeto de estudo, qual seja, o próprio crime, viabilizando o aprendizado de seus pontos mais intrínsecos, teorias, modo de interpretação e aplicação. É nesse trecho de estudo do Direito Penal que se discutem a conformação do delito, as conceituações e subdivisões que o circundam. A culpabilidade, particularmente desde a elaboração da teoria finalista a ação, revelara-se tema responsável por inúmeros desentendimentos. Discute-se se ela, em conjunto com o fato típico e ilícito, integram o conceito analítico do crime. É questão que ainda padece de consenso. Todavia, é a imputabilidade penal, assunto também tratado pelas teorias e profundamente ligado à culpabilidade, que esse trabalho contextualizada sob diversos ângulos e a descreve com afinco. Ela é problematizada em meio a alguns dos diversos argumentos que atualmente ganham evidência, como a constitucionalizada menoridade penal (causa de inimputabilidade por presunção absoluta) e os contrastes emergidos pelo antigo labor legislativo para alterá-la, no sentido de reduzi-la para cingir mais transgressores da lei.

Sem embargo dos pontos polêmicos, a imputabilidade é concebida majoritariamente como elemento informador da culpabilidade, daí sua indispensabilidade para a caracterização dessa e existência do crime. É entendida

como a capacidade que o sujeito possui de receber pena pelo delito que cometera, sendo inimputável quem, por determinação legal, não pode se sujeitar à ela. Os casos legais de exclusão da imputabilidade decorrem de faixa etária, anomalia mental, embriaguez e uso de entorpecentes, observando-se as demais exigências para afastá-la, tais como a realização de exame pericial comprovando a patologia cerebral no caso de inimputabilidade por doença mental.

Nesse contexto, o primeiro capítulo, intitulado “Culpabilidade e imputabilidade: teorias e aplicação”, menciona a imputabilidade como um dos requisitos inerentes à culpabilidade, apresentando conceitos doutrinários para compreendê-las e artigos de lei dos quais se extraem parte de seus fundamentos.

O segundo capítulo, “Causas de exclusão da imputabilidade”, é o mais denso e extenso. Nele há, além da indicação das causas legais de afastamento da imputabilidade, menção a certas tensões que tem gerado entraves quanto a compreensão da imputabilidade e sua aplicação.

Já o terceiro capítulo, chamado de “Critérios para aferição da imputabilidade penal”, se dedica à constatação da inimputabilidade levando-se em conta os critérios biológico, psicológico e biopsicológico, indicando quais foram adotados pelo legislador e em que circunstâncias incidem.

Assim, o desenvolvimento da pesquisa transita entre diferentes visões, diplomas legais e decisões judiciais, coligando aquilo que se adequa melhor para facilitar a compreensão do tema proposto.

1. CULPABILIDADE E IMPUTABILIDADE: TEORIAS E APLICAÇÃO

O entendimento de imputabilidade penal deve ser aferido à luz da culpabilidade, eis que se trata de elemento/requisito que a integra, ao lado da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

1.1. Culpabilidade

A culpa ganha relevância por constituir objeto de compreensão do delito, o qual é estudado pela Teoria do Crime sob seus aspectos jurídicos.¹ Para a literatura majoritária, o conceito de crime pode ser entendido com base em três vertentes, quais sejam: conceito material, formal e analítico. O primeiro se traduz “[...] no comportamento humano que lesa ou expõe a perigo de lesão bem jurídico penalmente tutelado” (IENNACO, 2010, p. 21). O conceito formal se refere à violação da lei penal. O conceito analítico, diferentemente, é dividido em duas concepções: bipartida e tripartida. A bipartida concebe o crime como fato típico e antijurídico, enquanto a tripartida o coloca como fato típico, antijurídico e culpável. O conceito analítico de crime na acepção tripartida prepondera na doutrina e é o mais utilizado na prática e aceito pela jurisprudência,² sendo a culpabilidade, assim, parte importante/utilizada para a caracterização do crime.³

Adotando-se aqui o entendimento mais usual, isto é, a forma analítica do crime, releva citar sua definição feita por Nucci:

[...] [O crime] trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (NUCCI apud HAAS; CHAVES JUNIOR, 2013, p. 1300).

¹ “O Brasil, em matéria de infração penal, adotou o critério denominado pela doutrina de dicotômico, em que aquela é gênero e comporta duas espécies, a saber: a) crimes (ou delitos – são sinônimos); e b) contravenções penais” [disciplinadas pelo Decreto-lei nº 3.688/1941 – conhecidas também como crime de menor potencial ofensivo ou crime anão]. (TRIGUEIROS, p. 326).

² De acordo com Trigueiros (2014, p. 326), o assunto é conflituoso entre os juristas. Diz que a concepção bipartida é defendida por Damásio de Jesus, Julio Mirabete e Fernando Capez, enquanto a tripartida é adotada pela maior parte da doutrina.

³ “Se adotada a concepção bipartida (crime enquanto fato típico e antijurídico), [a culpa] não integra o conceito de crime, estando fora de sua estrutura básica” (Ibidem. p. 337).

Além de viabilizar o entendimento do delito, a culpabilidade faz parte do rol de princípios inerentes ao Direito Penal, isso porque é empregada ao caso *in concreto* como pressuposto para aplicação de pena. Em outras palavras: “não é possível que alguém seja punido se não houver atuado com dolo ou culpa.⁴ [...] [N]ão se admite, como regra, em Direito Penal, a responsabilidade objetiva”⁵ (TRIGUEIROS, 2014, p. 317).

Anote-se que o dolo e a culpa, ante a adoção da teoria finalista da ação de Hans Welzel,⁶ deixaram de pertencer à culpabilidade e agora integram a conduta (ação ou omissão) – primeiro elemento do fato típico.⁷ “Retirando-se o dolo e a culpa da culpabilidade, e nesta ficando apenas as circunstâncias que condicionam a responsabilidade da conduta contrária ao Direito, o dolo e a culpa passam a ser elementos do injusto [...]”⁸ (SILVA, 2001, p. 154). O dolo, que era normativo, porque integravam a culpabilidade, agora é natural, possuindo somente consciência e vontade (ex: Ele agiu de maneira livre e consciente ao praticar o crime). É sempre voltado para um fim.

Portanto, a culpabilidade, repita-se, é informada apenas pela imputabilidade (capacidade de se atribuir à alguém fato definido como crime), potencial consciência da ilicitude (ciência de que a conduta é profana) e exigibilidade de conduta diversa

⁴ O Código Penal, no artigo 18, incisos I e II, conceitua dolo e culpa da seguinte maneira: “Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (BRASIL, 1940).

⁵ A responsabilidade objetiva ocorre quando alguma pessoa é criminalmente responsabilizada com base apenas na ocorrência do resultado, sem que tenha agido com dolo ou culpa para caracterizá-lo.

⁶ A teoria finalista da ação incidiu sobre os elementos que compõe o crime em sua concepção analítica (fato típico, ilícito e culpável), determinando que toda conduta humana possui uma finalidade. Ela deslocou o dolo e a culpa e os inseriu no fato típico em seu elemento conduta. Acerca do tema, Iennaco perfilha: “Com a teoria finalista, o dolo (natural) integra a ação, primeiro elemento do fato típico: conduta humana *finalisticamente* dirigida [...]. A consciência da ilicitude, potencial, permanece na culpabilidade. A culpabilidade finalista traduz a ideia de qualidade negativa da ação e se fundamenta como *juízo de valor*: é a ‘reprovabilidade pessoal’ pela realização do injusto [...]” (IENNACO, 2010, p. 26).

⁷ Trigueiros (2014, p. 327-328) fala que o fato típico é estruturado por, nessa ordem: conduta (ação ou omissão), resultado (naturalístico ou jurídico), nexos causal (relação entre a conduta e o resultado) e tipicidade (exata adequação entre o fato concreto e a norma penal).

⁸ São elementos do injusto (tipo total de injusto): tipicidade + antijuricidade e culpabilidade. Desse modo, se o dolo e a culpa pertencem ao fato típico (na conduta), conseqüentemente se encontram alocados no injusto penal (na tipicidade).

(o comportamento foi contrário à lei, ainda que pudesse estar de acordo com ela). Esses são seus elementos normativos, os quais demonstram ter o legislador abarcado, além da teoria finalista, a teoria normativa pura da culpabilidade.⁹

Iennaco (2010, p. 38) aduz que “culpabilidade é juízo de censura que recai sobre o autor não pelo que ele é, pela sua personalidade etc., mas, em atenção ao desvalor da sua conduta [...]. A culpabilidade, recaindo sobre o sujeito, tendo por objeto ‘a conduta’ (ou o ‘desvalor da conduta’) integra a noção de ilícito penal.”

Como se vê, a culpabilidade está amplamente disseminada no plano teórico. No campo jurídico-positivo, por sua vez, ela pode ser encontrada no ordenamento jurídico com assento constitucional e ordinário. Embora não esteja expressamente prevista na Constituição Federal, é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, consoante artigo 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988).

No Código Penal, a culpabilidade ganha destaque com a previsão do 59, *in verbis*:

O juiz, atendendo à *culpabilidade*, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940) (grifo nosso).

As regras contidas nesse artigo aplicam-se no momento em que o julgador efetua a fixação da pena¹⁰, pautando-se, dentre outras, na culpabilidade do acusado como parâmetro para a imposição da sanção. Por isso se diz que a culpabilidade

⁹ Algumas teorias foram criadas para tentar explicar o sentido da culpabilidade, sendo a teoria normativa pura da culpabilidade a mais evidente entre delas. Dentre as outras ganharam sobrelevô na doutrina, estão: a) a teoria psicológica da culpabilidade, que obtempera ser a responsabilidade penal fruto unicamente do nexô causal visto entre conduta e resultado, sendo prescindível a constatação da culpa na conduta do agente; e, b) a teoria psicológica-normativa da culpabilidade, que incluiu o dolo e a culpa como elementos normativos, em conjunto com a imputabilidade e exigibilidade de condita diversa. Essa teoria é vergastada por ainda alocar o dolo e a culpa como requisitos normativos da culpabilidade (Ibdem. p. 48-49).

¹⁰ É uma etapa da julgamento chamada de dosimetria da pena.

limita o exercício do *jus puniendi*,¹¹ na medida em que demarca a quantidade de pena que poderá ser imposta. A aplicação da pena deve seguir o sistema trifásico, sendo a culpabilidade analisada na primeira fase, nos termos do artigo 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1940).

É sobre a aplicação da culpabilidade que pinça-se da vasta literatura três linhas definidas por Bitencourt e Conde, quais sejam: a) como fundamento da pena; b) como elemento de determinação ou medição de pena; e, c) como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Veja-se:

Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade – como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos, etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo e culpa. (BITENCOURT; CONDE apud NEVES, 2005, p. 06-07).

