



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

RAFAEL FURLAN GONÇALVES

CRIME, CULPABILIDADE E MAIORIDADE PENAL.

Assis
2015

RAFAEL FURLAN GONÇALVES

CRIME, CULPABILIDADE E MAIORIDADE PENAL.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, como requisito do Curso de Graduação.

Orientador: Ms. Carlos Ricardo Fracasso
Área de Concentração: Direito Penal

Assis
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

GONÇALVES, Rafael Furlan.

Crime, Culpabilidade e Maioridade Penal / Rafael Furlan Gonçalves. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2015.

57 p.

Orientador: Carlos Ricardo Fracasso

Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Crime. 2. Culpabilidade. 3. Maioridade Penal.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

CRIME, CULPABILIDADE E MAIORIDADE PENAL.

RAFAEL FURLAN GONÇALVES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, como requisito do Curso de Graduação analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Ms. Carlos Ricardo Fracasso.

Analisador: Ms. Cláudio José Palma Sanchez

ASSIS – SP
2015

DEDICATÓRIA

À Dona Ana, minha mãe. Por todo o suor, toda a sua inesgotável força, por todo sacrifício e todas as lágrimas derramadas na árdua batalha enfrentada diariamente, para a criação e manutenção de nossa família, vencida com tamanho sucesso.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço à Deus, por guiar meus passos e me abençoar diariamente com o milagre da vida.

Também em especial à minha família, por todo o apoio indispensável para me fazer seguir no caminho correto. Aos amigos que sempre estiveram presente nos momentos difíceis.

Agradeço imensamente ainda, ao Dr.^o Estevan e à Dr.^a Nathália, referências profissionais, pelo constante auxílio, pela paciente atenção, e principalmente pelos ensinamentos diários.

Ao professor e orientador o Ms. Carlos Ricardo Fracasso pelo auxílio no desenvolvimento do presente trabalho.

“Educação nunca foi despesa. Sempre foi
investimento com retorno garantido”.

Sir William Arthur Lewis.
(1915 – 1991)

RESUMO

O presente estudo visa abordar de maneira direta como o crime se caracteriza juridicamente, estruturando com base na doutrina penal seus elementos constituintes: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

O estudo dos elementos constitutivos do crime se faz necessário para a correta distinção das condutas passíveis de punição pelo Estado, uma vez por ser este, o detentor do poder de punir.

Os elementos caracterizadores de uma conduta criminosa são abordados de forma sucinta, demonstrando assim como se estrutura o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, tratando desta última o elemento excludente pertinente à menoridade.

Por fim, trata-se aqui da discussão relativa à menoridade e o caloroso debate acerca da possível redução da maioridade penal, trazendo argumentos prós e contra a medida, demonstrando ao final a impossibilidade da imposição desta medida no atual momento do país.

Palavras-chave: Crime; Culpabilidade; Maioridade Penal.

ABSTRACT

The present study aims to address directly how the crime is characterized legally, structured on the basis of criminal doctrine its constituent elements: the fact typical, unlawful and culpable.

The study of the elements of the crime is necessary for the correct distinction of conduct punishable by the State, since for being this, the holder of the power to punish.

The characteristic elements of criminal conduct are addressed briefly, thus demonstrating how to structure the fact typical, elicited and culpability, treating the latter the relevant element excluding the minority.

Finally, this is about the discussion concerning the criminal minority and the heated debate about the possible reduction of criminal majority, bringing arguments pros and cons of the measure, showing the end of the impossibility of imposing this measure at the moment the country.

Keywords: Crime; culpability; Criminal majority.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 2. DO CRIME..... | 13 |
| 2.1. CONCEITO..... | 13 |
| 2.2. ASPECTO MATERIAL..... | 14 |
| 2.3. ASPECTO FORMAL..... | 14 |
| 2.4. ASPECTO ANALITICO..... | 15 |
| 2.4.1. Fato Típico..... | 16 |
| 2.4.1.1. Conduta..... | 17 |
| 2.4.1.2. Resultado..... | 17 |
| 2.4.1.3. Nexo de Causalidade..... | 18 |
| 2.4.1.4. Tipicidade..... | 18 |
| 2.5. ANTIJURIDICIDADE..... | 19 |
| 2.5.1. Excludentes de Illicitude..... | 19 |
| 2.5.1.1. Estado de Necessidade..... | 20 |
| 2.5.1.2. Legítima Defesa..... | 20 |
| 2.5.1.3. Estrito Cumprimento de Dever Legal..... | 22 |
| 2.5.1.4. Exercício Regular de um Direito..... | 22 |
| 2.5.2. Excessos nas Excludentes de Illicitude..... | 23 |
| 3. CULPABILIDADE..... | 24 |
| 3.1. INTRODUÇÃO..... | 24 |
| 3.2. CONCEITO..... | 25 |
| 3.3. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE..... | 26 |
| 3.3.1. Imputabilidade..... | 26 |
| 3.3.2. Potencial Consciência da Illicitude..... | 26 |
| 3.3.3. Exigibilidade de Conduta Diversa..... | 27 |
| 3.4. EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE..... | 27 |
| 4. DA MAIORIDADE PENAL..... | 29 |
| 4.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... | 29 |

| | |
|--|-----------|
| 4.1.1. Código Criminal Imperial (1830)..... | 30 |
| 4.1.2. Código Penal (1890)..... | 31 |
| 4.1.3. Código de Menores (1927)..... | 33 |
| 4.1.4. Código Penal (1940)..... | 36 |
| 4.1.5. Constituição Federal de 1988..... | 36 |
| 4.1.6. Estatuto da Criança e do Adolescente..... | 37 |
| 4.2. DA PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL..... | 39 |
| 4.2.1. Análise - PEC 171/93 – Argumentos Pró..... | 39 |
| 4.2.2. Impedimentos – Argumentos Contra..... | 42 |
| 4.2.2.1. Impunidade..... | 43 |
| 4.2.2.2. Sistema Carcerário..... | 44 |
| 4.3. DISCUSSÃO DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 45 |
| 4.4. ALTERNATIVA À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL..... | 50 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 54 |

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica visa abordar de forma direta os elementos constituintes de uma conduta considerada criminosa, buscando conceituar de forma sucinta e clara a estrutura formadora do delito, analisando o fato típico, a ilicitude e culpabilidade, destacando o elemento da menoridade.

A conceituação de uma conduta criminosa se faz necessária para entendermos como a mesma se forma, dando base então para o entendimento mais claro dos diversos casos corriqueiros do dia a dia.

O fato típico e seus constituintes (conduta, resultado, nexos causal e ilicitude), a antijuridicidade e suas excludentes, a culpabilidade e seus elementos, são figuras essenciais ao melhor esclarecimento do que torna uma ação humana em delito, tornando-a passível de punição pelo Estado.