Assim, aplicável a teoria analítica ao fato, em que a culpabilidade representa um juízo de reprovação da conduta do agente (ilícita e antijurídica) para imposição de pena, a imputabilidade emerge como elemento de existência dessa, juntamente com os outros acima explicitados. Caso algum dos elementos que integram a culpabilidade estejam ausentes, afasta-se a culpa, e, de consequência, a inflicção de pena, já que vigora no Direito Penal vernáculo o apotegma: não há pena sem culpa. Frise-se que ao inculpável admite-se a aplicação de medida de segurança¹² (ex: ao

¹¹ Significa direito de punir do Estado.

¹² Medida de segurança e pena são espécies de sanção penal, que é gênero.

doente mental não se aplica pena, mas medida de segurança, por força do artigo 96 e 97, ambos do Código Penal).¹³

1.2. Imputabilidade

A imputabilidade incide contra o sujeito capaz de receber a sanção, conforme a norma positivada. Iennaco, a partir das lições de Kelsen, expõe o assunto da seguinte maneira:

A afirmação de que o agente é imputável ('responsável') indica a possibilidade de submissão a uma sanção pela prática de um delito. A ideia de imputação como ideia específica de ligação entre delito e sanção está inserida no juízo de que o agente é (ou não) juridicamente responsável por sua conduta. (IENNACO, 2010, p. 55).

De outro modo, Masson (2013, p. 183) parafraseia a imputabilidade com espeque nas faculdades mentais e na vontade do indivíduo. Ou seja, o imputável é aquele que detém entendimento sobre a ilicitude do acontecimento e se determina de acordo com isso. “[O] conceito de imputabilidade: é a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Imputável resulta ser o homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, que possui a capacidade de entender o caráter criminoso do seu ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, capacidade que o homem adquire progressivamente, com o desenvolvimento físico e mental, até atingir o seu pleno crescimento (ANÍBAL apud MARQUES, 1997, p. 209).

Dessas definições colhe-se dois elementos determinantes para a constatação da imputabilidade penal: 1 – o intelectualivo: a plena saúde mental que permite o agente entender a ilegalidade do fato; e, 2 – o volitivo: a vontade de praticar o crime mesmo ciente que é contrário à lei.¹⁴

O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou

¹³ “Art. 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial. Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial” (BRASIL, 1940).

¹⁴ Cf. Vicentini e Haro (2014, s/p).

determinações jurídicas. Bettioli diz que o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’, deve ter, pois ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir’. O segundo, a ‘capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettioli, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impede à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal. (BRODT apud GRECO, 2010, p. 396).

Na órbita da legislação não há conceito exarado sobre imputabilidade. O que se vislumbra, na verdade, é a definição de inimputável trazido pelo Código Penal em seus artigos 26, 27 e 28, §1º. *Ad litteram*:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da 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. [...] Art. 28 – [...] § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Esses dispositivos tratam-se das causas de exclusão da imputabilidade. Interpretados inversamente, conclui-se que são imputáveis os que não possuam doença mental ou desenvolvimento incompleto ou seja retardado, bem como o maior de dezoito anos e aquele que se embriague voluntariamente para praticar crime.¹⁵

Em suma, pode-se dizer que “a distinção dogmática entre imputáveis e inimputáveis se assenta sobre o princípio da culpabilidade e sobre a máxima *nulla poena sine culpa* que representa um dos pilares de todo o sistema de Direito Penal” (SPOSATO, 2011, p. 140). Daí que, “via de regra, indica os imputáveis como capazes de culpa e os inimputáveis como incapazes de culpa” (SPOSATO, 2011, p. 140).

¹⁵ A doutrina denomina esse ato como embriaguez preordenada.

2. CAUSAS DE EXCLUSÃO DE IMPUTABILIDADE

A inimizabilidade cuida-se de uma condição prevista em lei e que está presente no indivíduo no momento em que pratica a infração penal, tornando-o isento de pena,¹ nos moldes dos já transcritos artigos 26, 27, e 28, §1º, todos do Código Penal. Esses dispositivos preveem como causas de inimizabilidade/exclusão de imputabilidade: a) a doença mental; b) o desenvolvimento mental incompleto ou retardado; c) a menoridade; e, d) a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Ademais, o artigo 45 da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas – prevê como causa de exclusão da imputabilidade a dependência ou intoxicação decorrente de consumo de drogas ilícitas.

2.1. Doença mental

Entende-se por doença mental “[...] qualquer perturbação mental ou psíquica que pode tirar do agente a capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de dominá-la conforme esse entendimento” (SANTOS, 2011, p. 51). Isso significa que a doença somente poderá excluir a imputabilidade se for capaz de suprimir completamente a aptidão do agente compreender o ato ilícito que está praticando ou omitindo.

A doença mental, hoje conhecida como alienação mental, foi introduzida no direito através de um médico chamado Asclebíades Betiniensis, que vivia em Roma, depois de ter observado, juntamente com seu amigo jurisconsulto Marco Túlio Cícero, que as pessoas denominadas *mentecaptos* e os *furiosus*, que a partir do século XV passaram a serem chamados loucos, eram aliados da sociedade, segregando-os em lugares previamente demarcados, daí surgindo o apelido *alienatio mentis*, que teve aceitação imediata na medicina e no direito, até René Descartes, quando então substituiu o termo por doença mental, hodiernamente em vigor. (SOUZA apud VICENTINI; HARO, 2013, p. 29).

Santos (2011), Vicentini e Haro (2013) citam a psicopatia e a esquizofrenia como doenças mentais potencialmente hábeis a tornar o autor do crime isento de pena. Ressalte-se que embora as alterações patológicas sejam objeto de estudo das ciências da saúde, algumas definições são importantes para aclarar o tema.

A psicopatia é, dentre as doenças mentais, a que proporciona maior dissensão. O ponto fulcral da problemática situa-se na falta de estudos conclusivos

¹ “[...] ao tempo da ação ou omissão”.

oriundos das áreas de psiquiatria e psicologia em relação a “quem” pode se encaixar na condição de “psicopata”.

A importância da psicologia e da psiquiatria para o Direito Penal reside, entre outras hipóteses, no trabalho que podem desempenhar para a identificação do “sujeito psicopata”, em vista da capacidade que possuem de estudo e compreensão do comportamento humano. A psicologia, *v.g.*, cuida-se de um “[r]amo da ciência que estuda a mente e os processos mentais, especialmente no que se relaciona ao comportamento do homem e de outros animais” (HOLANDA apud VICENTINI, 2014, p. 18). Esse conceito indica que a essas áreas do conhecimento estão intimamente ligadas ao Direito, uma vez que esse busca regular o comportamento, enquanto aquelas tentam entendê-lo.

A crise da ciência é uma crise pós-disciplinar. Os saberes individualizado e disciplinário já não encontram vez num mundo marcado pela complexidade e pela globalização. O tempo da solidão epistemológica das disciplinas isoladas, cada qual no seu mundo e dedicada ao seu objeto próprio, pertence, se não a um passado consciente, pelo menos a um tempo que deve urgentemente ser reformado em nome da própria sobrevivência da ciência. (TRINTADE apud VICENTINI, 2014, p. 19).

Procura-se, dessa maneira, examinar o comportamento das pessoas, no caso, dos indivíduos portadores de doenças mentais, para, então, se construir um quadro clínico em que se relate o “porquê” da conduta delituosa. Se for constatado que seu modo de agir contrário ao Direito é resultado de doença mental, haverá exclusão de imputabilidade.

Em vista desses dados, fica nítida a imprescindibilidade do exame psicológico ou psiquiátrico para a eficácia do poder de punir do Estado, o qual deve, para a condenação de alguém, se fundar nas mais robustas provas materiais, consoante princípio da verdade real², que reclama a devida instrução material do processo para que o julgador possa firmar seu juízo de acordo com o que realmente ocorreu, ou ao menos se aproximar disso. Havendo fragilidade nas evidências colacionadas nos autos, há de se recair sobre o caso o brocardo *in dubio pro reo*³, calcado no princípio

² “No processo penal, para que o juiz possa condenar o acusado ele deve formar o seu convencimento, para ter assim a certeza sobre a autoria e materialidade do crime. O magistrado para se aproximar da realidade dos fatos, [...] busca saber como e de que forma o fato ocorreu, ou seja, busca a verdade real do ocorrido” (SILVA; GODOY, 2013, s/p).

³ “O’*in dubio pro reo*’, não é uma simples regra de apreciação das provas. A sua aplicação deverá ser utilizada no momento da valoração das provas, onde na dúvida, a decisão tem de favorecer o acusado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito e sim a acusação de

da presunção de inocência⁴, nos termos do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), absolvendo-se, de consequência, o réu.

Assim, a precariedade na formulação dos estudos pela psicologia e psiquiatria para o reconhecimento do psicopata torna o trabalho jurídico laborioso, comprometendo, além da atuação da acusação, que em atenção aos preceitos acima enumerados está obrigada a demonstrar de modo inarredável a existência da culpa do sujeito, a própria segurança social, pois, por força da lei, reiterar-se, a inconsistência probatória é motivo suficiente para que o criminoso não seja punido – e possivelmente continue cometendo mais delitos.

Objetivamente, isso ressoa no estrado jurídico-penal de modo a dificultar o tratamento do sujeito que cometeu o delito (o psicopata), justificando, pois, as críticas que a doutrina levanta sobre o problema.

Zaffaroni narra que:

Outro dos problemas que continuam preocupando a ciência penal é o das chamadas *psicopatias ou personalidade psicopáticas*. A psiquiatria não define claramente o que é um psicopata, pois há grandes dúvidas a seu respeito. Dada esta falha proveniente do campo psiquiátrico, não podemos dizer como trataremos o psicopata no direito penal. Se por psicopata consideramos pessoa que tem uma atrofia absoluta e irreversível de seu sentido ético, isto é, um sujeito incapaz de internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, e, portanto, será um inimputável. Quem possui uma incapacidade total para entender valores, embora os conheça, não pode entender a ilicitude. (ZAFFARONI, 2008, p. 542). (grifo no original).

Conquanto intrincada a distinção entre psicopata e não psicopata, alguns juristas teimam em defini-lo. Jorge Trindade (2010, p. 174), em sentido similar ao de Zaffaroni, fala que “Psicopatas são sujeitos que não internalizam a noção de lei, transgressão e culpa. Na realidade, os psicopatas sentem-se ‘além’ das normas, quando, na verdade, são sujeitos ‘fora’, ‘aquém’ do mundo da cultura.”

Já a esquizofrenia é descrita como:

A esquizofrenia é uma doença psiquiátrica endógena, que se caracteriza pela perda do contato com a realidade. A pessoa pode ficar fechada em si mesma, com o olhar perdido, indiferente a tudo o que se passa ao redor ou,

provar a sua culpabilidade” (Ibdem, s/p).

⁴ “Do Princípio da Presunção da Inocência pode se extrair outro princípio, o chamado ‘in *dubio pro reo*’. Quando houver dúvida, se o réu deve ser ou não condenado, em face da insuficiência probatória, prevalecerá a liberdade sobre a punição. Por força da regra probatória, cabe à acusação demonstrar a culpabilidade do acusado e não este de provar a sua inocência” (Iddem, s/p).

os exemplos mais clássicos, ter alucinações e delírios. Ela ouve vozes que ninguém mais escuta e imagina estar sendo vítima de um complô diabólico tramado com o firme propósito de destruí-la. Não há argumento nem bom senso que a convença do contrário. (VARELLA apud VICENTINI; HARO, 2013, p. 30).

Seja portador de esquizofrenia, psicopatia ou detentor de outra doença mental, constitui dever legal a submissão do autor da infração penal à exame médico, com a finalidade de constatar sua inimputabilidade. A perícia pode ser requerida pelas partes ou requisitada pelo juiz da causa. O laudo pericial não vincula o magistrado, eis que é livre para decidir, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado.⁵ Confira-se:

Art. 155. *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.* Art. 156. *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.* (BRASIL, 1941). (grifos nosso).

Comprovada a inimputabilidade do agente, em face de sua periculosidade, deverá ele ser absolvido, nos termos do inciso VI, do art. 386, do Código de Processo Penal,⁶ conforme redação dada pela Lei nº 11.690/2008. No entanto, na parte dispositiva o juiz lhe aplicará medida de segurança,⁷ que por se tratar de espécie de sanção penal, confere à sentença absolutória natureza jurídica de imprópria. Mais especificamente: sentença absolutória imprópria é “aquela que, apesar de absolver o réu, aplica-lhe medida de segurança, pois reconhece a

⁵ Conhecido também como princípio da persuasão racional do juiz. “O juiz é livre para julgar. Porém, deve fazê-lo de forma fundamentada – art. 93, IX, CF. É a regra que vigora entre nós” (PEREIRA; LEAL NETO, 2014, p. 543).

⁶ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; [...]” (BRASIL, 1941).

⁷ Medida de segurança “é espécie de sanção penal imposta pelo Estado a um inimputável ou semi-imputável com reconhecida periculosidade, desde que se tenha praticado um fato típico e antijurídico” (TRIGUEIROS, 2014, p. 356).

inimputabilidade do acusado (doença mental) ao tempo do fato – art. 26, CP c/c art. 386, VI, 2ª parte, e parágrafo único, III, CPP” (PEREIRA; LEAL NETO, 2014, p. 586).

Todavia, se o autor da infração for considerado semi-imputável – aquele que possui apenas capacidade de compreensão ou vontade reduzida, mesmo que temporariamente –, o juiz deverá condená-lo, pois a semi-imputabilidade não o isenta de pena. A pena deve ser reduzida de 1/3 a 2/3 ou substituída por medida de segurança, desde que nesse caso se verifique a existência de periculosidade. Observe-se no Código Penal as prescrições referentes a essas regras, respectivamente:

Art. 26. Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento [...] Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (BRASIL, 1940).

Insta mencionar que a medida de segurança pode ser detentiva ou restritiva. A primeira é mais gravosa, eis que imposta em caso de crime apenado com reclusão (ex: homicídio doloso simples – artigo 121. Matar alguém. Penal: reclusão, de seus a vinte anos). Consiste na internação do autor inimputável ou semi-inimputável em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Por outro lado, a restritiva é aplicada em caso de crime apenado com detenção, sujeitando o inimputável ou semi-inimputável à tratamento ambulatorial.⁸

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASI, 1940).

Deveras, a imputabilidade é excluída com base na doença mental quando essa influir no autor do crime de tal forma que sua capacidade de entender o que está fazendo seja completamente eliminada, autorizando somente a incidência da responsabilidade penal por meio da aplicação de medida de segurança.

⁸ Ibidem. p. 357.

2.2. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Santos (2011), Vicentini e Haro (2013) ensinam que a inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto se refere às pessoas que não possuem maturidade mental e emocional para agir de acordo com o Direito. É o caso dos menores de dezoito anos que, em virtude da mentalidade em estado de formação, praticam ato infracional. Falam também que essa causa de inimputabilidade se aplica àqueles que em razão da ausência de convívio social não podem se adequar às regras existentes, como os silvícolas não integrados à sociedade. Aqui a inimputabilidade é constatada, em regra, por meio de exame pericial antropológico.

Especificamente sobre os índios e o exame antropológico, é importante tecer algumas peculiaridades segundo a legislação específica e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

O Estatuto do Índio – Lei nº 6001/73 – define índio e comunidade indígena como:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados. (BRASIL, 1973).

O artigo abaixo classifica o grau de integração do indígena de três maneiras, a saber:

Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (BRASIL, 1973).

Essas definições são utilizadas para embasar as decisões judiciais e verificar a imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade do indígena, de acordo com sua integração social. No mais, o Estatuto traz critérios para a redução de pena

do índio imputável e a possibilidade de concessão de regime de cumprimento mais brando, nos termos do seu artigo 56, parágrafo único.

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado. (BRASIL, 1973).

O STF, entretanto, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 85198/MA, interpretou as definições expostas pelo Estatuto do Índio, Código Penal e Processo Penal para relativizar a imperatividade da confecção do exame antropológico verificador da imputabilidade do indígena. Isto é, o STF entendeu que o exame não pode ser utilizado de maneira irrestrita, especialmente se o juiz *a quo* formou convicção suficiente sobre o nível de inserção social do índio e sua conseqüente responsabilidade jurídico-penal, ou a impossibilidade de lhe ser aplicada. Dentre as provas que podem servir para comprovar o grau de interação do indígena com a sociedade, estão a fluência da língua portuguesa e a alfabetização.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte. (STF, HC n. 85198/MA, Rel. Min. Eros Grau, jul. 17/11/2005).

Nessa trilha, nota-se que o exame pericial antropológico é utilizado como instrumento de individualização da pena. O indígena que cometer crime deve se submeter a ele para que se constate sua origem étnica e vontades, atestando se poderá receber ou não a sanção penal.

No que tange ao retardado, Santos (2011, p. 51-52), Vicentini e Haro (2014, s/p) descrevem que é assim chamado aquele que possui déficit de inteligência, uma incoerência com a idade. Esse tipo de problema é denominado oligofrenia, cujas espécies mais comuns são a debilidade mental (leve, média ou alta), a imbecilidade

e o idiota. Enquadra-se ainda o surdo-mudo, que é retardado porque a ausência dos sentidos audição e fala lhe afeta a compreensão dos fatos.

2.3. Menoridade

Em relação à menoridade, cabe trazer a tona alguns pontos que atualmente tem ganhado holofotes.

Pois bem, além do artigo 27 do Código Penal que prevê a inimputabilidade do menor de dezoito anos, o artigo 228 da Constituição Federal determina que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988). Essas regras, coadunadas ao que dispõe o artigo 227 desse *códex*⁹ e às tratativas decorrentes dos movimentos internacionais em prol dos direitos da criança e do adolescente, inspiraram a criação de um diploma considerado inovador, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/1990 –, que é responsável pela materialização da constitucionalizada doutrina da proteção integral e está alicerçado, dentre outros, no princípio do melhor interesse da criança. Em meio as suas disposições, o ECA traz medidas aplicáveis aos menores que transgridam a lei penal.

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos da Criança ser de 1959, o Brasil só efetivou a Doutrina da Proteção Integral em 1988 com o surgimento da Constituição Federal, que trouxe, pela primeira vez, um dispositivo que dá direitos às crianças e adolescentes. Em 1989 é aprovada a Convenção sobre os direitos da criança. Além disso, em 13 de julho de 1990 foram abençoados por uma lei específica: o Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabeleceu normas protetivas que ganharam destaque em virtude da ‘condição peculiar de desenvolvimento’, alicerçadas pelo princípio do melhor interesse da criança, assegurando à criança e ao adolescente todas as oportunidades, a fim de proporcionar um desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual com liberdade e dignidade. (PRESTES, 2014, p. 128-129).

A conduta do menor que contrarie a legislação penal é denominada ato infracional,¹⁰ correspondendo a um crime ou contravenção (mas não se trata de

⁹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

¹⁰ Para se saber se o autor do crime é ou não inimputável com esteio na menoridade, deve-se averiguar sua idade na data do fato, em vista da regra do artigo 104 do ECA: “São penalmente

crime), nos termos do artigo 103 do ECA.¹¹ Assim, caso a criança, entendida como pessoa de até doze anos incompletos, cometa ato infracional, o Estatuto autoriza a aplicação de medida protetiva,¹² enquanto ao adolescente, menor de dezoito anos e maior de doze,¹³ há previsão para imposição de medida socioeducativa.¹⁴

As medidas socioeducativas podem ser de meio aberto ou restritiva de liberdade. De meio aberto subdividem-se em: prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e obrigação de reparar o dano. A restritiva de liberdade pode ser realizada em regime de semiliberdade ou internação (mais graves). Não é demérito conferir em detalhes cada uma delas.

a) Medidas socioeducativas de meio aberto: i) prestação de serviço à comunidade – nos termos do art. 117 do ECA, a prestação de serviços à

inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato” (BRASIL, 1990). Se um menor cometer o crime no dia do seu aniversário de dezoito anos, ele será penalmente responsabilizado, independentemente do horário em que nasceu. De outra forma, a inimputabilidade será afastada em decorrência da regra de contagem de prazo adotada pelo Código Penal, que não prevê o quesito hora para o cômputo. Por isso, se o menor que nasceu no dia “x”, às “x” horas agir de modo contrário do Direito Penal, mesmo antes do horário “x”, mas no dia em que nasceu, terá cometido crime e não ato infracional. A jurisprudência confirma: “A responsabilidade penal surge à zero hora do dia correspondente ao 18º aniversário. É que na contagem dos prazos previstos pelo Código Penal, levam-se em conta os dias, meses e anos, e não as horas. Assim, não se isenta o agente de responsabilidade penal o fato de cometer crime no dia de seu 18º aniversário em horário anterior a seu nascimento (Tacrím – AC – Rel. Silva Pinto – BMJ 84/14 apud JERÔNIMO; MADRID, 2014, p. 09).

¹¹ “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 1990).

¹² “Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta. [...] Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta” (BRASIL, 1990).

¹³ “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 (BRASIL, 1990).

¹⁴ “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” (BRASIL, 1990).

comunidade consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Importante ressaltar que as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. ii) liberdade assistida – [...] pauta-se fundamentalmente na figura do orientador, cujo papel é o de promover o adolescente socialmente, conduzindo-o para a prática de boas condutas, pessoais. A liberdade assistida não tem prazo determinado, mas deve ser aplicada por no mínimo 06 meses. iii) obrigação de reparar o dano – [...] tem com finalidade o ressarcimento da vítima ou, em não sendo possível, a compensação do dano. b) Medidas socioeducativas restritivas de liberdade: i) regime de semiliberdade – [...] insere o adolescente em entidade que desenvolva o programa, com permissão para sua saída apenas nas hipóteses de trabalho e estudo. A medida de semiliberdade pode ser aplicada desde o início ou como forma de transição para medidas socioeducativas em meio aberto. ii) internação – [...] significa a reclusão do adolescente em estabelecimento adequado e que desenvolva o programa. Há cerceamento total de sua liberdade de ir e vir. Nos termos do art. 227, §3º, V, da CF os princípios que regem a medida socioeducativa de internação são: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar. (TRIGUEIROS, 2014, p. 338).