Importante frisar que, para o presente trabalho, no capítulo destinado à análise da culpabilidade, no que se refere às suas excludentes, foram abordadas rapidamente utilizando-se apenas a lei penal, dando enfoque principal ao quanto previsto sobre a menoridade, tema discutido em capítulo próprio.

Assunto de calorosa discussão atualmente na sociedade, a maioria penal vem despertando diversas opiniões sobre a sua possível redução, como forma de prevenir delitos e combater o crescente índice de crimes cometidos por menores de dezoito anos.

A discussão iniciada pela Proposta de Emenda Constitucional nº 171/1993, que tem o escopo de alterar o art. 228 da Constituição Federal de 1988, dispositivo constitucional que estabelece a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos, sujeitando-os a legislação especial, o qual a proposta busca diminuir a idade estabelecida para dezesseis anos.

Ressaltam-se então, os argumentos favoráveis e contrários à medida de redução proposta pela PEC 171/93, além do que se diz respeito à matéria constitucional,

abordando alguns dos tratados internacionais assinados pelo Brasil vinculados a matéria destinada à proteção da criança.

Para tanto, cumpre salientar que o trabalho tem a finalidade de esclarecer pontos obscuros no que se refere à medida de redução da maioridade penal, relacionados às providências que o Brasil se propôs a tomar para a proteção integral da juventude, decorrente dos diversos tratados assinados.

Por fim, o presente estudo traz a evolução histórica do país no tratamento das crianças e adolescentes, principalmente os que encontraram em algum momento em conflito a lei, desde o período imperial até os dias de hoje.

2. DO CRIME

2.1. CONCEITO

Ao buscar uma definição legal observamos que o legislador, ao elaborar o Código Penal pátrio, não faz menção alguma sobre um critério para identificação de uma conduta criminosa, fornecendo apenas em sua Lei de Introdução (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941) um norte sobre o tema.

Encontra-se no artigo 1º da Lei de introdução ao Código Penal um determinado critério definidor de crime:

Artigo 1º. “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Temos aqui uma definição dada pelo legislador. Entretanto, ao analisarmos o previsto no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, observamos que tal definição busca apenas a distinção entre o crime e as contravenções penais.

Deste modo, ficou a cargo dos estudiosos do direito penal, o trabalho de esmiuçar o conteúdo e trazer uma definição a matéria em análise.

É possível conceituar crime sob três aspectos: material, que exalta a busca pela prevenção do delito, evidenciando condutas passíveis de punição; formal, que destaca o crime como toda ação típica existente na legislação penal como tal; e, aspecto analítico, onde conceitua o crime como sendo toda ação em que estejam presentes os elementos fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

2.2. ASPECTO MATERIAL

Esta definição tem como objeto de apreciação o comportamento antecedente ao crime, indagando as condutas que podem vir a ser passíveis de punição e as que podem não ser punidas.

O jurista alemão, Claus Roxin, lembrado por Guilherme de Souza Nucci, ensina que: “O conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune” (1999 apud Nucci et al,2007, p. 159).

O conceito material do crime consiste na tutela de bens jurídicos relevantes essenciais à ordem da sociedade, frente a agressões oriundas de ações positivas ou negativas (omissões) produzida pela pessoa, intencionais ou não, a estes bens.

É o que ensina Fernando Capez (2011, p.134), “Crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social”.

Dessa forma, crime, segundo a definição material se dá pela ação que causa lesão a um bem fundamental tutelado penalmente e, tem como objetivo buscar antever quais condutas são passíveis de punição.

2.3. ASPECTO FORMAL

Segundo o conceito formal, o crime se caracteriza por uma ação conflitante com a lei penal criada pelo Estado, ou seja, a caracterização de um fato tipicamente punível.

Nesse vértice, o crime se dá pela prática de uma conduta que o legislador previu como infração penal, ou seja, contrario a um fato típico. Assim, sendo constituído por uma ação ou omissão, que esteja em desacordo com a legislação penal.

De acordo com Heleno Cláudio Fragoso (1980, p.174), dissertando sobre a matéria, objetivamente, fala que “Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”.

Ainda, é lição de Nucci (2007, p.160) sobre a definição de infração penal segundo o aspecto formal:

É a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno. Cuida-se, na realidade, de fruto do conceito material, devidamente formalizado.

Conforme vemos, o conceito de infração penal se dá pela conduta que constitua os elementos: fato típico e antijuridicidade.

Este é o entendimento de reconhecidos doutrinadores como: Damásio de Jesus, Luis Flávio Gomes, Fernando Capez e Luis Fabbrini Mirabete.

Porém, para outra gama de renomados doutrinadores como Cesar R. Bitencourt, F. de Assis Toledo, Heleno Cláudio Fragoso, Guilherme de Souza Nucci, a melhor definição de crime se dá pela análise dos elementos trazidos no bojo do conceito analítico, constituído por fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

2.4. ASPECTO ANALÍTICO

O aspecto analítico é objeto de estudo de correntes doutrinárias diversas, que o conceituam de formas divergentes, incluindo ou deixando de lado o elemento específico da culpabilidade, objeto posterior de estudo.

Destacam-se as seguintes correntes:

- Bipartida: considera o crime toda a ação que constitua um fato típico e antijurídico – defendido por renomados estudiosos como Damásio E. de Jesus, Luis Flávio Gomes e Fernando Capez.

- Tripartida: Esta corrente doutrinária entende ser o crime toda conduta que constitua um fato típico, antijurídico e, note-se, culpável. Entendem ser elemento constituinte do crime a culpabilidade – defendida por nomes como Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci e Heleno Cláudio Fragoso.

Segundo este conceito, para existir o crime a conduta deve se amoldar aos seus elementos, devendo ser o fato típico, antijurídico e culpável.

Nas lições acerca do tema, Hans Welzel, renomado jurista alemão, lembrado por Rogerio Greco, preleciona:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. (1987 apud Greco et al 2014, p. 143).

Temos assim que, o crime é caracterizado pela conduta humana, positiva ou negativa, em desajuste ao modelo legal, contraria ao direito e, seu fato e autor sejam socialmente reprováveis.

2.4.1. FATO TÍPICO

Como vimos, a infração penal consiste em uma ação ou omissão humana em desacordo com a legislação penal.

Entretanto, para a ocorrência de uma conduta criminosa é essencial que tal conduta produza um resultado danoso a outrem.

É exemplo clássico dado pela doutrina, quando A desferiu tiros contra B, e este vem ao óbito. Temos aqui, uma ação positiva do agente A que resultou em um dano a um bem jurídico penalmente tutelado de B, no caso, a vida,

Surge aqui um elemento essencial do fato típico: o nexo de causalidade.

Este elemento consiste na relação de causalidade entre a conduta e o resultado. Conforme visto no exemplo, a conduta de A atirar em B causou-lhe a morte, assim, o resultado morte se produziu exclusivamente pela ação de atirar contra a vítima, sendo constatado assim o nexu causal entre ação e resultado.