Releva deixar claro que as medidas protetivas e socioeducativas são oriundas de ato infracional, por isso não podem ser interpretadas como penas. As medidas possuem finalidade educativa, enquanto as penas buscam a punição e a retribuição ao agente pelo delito que causou. Daí algumas regras/institutos empregados nas ações penas e no processo penal não devem ser transportados para as causas que versam sobre ato infracional, sob pena de se subverter a dogmática inerente a cada um, isto é, aos comandos aplicáveis especificamente ao crime e ao ato infracional.

Digiácomo e Digiácomo ensinam que:

Como o ato infracional não é crime e a medida socioeducativa não é pena, incabível fazer qualquer correlação entre a quantidade ou qualidade (se reclusão ou detenção) de pena in abstracto prevista para o imputável que pratica o crime e a medida socioeducativa destinada ao adolescente que pratica a mesma conduta, até porque inexistente qualquer prévia correlação entre o ato infracional praticado e a medida a ser aplicada, nada impedindo - e sendo mesmo preferível, na forma da Lei e da Constituição Federal - que um ato infracional de natureza grave receba medidas socioeducativas em meio aberto. A aplicação das medidas socioeducativas não está sujeita aos parâmetros traçados pelo CP e doutrina penalista para a 'dosimetria da pena', sendo assim inadmissível a utilização, bastante comum, da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. [...] As medidas socioeducativas devem, em regra, corresponder a um programa socioeducativo e este, por sua vez, deve estar inserido numa política socioeducativa mais ampla, devidamente articulada (cf. art. 86, do ECA) com outros programas e serviços públicos disponíveis na 'rede de proteção à criança e ao adolescente' que todo município deve dispor [...] (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, p. 163-164).

Essa elucidação serve também para indicar a correlação entre maioria penal e responsabilidade criminal, reafirmando o entendimento do já explicitado conceito de imputabilidade e auxiliando o entendimento quanto a distinção entre aplicação de pena e medida protetiva ou socioeducativa.

Para que alguém possa ser responsabilizado criminalmente, deve, antes de tudo, possuir maioria penal. A maioria penal refere-se, nos termos da legislação corrente, ao maior de 18 (dezoito) anos que não se encaixe em qualquer das causas excludentes de imputabilidade previstas no Código Penal. Grosso modo: é penalmente maior aquele que possua idade superior a dezoito anos e seja capaz de entender o caráter ilícito de seus atos. Somente ao portador da maioria penal é que se pode atribuir a responsabilidade criminal, pois o menor de idade, rememore-se, não comete crime, mas ato infracional.

A responsabilidade criminal surge quando o indivíduo, maior de idade e na integridade de suas faculdades mentais, age, de maneira positiva ou negativa, violando bens jurídicos penalmente tutelados. Ele preenche, com sua conduta, todas as elementares do tipo. São elementares do crime de furto simples, *v.g.*, o verbo “subtrair” e “coisa alheia móvel”. “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...]” (BRASIL, 1940). Sem a verificação de todas as elementares do tipo, o fato será atípico.

Como se percebe, o legislador constituinte derivado e o legislador infraconstitucional cuidaram para que os menores de dezoito anos obtivessem especial proteção legal, instituindo, para isso, dispositivos e leis que regulamentaram diversos anseios que há muito se verificaram, em particular acerca da criação de mecanismos para repreensão dos responsáveis pela prática de ato infracional.

O ECA levou em conta certas particularidades inerentes aos menores como condição de outorga ao poder de “punir” do Estado. Os exemplos mais claros, que representam garantias dispensadas ao menor infrator durante o cumprimento de sua responsabilidade legal, são: atenção ao horário de estudo e trabalho do menor; quantidade máxima de horas diárias de tarefas prestadas e de cumprimento total da medida; e, proporcionalidade na aplicação da medida.¹⁵

¹⁵ “Art. 112. [...] § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração” (BRASIL, 1990).

Não obstante tudo o que foi criado para responsabilizar e resguardar os direitos dos menores infratores desde a promulgação da Constituição Federal, a literatura assevera que muitas críticas e projetos de lei erigiram questionando a “brandura” conferida pelas leis que lhe são aplicáveis em caso de ato infracional. Diz que hoje há inúmeros requerimentos e iniciativas conclamando o endurecimento das normas e medidas impostas a esses menores, frutos, sobretudo, do aumento da criminalidade e da “impunidade” corriqueira.

Depreende-se também que o “movimento pela punição” do menor infrator se espalhou pelo Brasil com mais afinco a partir dos últimos anos do século XX. De lá para cá o debate entorno do assunto tem se intensificado, precipuamente no que concerne à redução da maioridade penal.

[...] desde 1993 emergem projetos de emenda constitucional, com a finalidade de alterar o artigo 228 da Constituição Federal, e, conseqüentemente, reduzir a idade penal. [...] foram apensados ao Projeto de Emenda Constitucional 171 de 1993 [o pioneiro], 18 outros projetos, todos com o objetivo de endurecer o sistema penal juvenil. (PRESTES, 2014, p. 138).¹⁶

Existem diversas iniciativas tramitando no Legislativo Federal com vistas à redução da idade para a responsabilização penal. A maioria delas indica a redução para 16 anos (Propostas de Emenda à Constituição-PEC n. 18/1999, 20/1999, 03/2001, 26/2002 e 33/2012); outras, como a PEC n. 90/2003, apontam a redução para os 13 anos, em se tratando de crimes hediondos; a PEC n. 09/2004 propõe uma avaliação individual de cada caso, para determinar se, à época do cometimento do fato, o adolescente já não teria pleno discernimento (“idade psicológica”) para entender o caso e, conseqüentemente, penalizá-lo no âmbito penal; há, ainda, propostas de maior abrangência para a penalização, como a PEC n. 321/2001, de propositura do Deputado Almir Fraga, a qual propõe a imputabilidade penal iniciando-se a partir dos 11 anos de idade. (OLIVEIRA, 2014, p. 40).

A maioridade penal ocorre com o advento da idade de dezoito anos, conforme explicado. Contudo, no geral os autores dos projetos de lei em desfavor das regras em vigor acreditam que com a redução da maioridade penal o percentual de violência poderá decrescer. A temática ganha ainda mais fervor diante do rigoroso

¹⁶ “[E]ncontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania o projeto de Emenda Constitucional 33/2012, o qual prevê na sua ementa a alteração dos artigos 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo para prever a possibilidade de desconsideração da inimizabilidade penal de maiores de 16 anos e menores de 18 por Lei Complementar. Anexado a este, encontram-se os projetos 74/2011 e 83/2011. O primeiro prevê acrescentar o parágrafo único ao artigo 228 da Constituição Federal para estabelecer que, nos casos de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de 15 anos. Já o segundo pretende estabelecer a maioridade civil e penal aos 16 anos tornando obrigatório o exercício do voto nesta idade” (PRESTES, 2014, p. 139).

processo legislativo¹⁷ que deve ser perseguido para redução da idade penal. Isso acontece porque a inimizabilidade é matéria de ordem constitucional – art. 228, da Constituição Federal –, sendo sua modificação dependente da elaboração de projeto de emenda à Constituição¹⁸ (PEC) e conseqüente aprovação.¹⁹ Para esse processo formal a doutrina confere o nome de rígido, posto que mais solene que o utilizado para a alteração de outras normas. Daí muitos conflitos entram em cena assinalados por diversas questões, inclusive político-partidárias, já que a modificação do artigo 228 da Constituição cabe às duas casas do Congresso Nacional. Mas entremeio aos contrastes propagados pelo assunto “redução da maioria penal”, duas correntes podem ser claramente identificadas: uma contrária e outra condescendente à redução dessa idade.

Antes de se mencionar os argumentos mais utilizados pelos dois movimentos para fundamentar seus posicionamentos, implica redigir algumas disposições legislativas acerca dos direitos e deveres de menores de dezoito anos encontradas para além da Constituição Federal, do Código Penal e do ECA.

No Código Civil – Lei nº 10.406/02 –, incapacidade significa: “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos” (BRASIL, 2002). A expressão “relativamente incapaz” obtemperada pelo legislador, indica que o menor de dezoito anos e maior de dezesseis atingiu certo grau de desenvolvimento intelectual, podendo praticar alguns atos da vida civil mediante observação aos requisitos legais, particularmente o de ser assistido por seu representante. Seguidamente o

¹⁷ “Para a criação de atos normativos, o art. 59 da CF determina um processo formal que deverá ser seguido pelos órgãos e pessoas que têm a função de elaborar as normas jurídicas, sob pena de, sendo violado, tornar a lei formalmente inconstitucional” (VIEIRA, 2014, p. 718). O artigo 59 da Constituição Federal reza que: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” (BRASIL, 1988). (grifo nosso).

¹⁸ São legitimados para propor emenda constitucional: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros” (BRASIL, 1988).

¹⁹ A aprovação de projeto de emenda constitucional depende de: “Art. 60. [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (BRASIL, 1988).

artigo 5º contempla a causa de cessação da menoridade e, ainda, um rol casuístico que é relativo ao alcance da maioridade antes dos dezoito anos.

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2002).

Desse modo, a regra é que a menoridade deve terminar com a idade de dezoito anos completos. As hipóteses expressas no parágrafo único desse dispositivo retratam o empenho do legislador em cingir circunstâncias que possam levar o menor a adquirir a maioridade antes de completar dezoito anos.

No primeiro caso se vê a emancipação do menor por consentimento dos pais, os quais consideram o filho maduro o suficiente para administrar sua vida e seus bens. No inciso dois a capacidade civil é obtida pelo casamento e, caso haja separação ou o cônjuge faleça, o menor poderá voltar a ser inimputável, se, é claro, ainda não houver atingido a idade de dezoito anos. O inciso três diz que o menor que exerce emprego público efetivo se torna plenamente capaz. A proposição subsequente fala que o menor diplomado em curso de graduação atinge a plena capacidade civil. O derradeiro inciso prescreve que a pessoa com dezesseis anos completos detentora de empresa civil, comercial ou que pela relação de emprego for tiver economia própria, pode adquirir a capacidade civil plena.

No âmbito do Direito do Trabalho o menor conta com proteção “extra” em face das características que lhe são próprias. Jerônimo e Madrid citam o tratamento legislativo conferido ao menor sujeito ao labor:

Na [...] atual Consolidação das Leis Trabalhistas o menor é visto como sete modalidades: a) pela Constituição Federal e pela CLT ele é regido como menor empregado; b) menor aprendiz empregado, também pela CLT; c) menor aprendiz não empregado, vide artigo 431, CLT; d) trabalho familiar do menor, artigo 402, § único da CLT; e) trabalho socioeducativo, vide artigo 67 do ECA; f) menor jornaleiro, artigo 405, § 4º da CLT, e; g) menor bolsista, disciplinado pelo ECA. (JERÔNIMO; MADRID, 2014, p. 14).

A Constituição Federal disciplina que o menor poderá figurar na condição de empregado se contar com mais de dezesseis anos e, na condição de aprendiz, se

maior de quatorze anos. O trabalho para pessoa abaixo dessa idade é vedado, assim como qualquer tipo de trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de dezoito anos. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...] [...] XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;” [...] (BRASIL, 1988). O menor também não pode trabalhar em locais ou prestar serviços que possam ser prejudiciais à sua moral: “Art. 405 - Ao menor não será permitido o trabalho: [...] II - em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade” (BRASIL, 1943).

Sua jornada de trabalho segue a regra dos adultos, isto é, até oito horas diárias com intervalos iguais, sendo vedadas as horas extras, salvo exceções, em atenção a regra dos artigos 411 e 413 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 411 - A duração do trabalho do menor regular-se-á pelas disposições legais relativas à duração do trabalho em geral, com as restrições estabelecidas neste Capítulo. [...] Art. 413 - É vedado prorrogar a duração normal diária do trabalho do menor, salvo: I - até mais 2 (duas) horas, independentemente de acréscimo salarial, mediante convenção ou acordo coletivo nos termos do Título VI desta Consolidação, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite máximo de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixada; II - excepcionalmente, por motivo de força maior, até o máximo de 12 (doze) horas, com acréscimo salarial de, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) sobre a hora normal e desde que o trabalho do menor seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento. (BRASIL, 1943).

O salário deve ser igual ao do adulto, uma vez que a Constituição proíbe a distinção salarial com fundamento na idade: “Art. 7º. XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...]” (BRASIL, 1988).

Porém, é na legislação eleitoral que a menoridade encontra seu maior contraste em relação ao menor infrator, pois permite que eleja um representante político, ou seja, participe das eleições diretas para a efetivação da democracia representativa, mas impede que seja punido criminalmente pelos atos ilegais que cometer. Nesse sentido a Constituição Federal preconiza no artigo 14, §1º, II, “c”, que: “Art. 14. [...] § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: [...] II – facultativos para: [...] c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos” (BRASIL, 1988). Dito de outro modo: a lei confere capacidade eletiva ativa aos menores de dezoito anos (podem votar), mas os protege da responsabilidade criminal.

Os dois lados conflitantes sobre a redução da maioria penal apegam-se nomeadamente nesses preceitos. Contudo, vale dizer que são os defensores da alteração do artigo 228 da Constituição Federal que os utilizam sobremaneira para colocar em xeque a “insubsistência” da legislação frente aos problemas decorrentes da criminalidade perpetrada pelos menores de dezoito anos.

Campos e Godoy (2013) contam que os “integrantes” da corrente que postula pela redução da maioria penal, aduzem que a legislação brasileira é contraditória em relação ao discernimento do menor de dezoito anos. Se aos dezesseis anos ao adolescente o Código Eleitoral e a Constituição autorizam o voto, presumindo que detenha maturidade suficiente para participar da vida política do Estado, revelam-se incoerentes os dispositivos que impedem a punição criminal do adolescente que viole leis penais, posto que pode perfeitamente distinguir o lícito do ilícito. Além disso, a atual maioria penal destoa do aval concedido pelo Código Civil ao menor de dezoito anos para se emancipar e ser proprietário de estabelecimento comercial, já que são atos próprios do exercício da plena capacidade civil.

Outro aspecto para o qual os autores chamam a atenção, liga-se ao fato de que as medidas de proteção e socioeducativas estabelecidas pelo ECA não são suficientes para “punir” de maneira adequada o menor infrator, ante a falta de rigidez que lhes fora impingida. Isso ocasiona a não intimidação do infrator, que prefere continuar a agir contra a lei. Diante disso, juntamente com a modificação da Constituição Federal, torna-se necessário a elaboração de regras mais severas, as quais possibilitarão a redução da criminalidade.

Ainda, os conseqüentes desse seguimento refutam a ideia de que o artigo 228 da Constituição Federal trata-se de cláusula pétrea – imutáveis por emenda constitucional. Para eles, o “[...] Direito precisa acompanhar a evolução da sociedade, logo, se a visão da sociedade muda acerca da maioria penal, a legislação também precisa ser transformada (CAMPOS; GODOY, 2013, s/p).

Nessa linha, Rogério Greco explica:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do § 4º, do art. 60 da Carta Magna (GRECO, 2010, p. 381).

São cláusulas pétreas, conhecidas também como núcleos essenciais

intangíveis: “Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

Os que se filiaram contrários à redução da maioria penal argumentam basicamente o seguinte: a) a redução da maioria penal não diminuirá a criminalidade; b) foi a vontade do legislador constituinte e infraconstitucional considerar a idade de dezoito anos como causa de cessação da menoridade; e, c) o artigo 228 da Constituição Federal é cláusula pétreia.

A redução da criminalidade é, sem dúvida, o principal objeto de debate. Aqui o entendimento é conduzido no sentido de que, ao contrário, ter-se-ia o agravamento do índice populacional dos presídios, que estão sobrecarregados de pessoas cumprindo pena. Por isso, se o sistema prisional no Brasil é deficiente, seja no aspecto estrutural e/ou nos meios de ressocialização, submeter menores de dezoito anos à condição de detendo, sob as mesmas regras, direitos e deveres, não os impedirá de delinquir, pois o que se constata é a frequente reincidência de ex-condenados.²⁰

No que se refere à vontade de legislador, os juristas dessa vertente dizem que em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, muitos direitos que eram relegados ao plano ordinário ou mesmo não regulamentados finalmente foram elevados ao prisma constitucional. Um deles foi a proteção da família, da criança e do adolescente, que passou a ser realizada por todos – sociedade civil e Estado. Também foi nesse momento que a inimputabilidade do menor de dezoito anos ganhou tratamento específico no artigo 228 e se tornou preceito a ser observado pelo legislador infraconstitucional na elaboração das leis, o que, de fato, ocorreu.

Em nível ordinário essas premissas se concretizaram no sentido de servirem para a criação de normas considerando inimputável o menor de dezoito anos. Por exemplo, a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal – reformada pela Lei nº 7.209/84 – reafirmou a inimputabilidade do menor de dezoito anos.

Manteve o projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é

²⁰ Cf. Campos e Godoy (2013).

naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária. (BRASIL apud SPOSATO, 2011, p. 27-28).

Corolário a essa orientação, o Código Penal previu nos artigos 26 e 27 a inimputabilidade do menor de dezoito anos.

Sposato, fazendo menção ao trecho acima transcrito, ratifica a ideia dessa corrente ao sublinhar os critérios de Política Criminal adotados pelo legislador para considerar inimputável o menor de dezoito anos. Relata que com isso fora acompanhada a tendência mundial e, de modo assertivo, se optou por não punir crianças e adolescentes com o mesmo rigor que um adulto.

É possível afirmar que a adoção da presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 (dezoito) anos não repousa em aspectos relacionados à capacidade ou incapacidade de os menores de idade compreenderem o caráter ilícito de seus atos e conseqüentemente em suposta incapacidade de autodeterminação, mas como a própria Exposição de Motivos esclarece, repousa em opção apoiada em critérios de Política Criminal, qual seja a não utilização do mesmo sistema de responsabilização dos adultos e nem tampouco das mesmas conseqüências penais, como a pena criminal. Esta inovação que tem suas primeiras manifestações no Código Penal de 1940 e vem a ser consolidada na Reforma da Parte Geral de 1984 anuncia a configuração de uma Responsabilidade Penal Especial dos adolescentes, fundada sobretudo no reconhecimento do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (SPOSATO, 2011, p. 28).

O terceiro epicentro propagador do *frisson* entre as duas correntes se apoia na possibilidade de alteração do artigo 228 da Constituição Federal.

Desse lado se advoga a vedação da modificação do dispositivo, sob o argumento de que embora a inimputabilidade do menor de dezoito anos não esteja explicitada no artigo 60 da Constituição, certo é que consubstancia um direito individual, abrangida pelo exemplificativo rol de direitos fundamentais do artigo 5º, eis que há outros direitos fundamentais alocados para além das suas hipóteses, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo: “Art. 5. [...] § 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” (BRASIL, 1988).

Dotti expõe:

A inimputabilidade assim declarada constitui uma das garantias

fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se, pois de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim uma cláusula pétreia. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior à idade penal - dezesseis anos por exemplo como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do §4º, IV, do art. 60 da CF. (DOTTI apud SPOSATO, 2011, p. 197).

Em adição, Prestes indica alguns dos motivos pelos quais a redução da maioria penal não pode ser operada.

A redução da idade penal é incompatível com a Doutrina da Proteção Integral; é inconciliável com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase; é inconstitucional, posto que é indiscutível a inconstitucionalidade de qualquer proposta que modifique o sistema constitucional que reconhece prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes; é uma afronta aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil; uma vez que não restam dúvidas de que o Estatuto da Criança e do Adolescente adequadamente aplicado apresenta bons resultados, e de que são as políticas sociais que possuem real potencial para diminuir o envolvimento de jovens com a violência. (PRESTES, 2014, p. 142).

Não há, como se pode facilmente perceber, um ponto de consenso nesse dilema. Esses desentendimentos, releva dizer, seguem acalorados pelo destaque midiático conferido ao tema, assim como por diversas manifestações sociais que também estão divididas entre os que creem na redução da maioria penal como meio propício para diminuir a criminalidade infanto-juvenil, e os céticos, detentores de uma visão menos legalista, que pregam ser a alteração da Constituição Federal e o enrijecimento da legislação ordinária meios insatisfatórios para a solução desses problemas. Aduzem que os projetos de emenda constitucional farão mudanças inconstitucionais e as leis infraconstitucionais se tornarão instrumentos unicamente de punição, e não de ressocialização.

Apesar dos contrassensos, o Poder Legislativo Federal parece estar varrendo aos poucos o caminho tortuoso pelo qual o assunto tem caminhado.

No dia 31 de março desse ano, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, aprovou a admissibilidade da Proposta e Emenda Constitucional nº 171/93 que diminui a maioria penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesseis) anos. Essa aprovação autorizou a possibilidade de revisão da Constituição Federal, mais especificamente do artigo 228 que prescreve a maioria penal. A questão seguiu para uma Comissão especial na Câmara dos Deputados e, mediante um procedimento articulado pelo Presidente da Câmara, chamado de “manobra legislativa”, houve sua aprovação, em primeiro turno.

A referida aprovação aconteceu na madrugada do dia 2 de julho desse ano, poucas horas depois do texto “original” da PEC ter sido rejeitado pelos Deputados. A redação aprovada é considerada mais “branda”, posto que sujeita pessoas acima de 16 (dezesesseis) anos à responsabilidade criminal pela prática de crimes hediondos, de homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

Após nova votação, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou, na madrugada desta quinta-feira (2), a redução da maioria penal, de 18 para 16 anos, nos casos de crimes hediondos (estupro, sequestro, latrocínio, homicídio qualificado e outros), homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte. O texto aprovado é uma emenda dos deputados Rogério Rosso (PSD-DF) e André Moura (PSC-SE) à proposta de emenda à Constituição da maioria penal (PEC 171/93). Foram 323 votos a favor e 155 contra, em votação em primeiro turno. Os deputados precisam ainda analisar a matéria em segundo turno. A emenda deixa de fora da redução da maioria outros crimes previstos no texto rejeitado na quarta-feira, como roubo qualificado, tortura, tráfico de drogas e lesão corporal grave. O texto anterior era um substitutivo da comissão especial que analisou a PEC. (CÂMARA DOS DEPUTADOS).