Para tanto, os elementos citados (conduta, resultado e nexu causal) devem estar explícitos na legislação penal como crime, ou seja, devem estar aliados ao elemento tipicidade.

Portanto, o fato típico é dividido em quatro elementos: conduta, resultado, nexu de causalidade e tipicidade, os quais serão estudados adiante.

2.4.1.1 Conduta

Conduta é toda ação ou omissão humana, exteriorizada, visando uma finalidade específica.

São características da conduta: ação humana, ou seja, da pessoa física do ser humano, exteriorizadas corporalmente e voluntariamente por este, voltado a uma finalidade. Este é o posicionamento dos doutrinadores que adotam a teoria finalista, utilizado neste ponto.

Portanto, a conduta se evidencia por ser um ato positivo ou negativo, externo, da vontade humana dirigido a um determinado fim.

2.4.1.2 Resultado

Resultado é a modificação do mundo exterior, causado por uma conduta humana voluntária.

Podemos analisar o resultado mediante estudo de dois critérios: naturalístico e jurídico ou normativo.

- Naturalístico: por este critério, podemos dizer que o resultado “é a modificação sensível do mundo exterior.” (NUCCI, 2012, p. 196).

Para tanto, o resultado da conduta praticada pelo homem deve dar causa a uma modificação concreta, perceptível, no mundo exterior.

- Jurídico ou normativo: segundo este critério, o resultado advindo da conduta é de acordo com Damásio E. de Jesus, “a lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal.” (1993, p. 214).

Temos então que o resultado é a alteração do mundo exterior decorrente de uma ação humana voluntária, ficando dessa forma passível de punição pelo Estado.

2.4.1.3. Nexo de Causalidade

O nexos causal consiste na relação direta entre a conduta do infrator e o resultado por ele gerado. Isso se dá quando a causa (comportamento) gera um efeito (resultado) no mundo exterior.

Por exemplo: João ataca Maria desferindo contra esta, facadas e, em decorrência dos ferimentos causados pelos golpes, a vítima vem ao óbito. Neste caso, o comportamento de João é a causa, que gerou o efeito/resultado morte, restando evidenciado que o resultado ocorreu unicamente pela ação do agente, aqui temos o nexos de causalidade.

Nesse rumo, nexos causal “é o vínculo estabelecido entre a conduta do agente e o resultado por ele gerado, com relevância suficiente para formar o fato típico.” - (NUCCI, 2007, p. 197).

Portanto, trata-se o nexos causal como a relação entre o ato praticado pelo agente e o resultado produzido por esta ação.

2.4.1.4. Tipicidade

Como vimos, o fato típico se caracteriza pelo comportamento humano, que gera um resultado no mundo exterior, vinculados pelo nexos de causalidade. Por fim, para esta conduta ser passível de punição, pelo exercício do poder do Estado de punir (*jus puniend*), tal comportamento deve estar tipificado como crime na legislação penal.

Eis que surge o elemento tipicidade.

Tipicidade é, para Damásio, “a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora.” - (1993, p. 300).

Os comportamentos humanos para serem passíveis de punição devem se amoldar aos quais o Estado formalizou como penalmente puníveis. Portanto, a conduta praticada deve estar positivada na legislação penal como crime.

Dessa forma, para a perfeita ocorrência do delito o fato deve estar tipificado, p.ex. matar alguém (artigo 121 do CP), caso contrário o fato será atípico, deixando assim de ser considerado crime.

2.5. ANTIJURIDICIDADE OU ILICITUDE

A antijuridicidade é caracterizada no momento em que a ação praticada pelo agente infrator contraria o direito, e ao mesmo tempo, causa lesão direta a determinado bem jurídico protegido.

Conforme vemos, a ilicitude é percebida sob o aspecto formal, a partir do ponto de ser um conflito entre a conduta e o direito positivado na norma penal incriminadora; e sob o aspecto material, por se tratar de um desrespeito a um bem jurídico protegido.

É o que Damásio E. de Jesus leciona: “a antijuridicidade formal é simples contradição entre o fato praticado pelo sujeito e a norma de proibição. A antijuridicidade material é a existente na conduta humana que fere o interesse tutelado pela norma.” (1993, p. 307).

Portanto, deve ser caracterizado pela contradição com o direito, bem como, a lesão a um bem jurídico.

Há de se destacar neste ponto, que, no momento de analisar o cometimento de determinado delito, é trivial a certeza de que no ato praticado não estão presentes os institutos das excludentes de ilicitude, previstas no artigo 23 do Código Penal.

2.5.1. EXCLUDENTES DE ILICITUDE:

Encontram-se no artigo 23 do Código Penal as chamadas excludentes de ilicitude, que ao serem constatadas no caso concreto eliminam um dos elementos do crime, sua antijuridicidade, ou seja, se exclui a contrariedade do fato.

Vejamos:

Artigo 23, Código Penal : “Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

2.5.1.1. Estado de necessidade:

Previsto no artigo 24 do Código Penal, o estado de necessidade se dá no momento em que determinado bem jurídico protegido é violado com a finalidade de proteger o direito próprio ou alheio, de perigo atual e inevitável, imprescindível para resguardar o bem preservado.

Tem como requisitos:

- a) Existência de perigo atual, ou seja, que esteja presente no determinado momento, sendo assim o perigo concreto, imediato.
- b) Involuntariedade na geração do perigo, visto que quem deu causa ao perigo não pode invocar a excludente para sua própria proteção, a situação de risco deve vir de um infortúnio.
- c) Inevitabilidade do perigo, é trivial que o perigo seja inevitável pelo agente, e que para se afastar do perigo, seja necessário a violação de um bem jurídico alheio.
- d) Proteção de direito próprio ou de terceiro, não pode ser alegado esta excludente em casos de proteção de bens jurídicos que não são tutelados.
- e) Proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado, ou seja, somente será admitida tal excludente quando for aplicada para resguardar bem maior de igual importância ao do sacrificado.
- f) Dever legal de enfrentar o perigo, aquele que tem o dever legal de enfrentar riscos a fim de manter a ordem social, não pode se valer de tal excludente, visto que seu dever não é se abnegar das situações de perigo.

2.5.1.2. Legítima Defesa:

Prevista no artigo 25 do Código Penal, a legítima defesa se caracteriza pela defesa necessária imposta contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou alheio, utilizando-se dos meios necessários para tanto, e com certa moderação para tanto.

É assim, o meio em que o indivíduo que tem um direito próprio ou de terceiro agredido injustamente, utiliza-se para defendê-lo, conseguindo por este mecanismo de defesa repelir o mal injusto.

A legítima defesa requer a existência de seus elementos, sendo eles:

a) Agressão injusta: entende-se por agressão injusta todo o ato humano investido contra outra pessoa, que caracterize um ato antijurídico, sendo dessa forma, contrário ao direito.

Portanto, a injustiça da agressão dar-se-á pela ilicitude do ato praticado.

b) Atualidade ou iminência da agressão: O ato praticado deve ser atual, ou seja, estar ocorrendo no exato momento em que o mesmo é praticado, ou, deve ser iminente, se caracterizando pela situação que está prestes a se concretizar, não sendo aceita neste ponto a agressão futura.

c) Agressão contra direito próprio ou de terceiros: neste ponto, devemos vislumbrar que para a ocorrência da legítima defesa o ato lesivo deve recair sobre um bem jurídico tutelado. O interesse jurídico sem proteção não faz jus a invocação desta excludente.

Vale ressaltar ainda, que a possibilidade de agir em legítima defesa de terceiros, pessoa física ou jurídica, é uma forma de incentivar a solidariedade na sociedade.

d) Utilização dos meios necessários para a reação: compreendem-se meios necessários os mais eficazes possíveis, de forma a causar o menos dano possível ao agressor.

e) Moderação da reação: neste ponto, vale observar como sendo este complemento dos meios necessários, agindo como o parâmetro.

Este elemento consiste na proporcionalidade entre o ataque injusto sofrido e a defesa utilizada, uma vez que deve ser razoável.

f) Proporcionalidade na legítima defesa: neste ponto, destaca-se a questão valorativa dos bens jurídicos, tanto o bem jurídico que está sendo defendido de mal injusto, quanto o bem jurídico atingido pelo ato defensivo.

Então, quem visando proteger um interesse jurídico de menor valor fere um bem jurídico de importância muito superior, deve responder pelos excessos contidos em sua ação no caso concreto.

2.5.1.3. Estricto Cumprimento de Dever Legal

Tal excludente se refere às ações praticadas em função de um dever imposto pela lei, independente de vir a trazer lesão a bens jurídicos penalmente tutelados de terceiros.

O dever legal tem como principal requisito para sua caracterização, ser uma atividade imposta legalmente, ou seja, deve ser expressa na legislação como sendo tal.

Esta excludente pode ocorrer em determinados casos, como por exemplo, nas seguintes situações:

- a) Execução de pena de morte feita pelo carrasco, quando o ordenamento jurídico permitir. No Brasil pode ocorrer em eventual período de guerra.
- b) A morte de inimigo em campo de guerra, produzido por soldado.
- c) A prisão em flagrante realizada por agentes policiais.
- d) A prisão militar de insubmisso ou desertor.
- e) O ingresso em propriedade alheia feita por agentes públicos sanitários para fins de defesa da saúde pública.
- f) A realização de busca pessoal, nos casos elencados no Código de Processo Penal.
- g) Violação de domicílio para o cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão, realizado pela polícia ou por Servidores do Judiciário, ou quando for necessário para préstimo de socorro a outrem, ou quando visar impedir a prática de crimes.

2.5.1.4. Exercício Regular de um Direito

Referida excludente consiste no pleno desempenho de um direito previsto no ordenamento jurídico, onde o exercício deste direito externado em uma atividade está caracterizado na lei, dessa forma faz com que um fato típico se torne lícito.

Esta excludente pode ocorrer em casos específicos, como por exemplo:

- a) A correção, moderada, feita pelos pais dirigida aos filhos menores.
- b) A crítica literária, artística ou científica.
- c) O aborto, quando decorrente de estupro ou ato libidinoso, com o devido consentimento da gestante.
- d) O tratamento médico e a intervenção cirúrgica, devidamente prevista em lei.
- e) O direito de greve, desde que não existam casos de violência.
- f) A manifestação livre do pensamento, independente de ofensa a outrem.
- g) A ofensa exarada no calor de discussão judicial, por uma das partes ou seus respectivos procuradores.

2.5.2. EXCESSOS NAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

O artigo 23 do Código Penal, onde estão elencadas as causas legais de excludentes de ilicitude, prevê em seu parágrafo único a punição para os eventuais excessos, dolosos ou não, existentes em cada uma das excludentes.

O parágrafo único, do referido artigo, faz menção às formas dolosas ou culposas dos possíveis excessos nas ações que se executem em amparo das excludentes de ilicitude.

Importante se faz salientar o entendimento de cada uma destas formas. Dessa maneira, compreende-se excesso doloso, na ação em que o agente que visa defender a si ou a outrem, lesa o agressor de forma mais grave, propositadamente, agindo com total consciência, de forma excessiva ao quanto necessário para espantar o ataque injusto.

A ocorrência desta modalidade afasta qualquer possibilidade de aceitação das excludentes de ilicitude, fazendo com que o agente responda pelo resultado produzido que esteja tipificado na norma penal incriminadora.

Na esfera do excesso culposo, cumpre ressaltar que este consiste no excesso em que o agente falte com o devido cuidado direto ao buscar repelir a agressão. Segundo Nucci,(2007, p. 277) “Trata-se de erro de cálculo”, quando se utiliza de violência maior ao que realmente se faz preciso.

Nesta modalidade, quando reconhecida, o agente responderá pelo resultado típico de sua ação, na sua forma culposa.

3. CULPABILIDADE

3.1. INTRODUÇÃO

Estudar o elemento da culpabilidade se faz primordial à análise conceitual de crime, ou seja, as condutas humanas contrárias ao Direito passíveis de punição pelo Estado, o único detentor do “*jus puniend*”- Direito de punir.

É através da averiguação deste elemento que se torna possível buscar o real fundamento da pena, analisando os seus requisitos constituintes – capacidade de culpabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa - sem os quais se torna inviável a aplicação de uma sanção penal.

Vale frisar ser este um tema de bastante discussão doutrinária e em constante evolução, compreendendo diversas teorias.

A maior discussão encontrada na doutrina – como citado no capítulo anterior – se encontra no fato de ser este elemento, para parte da doutrina, essencial à caracterização de crime e, para outra gama de pesquisadores, figurar unicamente como pressuposto de imposição de pena.