Mas anote-se que o procedimento adotado pelo Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, para possibilitar a nova votação gerou polêmica no Plenário. Os congressistas que votaram contra a aprovação da PEC argumentaram que a decisão de submeter o mesmo projeto com redação alterada à uma nova votação, subsequente, subverteu a lei e a Constituição.

PT, PDT, Psol, PSB e PCdoB lançaram mão de instrumentos de obstrução para impedir a votação da proposta e criticaram a nova votação. Os deputados estão dispostos a ir à Justiça contra a emenda. Muitas críticas foram voltadas ao presidente da Câmara, Eduardo Cunha. O deputado Glauber Braga (PSB-RJ) disse que o presidente estava tentando mudar o resultado de ontem. ‘Temos uma decisão proferida pela Casa que, se não agrada, vossa excelência coloca em votação até a vontade de vossa excelência prevalecer’, afirmou. O presidente reagiu. ‘A Presidência não admite a falta de respeito que está sendo dirigida à Mesa. O deputado tem todo o direito de questionar, se contrapor às decisões da Presidência, recorrer e até ir ao STF, como alguns de vocês têm ido sem êxito. Agora, não se dá o direito de desrespeitar a Presidência’, disse. (CÂMARA DOS DEPUTADOS).

A Constituição Federal prevê em seu artigo 60, §2º, que: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (BRASIL, 1988). Se, no entanto, a proposta for rejeitada, é

vedada sua apresentação na mesma sessão legislativa,²¹ nos termos do §5º, do mesmo dispositivo: “§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL, 1988).

De acordo com a regra constitucional, pode-se dizer que, ao menos a primeira vista, a nova votação e aprovação da PEC nº 171/93 é inconstitucional.

Em que pese a polêmica criada, os efeitos, benefícios e entraves possivelmente decorrentes da aprovação da (s) proposta (s) de redução da maioria penal somente poderão ser mensurados com clareza após a efetiva alteração legislativa e vigência da lei. Entretanto, os dissentimentos que circundam o assunto não são dispensáveis por isso, mas, ao contrário, servem, dentre outras coisas, para elevar a questão a um plano onde mais pessoas possam questionar sobre “o que fazer” para minimizar ou até “solucionar” os problemas oriundos da violência praticada por menores de dezoito anos.

2.4. Embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior

A embriaguez está disciplinada no artigo 28, II, §1º, do Código Penal. Aqui o legislador estabeleceu que se houver ocorrência de fato definido em lei como crime e o agente estiver completamente embriagado por motivo de caso fortuito ou força maior (circunstâncias involuntárias), sua imputabilidade será excluída (isento de pena).

Corroborando essa regra, Trigueiros (2014, p. 339) fala que: “Apenas a embriaguez involuntária e completa retira a capacidade do agente de querer e entender, tornando-o inimputável”. Se, grife-se, a embriaguez for incompleta, a pena será reduzida (vez que é direito subjetivo do réu), consoante parágrafo segundo do dispositivo em proeminência: “Art. 28. II, § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940). A doutrina denomina a embriaguez prevista no artigo

²¹ A sessão legislativa ordinária é o período de atividade normal do Congresso a cada ano, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

28 do Código Penal de acidental ou involuntária.²²

É importante trazer à baila o que se entende por caso fortuito e força maior. Caso fortuito, de acordo com Santos (2011, p. 54), é o evento difícil ou quase impossível de ocorrer, como, por modelo, a situação em que uma pessoa tropeça e cai em um barril de bebida alcoólica, embriagando-se. O “agente não tinha possibilidades de prever o que aconteceria ou ainda não sabia que determinada substância poderia lhe causar embriaguez. Aqui o resultado é imprevisível e não deriva de culpa do agente”. Já força maior é tudo o que ultrapassa o poder de controle do agente. É exemplo o caso “[...] do calouro que é obrigado a ingerir bebida alcoólica por coação num trote acadêmico. Aqui o resultado é previsível, mas é inevitável.”

Além da embriaguez acidental, há a chamada embriaguez patológica que também pode excluir a imputabilidade do agente. Isso acontece porque ela é considerada doença. Seus portadores são “aqueles que constantemente se encontram em estado de embriaguez devido à um desejo insuportável de consumir as bebidas alcoólicas” (SANTOS, 2011, p. 55). Por ser uma patologia, aplica-se ao autor do fato o comando do artigo 26, *caput*, do Código Penal, afastando-se a imputabilidade se a anormalidade psíquica lhe retirar completamente a capacidade de entender e querer, ou há redução da pena caso a patologia apenas lhe diminuir a capacidade mental, *ex vi* do referido artigo, parágrafo único.²³

Mas a questão não é tão simples de ser aferida. O Supremo Tribunal Federal entende que o alcoolismo somente é capaz de afastar integralmente a imputabilidade se incidir sobre o sujeito de tal modo que lhe impeça de discernir a ilicitude de sua conduta. A corte também enfatiza a indispensabilidade do exame toxicológico sempre que se alegar a exclusão da imputabilidade com suporte no alcoolismo. Assim não importa em quantos processos determinada pessoa figure como autora de crime em que se alegue a extinção da imputabilidade pelo alcoolismo, em todos, em cada caso concreto, há de se realizar perícia para averiguar em que ponto a embriaguez influenciou na livre determinação do autor do fato.

²² Cf. Machado et al. (2011, p. 105).

²³ “[A] embriaguez patológica, também chamada de alcoolismo, tanto pode excluir a culpabilidade, na forma do art. 26, *caput* do Código Penal, como acarretar a redução da pena. Esta hipótese, por sua vez, é regulada pelo art. 26, parágrafo único do mesmo diploma legal” (PORTUGAL, 2013, p. 18).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. DESERÇÃO. ALEGADA INIMPUTABILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. INDADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. A imputabilidade se consubstancia mesmo que o paciente sofra de alcoolismo, pois a doença, em si, não gera inimizabilidade, e sim os efeitos que ela eventualmente opere sobre o agente, ao tempo do crime. O fato de ter o paciente sido considerado inimputável em outros processos pelo mesmo crime, não significa que o seja indefinidamente, pois deve ser observado se, no caso concreto, ele não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O habeas corpus não é o meio adequado para análise aprofundada acerca da capacidade de discernimento do paciente à época dos fatos a ele imputados, pois isso dependeria de profundo exame de matéria probatória, inviável nessa via. (STF, HC nº 85721, Rel. Min. Joaquim Barbosa, jul. 28/06/2005).

Outra espécie de embriaguez vista na literatura jurídica é a dolosa e a culposa. Santos (2011) e Machado et al. (2011) explicam que a primeira sobrevém quando o agente intencionalmente ingere bebida alcoólica a ponto de ficar embriagado. A segunda, diversamente, ocorre quando o sujeito imprudentemente se excede na ingestão de álcool e alcança estado de ebriedade. Veja-se que aqui ele não possui a intenção de ficar embriagado, embora tenha a vontade de beber. O resultado embriaguez ocorre por ter ele errado no proceder, isto é, ter bebido demais.

A embriaguez dolosa e culposa (não acidental), completa ou incompleta, não exclui a imputabilidade, arcando o sujeito normalmente com as consequências jurídicas do delito – como alguém sóbrio. “[I]sso ocorre pela ficção jurídica de que responde como se tivesse praticado o crime no momento em que começou a se embriagar, quando era absolutamente livre para escolher entre uma e outra conduta” (MACHADO et al., 2011, p. 105).

Há ainda a embriaguez preordenada. Essa espécie se perfaz quanto o sujeito se embriaga para praticar o crime. É circunstância agravante – “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] I) em estado de embriaguez preordenada” (BRASIL, 1940). Incide nessa conjuntura a teoria/instituto da *actio libera in causa* (ação livre na causa), que é situação onde “[...] o agente se coloca em estado de inimputabilidade intencionalmente para cometer um delito, ou, ainda que sem intenção, quando previa o resultado ou podia prever” (SANTOS, 2011, p. 55). Com base no instituto, mesmo que o agente no momento da ação não possuía entendimento e autodeterminação, será responsabilizado com fulcro no artigo 28, II,

do Código Penal,²⁴ isso porque a imputabilidade não será analisada no momento da ação ou omissão, mas “[...] no instante em que o agente tinha capacidade e, voluntariamente se colocou em estado de inimputabilidade” (embriaguez) (SANTOS, 2011, p. 55). É exceção à regra “ao tempo da ação ou omissão” adotada pelo Código Penal.

Em resumo, existem os seguintes tipos de embriaguez: a) acidental ou involuntária – gerada por caso fortuito ou força maior (exclui a imputabilidade – art. 28, II, §§ 1º e 2º do Código Penal); b) patológica (exclui a imputabilidade – art. 26 do Código Penal); c) não acidental – dolosa ou culposa (não são causas de inimputabilidade); e, d) preordenada (não é causa de inimputabilidade, art. 28, II, c/c art. 61, II, i do Código Penal).

2.5. Dependência ou intoxicação decorrente de consumo de drogas ilícitas

A dependência ou intoxicação voluntária decorrente do consumo de drogas ilícitas também incide sobre a culpabilidade, excluindo a imputabilidade. Está prevista no artigo 45 da Lei nº 11.343/06.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2006).

Santos (2011, p. 52) preleciona que nesses casos “o agente estará sujeito a tratamento medico adequado, desde que seja provado a dependência ou os efeitos da droga mediante perícia.”

O autor ressalta ainda que se a incapacidade mental do autor do delito decorrer do consumo involuntário de droga (caso fortuito ou força maior), a absolvição será própria – não lhe aplicando sanção penal. Ao passo que se a incapacidade se der em razão de dependência química, cabe ao juiz da causa proferir sentença absolutória imprópria, aplicando-lhe medida de segurança.

²⁴ “Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal: [...] II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos” (BRASIL, 1940).

3. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL

Em sede doutrinária e jurisprudencial há estudos e decisões acerca da incidência dos critérios biológico, psicológico e biopsicológico¹ para se constatar as hipóteses legais de exclusão de imputabilidade anteriormente descritas. É importante saber que esses critérios incidem, cada qual, em casos específicos, como o biológico para a determinação da inimputabilidade do menor de dezoito anos. Todos eles são criticados pela doutrina, pois apresentam falhas de aplicabilidade.

3.1. Critério biológico

Nucci (apud VICENTINI; HARO, 2014, p. 10) leciona ser o critério biológico aquele que considera inimputável a pessoa que apresenta patologia mental clínica, mais especificamente: aquele que leva em conta somente a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado do autor do delito para declará-lo inimputável.