Entre as principais teorias acerca do tema, destacam-se: a) a teoria psicológica; b) normativa ou psicológico-normativa; c) normativa pura, ambas em análise a seguir.

a) Teoria psicológica: Trata a culpabilidade como elemento relevante do crime, dando força à análise subjetiva, na relação psíquica do agente com sua ação, devendo estar presentes no caso o dolo e a culpa. Portanto, para a ocorrência de um delito, além dos elementos objetivos (tipicidade e antijuridicidade), deveriam

estar presentes o dolo e a culpa, ligando objetivamente o autor ao fato por ele praticado.

b) Teoria psicológico-normativa: Deu enfoque ao conteúdo normativo da culpabilidade, e não apenas ao conteúdo psicológico – dolo e culpa. Neste ponto, foi acrescido o juízo de reprovação social, que deve ser feito em relação ao autor do fato conhecido como crime (típico e antijurídico), desde que este possua capacidade (seja imputável), aja com dolo ou culpa (potencial consciência da ilicitude), e ainda, exista comprovação da exigibilidade da conduta e da possibilidade de promover conduta em conformidade com o Direito.

c) Teoria normativa pura ou finalista: Na ótica da teoria finalista, o dolo e a culpa, devem ser analisados no âmbito da tipicidade. Isto se dá no momento em que se é possível verificar antecipadamente a finalidade da ação do agente, ou seja, a intenção da conduta e não mais na potencial consciência da ilicitude como antes pensado. Portanto, por ser elemento constituinte da tipicidade exclui-se da culpabilidade.

Dessa forma, culpabilidade para a teoria em tela, trata-se de um juízo de reprovação social que recai sobre o autor do fato típico e antijurídico e o próprio fato (note-se que foi acrescido a incidência sobre o fato em si, não apenas o seu autor), pessoa esta que deve ser imputável, ter potencial consciência da ilicitude, e ainda, haver exigibilidade de conduta adversa, conforme regras do Direito.

3.2. CONCEITO

Culpabilidade consiste no juízo de reprovação sobre um determinado agente que praticou um fato típico e antijurídico. Nas lições de Nucci (2007, p. 281) acerca do tema, “trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial da ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura ou finalista)”.

Temos então, que a culpabilidade se caracteriza pelo grau de reprovação social de uma conduta humana praticada por uma pessoa, recaindo sobre o autor e o fato por ele praticado, servindo como fundamento e limite da pena imposta ao caso concreto.

A análise da culpabilidade é essencial para a correta aplicação da pena, visto que deve ocorrer de acordo com a gravidade do fato e seu agente, de modo a buscar a punição correta ao determinado caso real.

3.3. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Como é de fácil percepção, na definição dada pela visão finalista, o conceito de culpabilidade traz em seu bojo requisitos específicos para a sua caracterização, sendo:

- 1º - Imputabilidade;
- 2º - Potencial consciência da ilicitude; e,
- 3º - Exigibilidade de conduta diversa.

Vejamos a seguir cada um deles.

3.3.1. IMPUTABILIDADE

De acordo com as lições de Damásio E. de Jesus: “imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.(1993, p. 409).

Significa dizer que o agente tem a capacidade plena de entendimento e, portanto, pode agir de acordo com este entendimento, compreendendo o caráter lícito ou ilícito de seus atos.

Tais condições pessoais devem ser analisadas no caso concreto de maneira individualizada, levando em conta a subjetividade de cada pessoa, englobando inteligência ou aptidão mental e vontade.

O agente deve possuir pleno entendimento do caráter ilícito de suas ações, agindo de forma a saber as consequências de seus atos. Para tanto, necessário se faz a apuração das condições pessoais do indivíduo segundo o binômio trazido por Nucci (2007, p. 287), “sanidade mental e maturidade”.

3.3.2. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

O sujeito para ser passível de ser sancionado penalmente nos termos do Código Penal deve ter a consciência do caráter ilícito de sua ação. Assim, para que a conduta de um determinado agente seja passível deverá este ter a devida

compreensão que seu ato esta sendo contrário ao bom comportamento que dele se espera.

Quando faltar ao individuo totalmente a devida consciência da antijuridicidade que seu modo de agir comporta, não sabendo ser esta ação proibida pela norma penal reguladora, não poderá este ser punido.

Neste ponto, vale ressaltar que a falta de consciência acima relatada não se confunde em momento algum com o desconhecimento da lei. A primeira se refere ao desconhecimento de que a ação é estritamente proibida. Já a segunda trata do desconhecimento da lei em si, em seus pormenores.

3.3.3. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Temos que para toda conduta humana caracterizar crime deve constituir um fato típico, antijurídico e ser reprovável socialmente (culpável). Tal reprovação social só ocorrerá se o agente infrator for penalmente imputável, ter consciência da antijuridicidade de sua ação e se ao sujeito existir possibilidade de agir de maneira harmoniosa com o ordenamento jurídico e mesmo assim não o fizer.

Uma conduta só será reprovável quando na mesma situação ocorram em conjunto os três elementos.

A exigibilidade de conduta diversa consiste então na possibilidade de o agente em uma situação real agir de outro modo, em conformidade com as disposições do ordenamento jurídico.

O juízo de reprovação social será cabível, apenas, a partir do momento em que o infrator podendo realizar um comportamento correto, legal, não o faz e age assim em desacordo com a ordem jurídica.

3.4. EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE

Vimos que o elemento da culpabilidade é constituído por três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. E, assim, quando inexistir na situação real qualquer um destes elementos a culpabilidade também inexistirá. Logo, não será possível aplicar sanção ao fato, visto estar excluído um dos elementos constituintes do crime.

As situações em que a culpabilidade pode ser excluída, as denominadas excludentes de culpabilidade, estão devidamente expressas no Código Penal. Vejamos:

a) Erro de proibição – artigo 21, *caput* - Erro sobre a ilicitude do fato:

Artigo 21, CP - “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

Esta excludente afasta o elemento da potencial consciência da ilicitude.

b) Coação moral e irresistível – artigo 22, 1ª parte:

Artigo 22, 1ª parte – “Se o fato é cometido sob coação irresistível...”.

c) Obediência hierárquica – artigo 22, 2ª parte:

Artigo 22, 2ª parte – “... ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Tanto o item “b”, quanto o “c”, afastam o elemento da exigibilidade de conduta diversa.

d) Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto – artigo 26, *caput*:

Artigo 26, *caput* – “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental 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”.

e) Inimputabilidade por menoridade penal – artigo 27;

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

f) Inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior – artigo 28, § 1º:

Artigo 28 – “Não excluem a imputabilidade penal”:

... § 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”.

Os itens “d”, “e”, e “f”, como é perceptível, excluem o elemento da imputabilidade penal.

É importante ressaltar que para o presente trabalho, foi dado enfoque principal, no estudo das excludentes de culpabilidade, ao item “e” (inimputabilidade por menoridade penal), objeto de estudo da presente pesquisa, visto ser o tema “maioridade penal” pauta de grande discussão no âmbito nacional.

Por se tratar de matéria em constante discussão, movimentando diversas opiniões acerca do assunto “maioridade penal”.

4. DA MAIORIDADE PENAL

4.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Atualmente a imputabilidade penal no ordenamento pátrio, por prescrição constitucional, inicia-se aos dezoito anos.

Foi escolhido para tal definição unicamente o critério biológico, deixando de lado o desenvolvimento mental de cada indivíduo menor de dezoito anos, considerando-o inimputável, independente de sua real capacidade de entender o caráter lícito ou não de suas atitudes.