O professor enfatiza que com base nesse critério, é irrelevante a verificação da consciência ou falta dela no momento em que a ação ou omissão ilícita acontece, isso porque o mero fato do agente possuir problemas mentais já o torna inimputável. Fala que é necessário exame pericial para atestar a anomalia responsável por retirar a consciência do autor do crime.

Constituem exemplos de doença mental:

Saúde mental é um conceito vago que engloba desde transtornos como dislexia, autismo, síndrome de Down, demência senil, depressão, que se manifestam de diferentes formas e com diferentes sintomas, até distúrbios psicológicos e de comportamento – ansiedade e estresse, por exemplo – diretamente relacionados com as condições de vida impostas pela sociedade atual. (VARELLA apud VICENTINI; HARO, 2014, p. 27).

Uma vez comprovada a incapacidade mental do agente por meio de laudo pericial, é direito público subjetivo seu ter a imputabilidade excluída.

O Código Penal adotou no artigo 27 o critério biológico para estabelecer a faixa etária do agente que deve ser considerado inimputável. No caso, ser ele menor de dezoito anos na data do fato. Por isso se diz que a menoridade é causa de

¹ Também são conhecidos, respectivamente, por: etiológico, psiquiátrico e misto (Cf. SANTOS, 2011, p. 50).

presunção absoluta – que não admite prova em contrário.

Então, com sustentáculo no plano meramente legal, é assertivo dizer que o menor de dezoito anos não possuía capacidade de entendimento e determinação quando da violação da lei penal. A menoridade automaticamente o isenta de ser criminalmente punido pelo ato ilegal que cometera. Pelo ato infracional apenas lhe pode ser imposta medida protetiva ou socioeducativa.

Acolhido o critério puramente biológico (a idade do agente), o art. 27 da PG/84 confirmou com única alteração redacional (ao invés de menores ‘irresponsáveis’, referiu-se corretamente a menores ‘inimputáveis’), o texto do art. 23 da PG/40. Muito embora o menor possa ter a capacidade plena para entender o caráter criminoso do fato ou determinar-se segundo esse entendimento, o déficit da idade torna-o inimputável, presumindo-se, de modo absoluto, que não possui o desenvolvimento mental indispensável para suportar a pena. O limite de idade fixado pelo legislador foi de 18 anos. (FRANCO apud CHAVES, 2010, p. 34).

[...] ficam os menores de 18 anos sujeitos às disposições específicas do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104 da lei 8.069/90). Esse diploma legal prevê, no caso de ato infracional (crime ou contravenção penal) praticado por criança ou adolescente, medidas de proteção genéricas (art. 98, ECA) e específicas (art. 101, ECA) e, ainda, para o adolescente, medidas socioeducativas (art. 12, ECA). Se o menor já tem 18 anos completos, mas ainda não atingiu 21, faz jus à atenuação da pena (art. 65, I, 1.a parte, CP) e à redução do prazo prescricional (art. 115, CP) (PRADO apud OLIVEIRA, 2014, p. 23).

Saliente-se que no transcorrer do cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade ou de internação (restritivas de liberdade), caso o menor atinja a capacidade civil – complete dezoito anos –, excepcionalmente poderá ser estendido o cumprimento de sua medida até os vinte e um anos, em atenção ao critério cronológico absoluto, que objetiva proteger a pessoa em razão da idade, bem como nos comandos dos artigos 120, §2º e 121, §5º, todos do ECA.² Nessa linha é o seguinte julgamento do Supremo Tribunal Federal:

Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Medida socioeducativa. Art. 121, § 5º, do Estatuto: não derrogação pelo novo CC: princípio da especialidade. Regime de semiliberdade. Superveniência da maioridade. Manutenção da medida: possibilidade. Precedentes. Habeas indeferido. Não se vislumbra qualquer contrariedade entre o novo CC e o ECA relativamente ao limite de idade para aplicação de seus institutos. O ECA

² “Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. [...] § 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...] § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade” (BRASIL, 1990).

não menciona a maioria civil como causa de extinção da medida socioeducativa imposta ao infrator: ali se contém apenas a afirmação de que suas normas podem ser aplicadas excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º). Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o ECA, que é norma especial, e não o CC ou o CP, diplomas nos quais se contém normas de caráter geral. A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes. (HC nº 94.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, jul. 12/08/2008, DJE de 3-10-2008).

Porém, a presunção absoluta de inimputabilidade que recai sobre o menor de dezoito anos é fortemente criticada pela doutrina e, em especial, pelo seguimento que requer a redução da maioria penal. Argumenta-se que não há plausibilidade em se considerar uma pessoa inimputável, *v.g.*, na véspera do seu aniversário – com dezessete anos, portanto – e, alguns momentos depois, ao completar dezoito anos, considera-la imputável. Fala-se que a consciência sobre licitude e ilicitude dos atos somente pode ser obtida de maneira gradativa. Um simples marco temporal, conforme estabelecido no ordenamento jurídico vigente, não é capaz de determinar o quão consciente era o sujeito no momento do delito.

Palomba explica:

Os momentos biopsicológicos do desenvolvimento do ser humano, que se faz aos poucos, sem saltos bruscos, podem ser traduzidos em idade, da seguinte maneira: do nascimento aos 12 anos é o período das aquisições mentais, no qual o cérebro sequer atingiu o seu peso definitivo, lembrando que os neurônios (células cerebrais) se maturam pouco a pouco. Dos 13 aos 18 anos, quando se inicia a espermatogênese no homem e ocorre a menarca na mulher, o cérebro ainda não está totalmente desenvolvido, embora já ofereça condições para, no meio social, o indivíduo formar os seus próprios valores ético-morais, e ter os seus interesses particulares. A partir dos 18 anos já está biológica e psicologicamente com suas estruturas suficientemente desenvolvidas e, portanto, apto para a vida. Tudo isso se desenvolve aos poucos, paulatinamente, como a fruta verde que com o tempo amadurece. (PALOMBA apud AFONSO, 2009, p. 24).

Não bastasse, outra atribuição negativa dirigida em desfavor desse critério se liga à sua própria essência, isso porque leva em consideração somente os atributos psíquicos – desenvolvimento mental incompleto ou anomalia – do agente para avaliá-lo como inimputável.

O sistema biológico traz grande prejuízo de presumir a inimputabilidade pelo simples fato de existir distúrbio mental. Esta avaliação antecipada é

impertinente porque não leva em consideração os intervalos lúcidos com que as moléstias, por vezes, proporcionam a suas vítimas. Nestes intervalos, é possível ao portador de distúrbios mentais alcançar o completo discernimento do fato e agir conforme este discernimento. Assim, seria, então, justo que fosse chamado a responder criminalmente pelo ato ilícito por ele praticado, pois naquele momento estava totalmente são. (AFONSO, 2009, p. 23-24).

[...] aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se esta anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato. É evidentemente, um critério falho, que deixa impune aquele que tem entendimento e capacidade de determinação, apesar de ser portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto, etc. (MIRABETE e FABBRINI apud AFONSO, 2009, p. 24).

3.2. Critério psicológico

Vicentini e Haro (2014) ensinam que este critério analisa unicamente as condições psicológicas do indivíduo ao tempo em que praticou o crime.

Se considera inimputável o agente que no momento da ação ou omissão não era capaz de compreender a ilicitude de sua conduta. É prescindível se averiguar a existência de anomalia mental no agente. De consequência, o juiz terá papel precípua, eis que será ele quem avaliará a conduta do meliante e decidirá se deve ou não ser afastada sua imputabilidade.

Pelo critério psicológico, a lei enumera os aspectos da atividade psíquica cuja deficiência torna o indivíduo inimputável (falta de inteligência ou vontade normais ou estado psíquicos equivalentes), sem referência às causas patológicas desta deficiência. Basta a demonstração de que o agente não tinha capacidade de entender e de querer, sob o plano estritamente psicológico, para se admitir a inimputabilidade. (DOTTI, 2005, p. 412).

O critério psicológico, isoladamente, não foi admitido pelo legislador brasileiro.

A título de ilustração, se fosse adotado o critério psicológico entre nós, a supressão total dos sentidos pela emoção, que não está prevista em lei como causa dirimente, poderia levar à exclusão da imputabilidade do agente, quando retirasse totalmente a capacidade de entender ou a de querer. Exemplo: a mulher que flagrasse o marido em adultério e, completamente transtornada, com integral alteração de seu estado físico-psíquico, o matasse poderia ter excluída a sua culpabilidade, se ficasse demonstrada a ausência da capacidade intelectual ou volitiva no momento da ação. (CAPEZ apud VICENTINI; HARO, 2014, p. 27).

Noutro ponto de vista, Afonso tece a seguinte observação:

Como desvantagem a este critério, podemos apontar o fato de que sempre que houvesse a prática de um delito, o infrator independentemente de

qualquer outra condição pessoal seria submetido ao exame para checar a imputabilidade penal. Para melhor esclarecer, consideremos a seguinte hipótese: uma criança de cinco anos de idade, que de alguma forma conseguir pegar uma arma de fogo pertencente a seu pai e ferir alguém efetuando um disparo, deverá ser também submetida a um exame para verificação da imputabilidade penal. Seria talvez no exemplo acima citado desnecessária a realização de exame psicológico nesta criança, considerando-se que um ser humano nesta idade muito provavelmente não teria entendimento a respeito do ato por ele praticado. (AFONSO, 2009, p. 27).

3.3. Critério biopsicológico

Esse critério foi adotado pelo Código Penal no artigo 26. Ele faz a conjugação dos dois critérios anteriores para permitir a constatação da inimputabilidade. Diante disso, o entendimento majoritário caminha no sentido de que a inimputabilidade baseada no referido artigo depende da verificação (por exame pericial) de que o agente portava, ao tempo da ação ou omissão delituosa, doença mental (critério biológico), e que em razão dela tenha se tornado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

O critério ora tratado é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e nada mais é do que a combinação entre os critérios anteriores, que forma assim, o critério biopsicológico. Isto posto, será considerado inimputável aquele que, ao tempo da ação ou omissão, por conta de uma anomalia mental, era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta que praticou ou de comportar-se conforme este entendimento. (VICENTINI; HARO, 2014, p. 28).

Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 26, CP. INIMPUTABILIDADE. CRITÉRIO BIOPSIOLÓGICO NORMATIVO. I - Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa. II - A constatação da inimputabilidade do ora paciente, no momento da prática do delito, escapa aos limites da estreita via do habeas corpus, visto que exige prova pericial específica. Writ denegado. (STJ - HC: 33401 RJ 2004/0011560-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 28/09/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.11.2004 p. 212 RSTJ vol. 191 p. 453) (BRASIL apud VICENTINI; HARO, 2014, p. 28).

O critério biológico será apurado mediante exame pericial, enquanto o

psicológico caberá ao juiz analisar o caso e concluir se o indivíduo não podia compreender sua conduta ao tempo do crime.

Delmanto (2010) enumera os requisitos inerentes ao critério biopsicológico, quais sejam: 1) Causas: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; 2) Consequências: incapacidade completa de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão; e, 3) Tempo: os dois requisitos anteriores devem coexistir ao tempo da conduta.