A história do Brasil mostra que este tratamento na lida com os menores infratores, que nos dias explicita formas de responsabilizá-los com medidas de caráter socioeducativo, visando à proteção e principalmente à reeducação do menor em conflito com a lei, nem sempre foi assim.

4.1.1. CÓDIGO CRIMINAL IMPERIAL

Ao se aprofundar um pouco mais na história do nosso país sobre o assunto, encontramos no Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro 1830, que a maioria penal era atingida aos quatorze anos de idade, adotando unicamente o critério biológico para tal prescrição

A responsabilidade penal pelo cometimento de um ato criminoso se iniciava aos quatorze anos de idade, conforme estipulação do artigo 10 do código, não julgando como criminosos os menores dessa idade estipulada na lei penal, salvo se obraram com discernimento.

De acordo com o artigo 13 do mesmo Código Criminal, no caso concreto de cometimento de crime por menor de quatorze anos, em que restasse comprovado que o menor agiu com discernimento, ou seja, no momento em que praticou a conduta criminoso era capaz de compreender o caráter ilícito de sua ação, deveria o mesmo ser recolhido às casas de correção, pelo tempo que o Juiz entendesse necessário, desde que não excedesse a idade de dezessete anos.

Entretanto, todo o menor perante a idade estabelecida que cometesse alguma infração penal, tendo em vista não ser passível de punição, ficaria com seus bens sujeitos à satisfação do dano causado por este.

Vejamos a seguir o texto normativo imperial a cerca do assunto:

CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL
PARTE PRIMEIRA
Dos Crimes, e das Penas
TITULO I

Dos Crimes
CAPITULO I
DOS CRIMES, E DOS CRIMINOSOS,

Artigo 10: “Tambem não se julgarão criminosos:

- 1º - Os menores de quatorze annos”.

Artigo 11: “Posto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens comtudo serão sujeitos á satisfação do mal causado”.

Artigo 13: “Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos”. (texto original retirado do acervo virtual do Planalto do governo).

Então, a maioria penal estabelecida no período imperial previa como penalmente imputáveis aqueles maiores de quatorze anos de idade, somente punindo os menores de acordo com as ações que fossem produzidas com discernimento, fazendo assim uma análise subjetiva sobre cada indivíduo, e ainda deixando o precedente de responsabilizá-los pecuniariamente, na medida de sujeitar seus bens a reparação do mal causado.

Note-se que, já naquela época, os menores considerados inimputáveis autores de delitos eram responsabilizados e punidos, de forma diferenciada.

A partir do momento que fosse constatado e provado que os menores agiram com discernimento, estes eram remetidos às casas de correção. Ressaltando que a diferenciação ocorria a partir do momento em que o tempo de internação nas casas de correção não poderia exceder aos dezessete anos do menor infrator, não permitindo a aplicação de penas normais, longas, e até perpétuas.

Mas nesta época não se pensava no menor como pessoa necessitada de proteção, encarando-os como sujeitos inúteis ao país, indignos de cuidados por parte do Estado e da sociedade.

4.1.2. CÓDIGO PENAL DE 1890

O decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, instituiu o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, visando reformar o regime penal brasileiro.

No que tange aos menores em conflito com a lei, o Código Penal de 1890 manteve a idade passível de imputação penal aos quatorze anos de idade.

De acordo com o artigo 27, §1º e §2º do código mencionado, não se consideravam criminosos os menores de nove anos completos e os maiores de nove e menores de quatorze que obrassem sem discernimento.

Preservaram-se de responsabilização criminal os menores de nove, delimitando, diferente do código imperial, a idade para imputação daqueles que obrassem com discernimento.

O Código Imperial não delimitou idade de quem agisse com discernimento, estabelecendo que todo o menor de quatorze anos que agisse com consciência deveria ser remetido às casas de correção, abrindo precedente para a responsabilização até de crianças de pouca idade.

O §1º do art. 27 nos mostra que, ao contrário do Código do Império, o Código Penal de 1890 estipulou a idade mínima em de imputação criminal em nove anos. Ainda, o § 2º nos mostra que eram inimputáveis os maiores de nove anos e menores de quatorze que obrassem sem discernimento.

Analisando o referido artigo, se pode observar que o critério utilizado foi o critério biopsicológico. Isso quer dizer que para que o menor fosse passível de punição pelo cometimento de um delito deveria ser analisada além de sua idade, a sua capacidade mental, que o levasse a comprovar seu discernimento sobre o lícito do ilícito.

Eis o referido artigo 27, do Código Penal de 1890:

Artigo 27: “Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 annos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento...”

Artigo 30: “Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.”

Nesta época, iniciou-se a análise política do problema relacionado às crianças. Partindo do princípio de que a reeducação do menor em conflito com a lei seria necessária e futuramente útil no desenvolvimento econômico e social do país.

É o que a Promotora de Justiça Janine Borges Soares ressalta em seu trabalho (2010, p,03):

Com a Proclamação da República, as elites políticas, intelectuais e filantrópicas começam a discutir a temática da criança.

O "problema da criança" adquire uma certa dimensão política, consubstanciada no ideal republicano da época. Ressalta-se a urgência de intervenção do Estado, educando ou corrigindo os "menores" para que se transformassem em cidadãos úteis e produtivos para o país, assegurando a organização oral da sociedade.

Começou então a ver, aos poucos, o menor como sujeito de direito, e digno de proteção, e necessário para o desenvolvimento da sociedade.

Referido código estabeleceu a inimputabilidade plena aos menores de nove anos de idade, ordenando que os maiores de nove anos e menores de quatorze anos deveriam ser submetidos a um juízo de avaliação de sua capacidade, de seu discernimento, para serem responsabilizados ou não por seus atos, podendo ser enviados a estabelecimentos disciplinares industriais pelo tempo máximo não podendo ser superior à data em que o apenado completasse de dezessete anos de idade.

4.1.3. CÓDIGO DE MENORES (1927)

Com o escopo de auxiliar na manutenção da ordem social, o Código de Menores, instituído pelo Decreto nº 17.943 – A, de 12 de outubro de 1927, também conhecido como “Código Mello Mattos” em homenagem ao seu idealizador, o jurista José Cândido Albuquerque Mello Mattos, entrou para a história como o primeiro diploma legal direcionado a reger o tratamento dado à criança e ao adolescente.

O código em tela tinha como foco principal os menores em situação irregular, sendo as crianças e adolescentes pobres, abandonados e em confronto com a lei.

Foi estipulado como idade inicial para a imputação penal dezoito anos, baseando-se em um critério biológico.

De acordo com o artigo 1º deste código, todo menor de 18 anos abandonado ou delinquente, independente do sexo, deveria ser submetido pela autoridade competente, às medidas de assistência e proteção estipulados nele.

É o texto:

“Artigo 1º: O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo”.

Partiu deste código a ideia de inimputabilidade absoluta dos menores de quatorze anos. Estabeleceu que não seriam submetidos a processo penal pela prática de ato criminoso de espécie alguma (art. 68). É perceptível neste ponto que a análise de discernimento antes realizada já não era mais necessária, pois entendeu-se o menor como irresponsável que é nesta idade, evidenciando o caráter biológico.

O próprio código conceituava o que deveria ser entendido por “situação irregular”, assim eram entendidos os menores de dezoito anos abandonados, expostos ou delinquentes.

Entendiam-se então como expostos as crianças de até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono (art.14). Consideravam-se abandonados, os menores de dezoito anos que não possuíam habitação, meios de sobreviver, por serem órfãos ou abandonados pelos pais, entre outras situações (art. 26). No que tangia aos delinquentes, compreendiam-se os menores autores ou cúmplices de ações criminosas, que tinham entre 14 e 18 anos de idade, os quais eram submetidos a processo especial, sendo ainda analisados mental e moralmente, situação econômica dos pais, etc. (art.69).

A seguir, o texto normativo pertinente ao estudo:

CAPITULO III

DOS INFANTES EXPOSTOS

“Artigo 14: São considerados expostos os infantes até sete annos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja.”

CAPITULO IV

DOS MENORES ABANDONADOS

“Artigo 26: Consideram-se abandonados os menores de 18 annos:

I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;

II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;

III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;

IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;

V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;

VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.

VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:

a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;

b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;

c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;

d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;

VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel;

a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;

b) a qualquer pena como co - autor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.”

CAPITULO VII

DOS MENORES DELINQUENTES

“Artigo 69: O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda”

Foi com o advento deste diploma legal que se aperfeiçoou o tratamento diferenciado aos determinados menores em situação irregular, encarando-os como sujeito de direitos dignos de proteção especial em razão de sua situação social.

4.1.4. CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, adotou a idéia trazida pelo Código de Menores (1927) e fixou a idade para imputação penal aos dezoito annos, adotando consequentemente o critério biológico.

Segundo o art. 27 deste código, os menores em conflito com a norma penal não são passíveis de responsabilização, ficando sujeitos a normas próprias de cunho especial, nos dias de hoje, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Continuou-se aqui com a concepção de tratamento diferenciado entre menores e adultos, em virtude de ser pessoa em desenvolvimento psíquico, mental e social, encarando com um pouco mais de seriedade o fato de ser o menor sujeito de direitos e necessitado de proteção especial.

4.1.5. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, com a conhecida como “Constituição Cidadã”, o país ingressou de vez na luta mundial pelos Direitos Humanos, trazendo em si direitos e garantias fundamentais, fruto de constante luta histórica.

No que se refere ao tratamento da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988 veio como forma de consolidar o conceito de ser o menor necessitado de proteção especial pelo Estado, garantindo-lhes em capítulo especial (capítulo VII), direitos e garantias fundamentais.

Claramente o legislador se preocupou em garantir de forma diferenciada, em capítulo próprio, direitos que são inerentes a qualquer ser humano, uma vez que já foram declarados no art. 5º. É o caso, por exemplo, de repetir no artigo 227 o direito à vida, à dignidade, à liberdade, etc.

Neste caso, o legislador foi de certa forma redundante, mas, além disso, deixou claro que o Estado brasileiro encarou os problemas referentes aos menores, que por muitas vezes tinham arrancada de si a infância, garantindo-lhes direitos frente a família, sociedade e o Estado.

Nossa Constituição firmou ainda com mais certeza, a concepção do menor em conflito com a lei ser também sujeito de direitos, devendo ser tratado de forma especial em relação aos adultos, por seu caráter de estar em constante desenvolvimento.

O artigo 228 da Constituição Federal de 1988 deu continuidade, acertadamente, a inimizabilidade penal aos menores de dezoito anos de idade, deixando-os sujeitos a responsabilização por legislação especial, no caso o ECA.

Dessa forma, por mais que não sejam responsabilizados como adultos, não deixam de ser responsabilizados por seus atos, cometendo atos infracionais e responsabilizados com medidas próprias, nos termos do ECA.

4.1.6. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Embalado pela Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos, criada pela Organização das Nações Unidas (ONU), onde se deu início ao sistema de proteção

integral à criança e ao adolescente, a lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, instituiu no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O ECA foi o instrumento pelo qual o Brasil abraçou de vez na luta pela proteção da juventude, absorvendo o princípio de proteção integral preconizado pela ONU, materializando em seu ordenamento jurídico todos os direitos essenciais no que se refere ao indivíduo em condição de menoridade.

Fixou-se a idade inicial de imputação penal aos dezoito anos (art. 104 – Estatuto da Criança e do Adolescente), de acordo com o que dispunha a norma constitucional (art.228, CF) e o Código Penal em vigor (art. 27, CP). Adotou-se então o critério biológico de presunção de ser o menor indivíduo em constante desenvolvimento e incapaz de se comportar conforme entendimento do bem e do mal.

Certo é que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi um grande avanço para a história no Brasil, no que se diz respeito ao cuidado que se é devido para com os menores, tratando-os como sujeito de direitos que são, devendo ser vistos como tais, garantindo-lhes ampla proteção estatal.

Com o escopo de regulamentar o dispositivo constitucional (art.228), o ECA traz em seu texto a forma correta de tratar o adolescente em conflito com a lei.

Como se sabe, o menor de dezoito anos não comete crime, mas sim ato infracional – conduta descrita como crime ou contravenção penal -, devendo ser responsabilizado nas formas previstas no Estatuto.

Aos menores de idade em conflito com a lei, são previstas formas diversas de responsabilização, as chamadas medidas sócio-educativas, variando de advertência até a possível internação em estabelecimento educacional, de acordo com a gravidade dos fatos.

As medidas socioeducativas estão elencadas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vejamos:

Capítulo IV Das Medidas Sócio-Educativas

Seção I

Disposições Gerais

“Artigo 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 semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.”

Resta claro então que existe responsabilização penal aos menores em conflito com a lei, nos termos deste Estatuto, priorizando o caráter educativo a fim de ressocializar e devolver o adolescente ao convívio em sociedade.

Portanto, o tratamento dos menores (de maioria pobre), sofreu constantes e drásticas mudanças, desde o período imperial onde eram vistos como verdadeiras pestes, sendo recolhidos e amontoados em casas de correção, até os dias de hoje em que se prioriza a vida e todos os seus fatores, principalmente a educação, tratando-os como sujeitos de direito que são.

4.2. DA PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

4.2.1. ANÁLISE DA PEC 171 – ARGUMENTOS PRÓ

Tema de calorosa discussão, a redução da maioridade penal vem despertando em nosso país intensos debates entre prós e contras à aludida medida.