Sobreleve-se que, assim como os critérios anteriores, o biopsicológico também é criticado por alguns juristas. A ressalva fica por conta da sua hibridez – é formado pela junção do critério biológico e psicológico. Diz-se que:

A falha deste critério reside no fato de que, por se tratar de critério híbrido, é este critério também composto pelo sistema biológico. Em muitos casos, como acontece com o critério biológico, o indivíduo, mesmo tendo aptidão para de entender o caráter ilícito do ato por ele praticado e ainda tendo capacidade de agir de acordo com este entendimento, será considerado inimputável, como é o caso do menor de dezoito anos. Padece este sistema, portanto, de limitações impostas pelo critério biológico o que o torna pouco eficiente. (AFONSO, 2009, p. 26).

Não se pode negar, entretanto, que dentre os critérios existentes, esse é o que mais se ajusta às necessidades sociais, conseguindo cingir com maior precisão os casos de identificação de inimputabilidade, salvo quanto aos menores de dezoito anos, que são absolutamente inimputáveis (critério biológico).

CONCLUSÃO

A investigação feita na doutrina, leis e jurisprudência demonstrou que a imputabilidade penal não pode ser estudada de maneira isolada. Na verdade, assim como outros temas encontrados no âmbito do Direito Penal, seu desenvolvimento foi possível graças a interdisciplinaridade enquanto mecanismo de integração de diferentes áreas e capaz de cooperar para a construção de conhecimento. Isso ocorre porque não se pode conceber a existência de um ramo do Direito sem interatividade com os demais. Até a Constituição Federal se valida no povo para ser considerada norma superior e instituir diretrizes para as leis ordinárias. Por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Processo Penal, o Código Civil, o Código Eleitoral e a própria Constituição Federal foram utilizados para possibilitar o entendimento acerca da imputabilidade penal, colhendo em cada um as disposições que permitiram descrever e aluminar as pretensões da doutrina e algumas divergências atualmente em destaque.

Foi assim que se viu nas hipóteses de exclusão da imputabilidade, essa que, relembre-se, é consensualmente reconhecida como preceito inerente à culpabilidade, associada à potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, inúmeras acareações erigidas em razão de certas aflições sociais. Ou seja, em cada causa de afastamento da culpabilidade com base na inimputabilidade pôde-se notar dissensões em maior ou menor proporção, seja nos livros e/ou nas políticas voltadas à elaboração e alteração de leis.

Na inimputabilidade por doença mental, o que se constatou repousa no fato de que ela deve representar patologia capaz de retirar completamente a capacidade do agente entender o caráter ilícito do fato, para, então, isentá-lo de pena. Exige-se exame pericial para a comprovação da doença. Se o criminoso for reconhecido como semi-inimputável, a pena deve ser reduzida ou aplicada medida de segurança. Aqui o ponto divergente fica a cargo da fragilidade dos estudos oriundos de outras áreas do conhecimento sobre algumas doenças psicossomáticas, como a psicopatia, que por se tratar de “incógnito” para a psicologia e psiquiatria, dificulta imamente o trabalho de identificação e aplicação da lei ao autor da infração penal.

Na modalidade desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a literatura indica o menor de dezoito anos como exemplo mais claro de inimputável, tendo em vista ainda estar em formação do intelecto, da maturidade. Cita ainda os indígenas não integrados à sociedade como sujeitos isentos de pena, eis que não podem discernir o lícito do ilícito. O Estatuto do Índio, embora se trate de norma especial exercendo significativo papel para a tutela dos direitos dos silvícolas, vede que as disposições de cunho penal e processual penal nele encontradas não se preocuparam em regular o exame pericial para averiguar a imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade dos membros desse grupo que cometam crime. Daí levantara-se divergências sobre a obrigatoriedade do referido exame quando o juiz, em vista das provas carreadas nos autos, entender ser o indígena inimputável. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal que decidiu ser prescindível a realização do exame antropológico quando o magistrado se convencer que o agente indígena é inimputável. O julgamento foi feito em sede de *Habeas Corpus* sem lhe ser conferido efeito vinculante, deixando o assunto, assim, passível de discussão.

A embriaguez, por sua vez, é dividida pela doutrina em quatro espécies: acidental ou involuntária, proveniente de caso fortuito ou força maior; patológica – tratada como doença; não acidental – dolosa ou culposa; e, preordenada. As duas primeiras são as únicas legalmente hábeis à excluir a imputabilidade. A ressalva-se que se fez resvala ao campo da embriaguez não acidental (dolosa ou culposa). Esse tipo de embriaguez, de acordo com a maior parte da doutrina, não pode excluir a imputabilidade, tendo em vista a ficção jurídica de que o agente deve responder como se tivesse praticado o crime no momento em que começou a se embriagar. Ocorre que se trata de uma ficção contra o réu, por isso criticada por certos juristas.

Quanto à dependência de drogas ilícitas, ainda que não seja assunto visto com tanta frequência nos livros, a tendência guia-se ao reconhecimento de que ela pode excluir a imputabilidade do agente diante de duas hipóteses: se ele for comprovadamente dependente químico ou se o consumo da droga se der por ato involuntário (ocasionado por caso fortuito ou força maior).

É no quesito menoridade que a imputabilidade penal ganha proeminência em vista da notoriedade midiática, legislativa e doutrinária que obtivera nos últimos anos. Os Projetos de Emenda à Constituição para modificação do artigo 228, no sentido de reduzir a maioridade penal para dezesseis anos, bem como outros postulados requerendo o enrijecimento das medias aplicáveis aos menores em vista

da flagrante “impunidade”, contribuíram nomeadamente para sua propagação sob o emblema “questão polêmica”, representando o maior embate acerca de imputabilidade penal sob o ângulo da menoridade.

Desse assunto pôde-se retirar a existência de dois movimentos conflituosos: de um lado os que se levantam pela redução da maioridade penal como maneira de reduzir o índice de violência praticado por menores de dezoito anos, e de outro aqueles que preferem acreditar na inconsistência de todos os argumentos que se propõem a alterar a Constituição com a finalidade de reduzir a maioridade penal.

Mas independentemente dos fundamentos utilizados pelos integrantes de cada corrente – compostas especialmente por parlamentares autores dos referidos projetos – , se vê nos seguimentos sociais a preocupação em se estabelecer mecanismos para lidar de maneira mais eficiente com a criminalidade praticada por crianças e adolescentes.

Portanto, denota-se que a imputabilidade penal é tema relevante, merecedora de estudo não só por aqueles ligados às ciências sociais aplicadas, como o Direito, mas por todos os que de alguma forma estão conectados à ela, que se liga à insondáveis áreas do conhecimento.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Edinaldo de Araújo. A Redução da Maioridade Penal. Toledo Prudente Centro Universitário, *Intertem@s*, São Paulo, v. 17, n. 17, 2009.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Decreto Lei no 2.848 de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 26 mai. 2015.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm. Acesso em: 21 mai. 2015.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 28 mai. 2015.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 mai. 2015.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.198/MA. Adauto Viana Guanabara da Silva e Helenita Caiado de Acioli. Min. Eros Grau. 17 nov. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358743>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85721/RJ. Marcelo de Souza Pires e Defensoria Pública da União. Min. Joaquim Barbosa. 28 jun. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354278>. Acesso em 20 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94938. ASS e Adalgisa Maria Steele Macabu. Min. Carmen Lúcia. 12 ago. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552067>. Acesso em: 29 mai. 2015.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 23 mai. 2015.

CHAVES, F. *A inimputabilidade do menor infrator e o crime de homicídio doloso: pela superação de um paradigma*. Monografia (Pós-graduação em Direito). Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC, 2010.

CAMPOS, H.; GODOY, S. *Redução da maioria penal na legislação brasileira*. Toledo Prudente Centro Universitário, Intertem@s, São Paulo, v. 09, n. 09, 2013.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 12ª ed. São Paulo: Renovar, 2010.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIGIÁCOMO, Murillo; DIGIÁCOMO, Ildeara. *Estatuto da Criança e do Adolescente: anotado e interpretado*. 6ª ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013.

GRECO, Rogério . *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HAAS, Juliana; CHAVES JUNIOR, Aírto. O princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n. 2º quadrimestre de 2013.

IENNACO, Rodrigo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2010.

JERÔNIMO, G.; MADRID, F. Como a menoridade é vista no atual ordenamento jurídico brasileiro. Toledo Prudente Centro Universitário, *Intertem@s*, São Paulo, v. 10, n. 10, 2014.

MACEDO, Luis. Câmara aprova em 1º turno redução da maioria penal em crimes hediondos. *Portal de notícias da Câmara dos Deputados*, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/491507-CAMARA-APROVA-EM-1-TURNO-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-EM-CRIMES-HEDIONDOS.html>

MACHADO, Angela; *et al.* *Prática Penal*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2ª ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber Rogério. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NEVES, C. *Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico* [online]. Revista Eletrônica Jus Militaris. Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/teoriageral.pdf> Acesso em: 22 mai. 2015.

OLIVEIRA, E. *Redução da Maioridade Penal: manobra eleitoreira ou ação eficaz contra a criminalidade e a violência?*. Brasília. Repositório Institucional do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), 2014.

PEREIRA, M.; LEAL NETO, F. Processo Penal. In: GARCIA, Wander (Org.). *Concursos Jurídicos - Doutrina Completa*. São Paulo: Foco, 2014.

PRESTES, F. Responsabilidade penal juvenil e democracia: a desconstrução do mito da impunidade. UNIJUÍ, *Direito em Debate.*, Rio Grande do Sul, ano XXIII, n. 41, jan/jun. 2014.

PORTUGAL, N. *Embriaguez: uma análise dos artigos 26 e 28 Código Penal brasileiro*. Artigo Científico (Pós-graduação em Direito). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, 2013.

SANTOS, Daniel. Excludentes de ilicitude e de culpabilidade: consequências penais e processuais penais. Toledo Prudente Centro Universitário, *Intertem@s*, São Paulo, v. 22, n. 22, 2011.

SILVA, R. *Imputabilidade penal: emoção, paixão e embriaguez*. UNOPAR, Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 2, n. 1, p. 153-165, mar. 2001.

SPOSATO, K. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento do Direito. Universidade Federal da Bahia, 2011.

TRIGUEIROS, Arthur. Direito Penal. In: GARCIA, Wander (Org.). *Concursos Jurídicos - Doutrina Completa*. São Paulo: Foco, 2014.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito* 4ª. ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VICENTINI, A.; HARO, G. A Imputabilidade Penal. Toledo Prudente Centro Universitário, *Intertem@s*, São Paulo, v. 10, n. 10, 2014.

VICENTINI, A. D. A Redução da Maioridade Penal. Toledo Prudente Centro Universitário, *Intertem@s*, São Paulo, v. 28, n. 28, 2014.

VIEIRA, Bruna. Direito Constitucional. In: GARCIA, Wander (Org.). *Concursos*

Jurídicos - Doutrina Completa. São Paulo: Foco, 2014.

ZAFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1: parte geral – 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.