A discussão teve início com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 171/1993, que em seu teor visa à alteração do dispositivo constitucional referente à inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, conforme consta do artigo 228 da Constituição Federal de 1988.

Pretende-se com PEC 171/93 reduzir a idade mínima de imputação penal de dezoito para dezesseis anos, a fim de responsabilizar os menores infratores dessa faixa etária, alegando ser o critério biológico utilizado atualmente totalmente ultrapassado.

A discussão vem à tona toda vez que se noticia nos diversos veículos de comunicação, a ocorrência de um delito de cunho mais grave praticado por menores de dezoito anos.

Os argumentos utilizados na PEC se baseiam em estar o critério biológico defasado. Isto se dá por conta da evolução da juventude, que já não é mesma de quando a norma teve origem, sendo o menor de dezoito anos, neste momento capaz de discernir os atos ilícitos e lícitos agindo, dessa forma, segundo este entendimento.

É notório que o jovem de antigamente não se compara ao jovem dos dias atuais, pelo motivo do maior e mais fácil acesso à informação, seja pela televisão, jornais e mais ainda pela internet, compreendendo diversos assuntos sequer imaginados pela juventude de tempos atrás.

Ressalta-se ainda na proposta, a utilização dos menores para a prática de crimes, aliciados por adultos criminosos, como por exemplo, o tráfico de drogas, assaltos. Este aliciamento, segundo o proponente da emenda, acontece por não serem imputadas ao menor em confronto com a lei as penas previstas no Código Penal, fato este que traz um sentimento de impunidade a quem vê de fora.

Tal sentimento de impunidade baseia grande parte da fatia favorável à medida de diminuição da maioridade penal, alegando ainda que esta medida seria a solução no combate ao crescimento da criminalidade juvenil.

Entre os principais argumentos pró-redução destacam-se:

- Os adolescentes de 16 e 17 anos já tem discernimento capaz de entender o caráter ilícito de crimes, podendo ser responsabilizados como adultos.

Aludido argumento é certo em termos, na medida em que com a evolução tecnológica, os jovens de hoje tem acesso livre à informação, completamente diferente dos jovens de antigamente.

- Impunidade dos adolescentes que cometem crimes nesta faixa etária.

Apoiado no fato de ter o Estatuto da Criança e do Adolescente, um sistema de responsabilização muito brando, leve e com isso ineficaz, gerando assim no menor um sentimento de impunidade, não sendo punido por seus atos.

- A maioria dos crimes cometidos por adolescentes é de caráter violento, devendo ser responsabilizado penalmente nos termos do CP, pelo cometimento de determinada infração.
- Os adolescentes são responsáveis por grande parte dos crimes cometidos no Brasil.

É comum ouvir em discussões acerca do tema tais argumentos, aliados ainda a argumentos extremistas do tipo “e se o crime fosse cometido contra seus pais”, ou “antes ele na cadeia do que na rua assaltando e matando pai de família”. Tais argumentos radicais são comuns de se ouvir em debates, principalmente na internet.

Ainda no que tange a PEC 171/93, observa-se que são utilizados também, no embasamento da proposta, citações do Código Criminal do Império (1830) e do Código Penal de 1890, buscando demonstrar que, como naquela época, é possível à diminuição nos dias de hoje.

Assim se torna de fácil percepção que o proponente buscou retroceder historicamente na legislação para instruir seu pedido, citando um período em que o menor, sempre de natureza pobre, não era sequer tido como sujeito de direito, sendo tratado apenas como vadio e delinquente.

Ao final do texto proponente de emenda constitucional, o autor indica as formas de se responsabilizar os menores infratores afetados pelo novo texto. Tratamos aqui de um importante ponto de divergência, no que se diz respeito ao modo de responsabilização do menor infrator, então dado como criminoso, como pena, local onde se cumpriria tal punição, etc.

É o texto:

“A proposta traça os princípios básicos, as linhas mestras do novo sistema que será implantado pela lei ordinária especial, através da qual serão regulamentadas as formas de aplicação de sanção mais branda, para os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis ano de idade, diferenciada dos criminosos com maioridade. Exemplificando, teríamos elencadas as atenuantes, a gradação de pena a ser aplicada que poderia ser de um terço às aplicadas aos de maioridade, o estabelecimento penal onde o menor irá cumpri-la, os efeitos e

os objetivos da pena, dentro de um programa de reeducação social, intelectual e profissional etc.”

Sugere então a criação de novos estabelecimentos, próprios para esta gama de jovens delinquentes, e inclusive menciona como poderão ser sancionados, e, conseqüentemente, a forma em que a pena poderá ser aplicada, e tudo o que envolve a matéria penal.

Portanto, a PEC 171/93, visa alterar o dispositivo constitucional, a fim de reduzir a idade de imputabilidade penal de dezoito para dezesseis anos, apoiado fortemente no critério biopsicológico, ou seja, na ideia de ser o adolescente contemporâneo plenamente capaz de discernir entre o correto e o incorreto, podendo se comportar ponderadamente em respeito à lei, e, quando não se portar dessa maneira, será passível de punição pela transgressão penal, uma vez que já pode compreender o caráter ilícito de suas ações.

A título de nota, de acordo com uma pesquisa divulgada pelo “Datafolha”, em 22 de junho de 2015, “caso houvesse uma consulta à população adulta brasileira a respeito da redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos, 87% votariam a favor da redução. Contrários a mudança na legislação são 11%, indiferentes 1% e não souberam responder 1%. A rejeição à mudança de idade da maioridade penal é mais alta entre os mais escolarizados (21%), entre os sem religião (20%) e entre os mais jovens (19%)”.

4.2.2. IMPEDIMENTOS E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À REDUÇÃO

São diversos os entendimentos contrários à medida de redução da maioridade penal, sendo o mais forte argumento a necessidade de investir em políticas públicas de caráter educativo, fazendo valer o quanto estipulado constitucionalmente e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao contrário dos argumentos utilizados pela maioria favorável (87%), a minoria contrária à medida de redução da idade de imputação penal, se preocupa com a questão do menor em si, como sujeito de direitos que é, deixando claro que não se trata de “passar a mão na cabeça” destes, mas, sim, garantir-lhes a aplicação integral de seus direitos fundamentais instituídos constitucionalmente.

Como ficou demonstrado no tópico anterior, utilizam-se de argumentos que não condizem com a realidade, apoiados maciçamente no sentimento de revolta ao se tomar conhecimento da ocorrência da prática de crimes por menores de idade, dados atualmente como inimputáveis, aliado ao sentimento impunidade que a grande maioria acredita existir.

4.2.2.1. Impunidade

A gama de pessoas contrária à medida de redução responde as diversas perguntas, e combate os argumentos trazidos pela maioria a favor.

A responsabilização, ou punição, imputada aos menores em conflito com a lei estão estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – precisamente no artigo 112, elencando as medidas socioeducativas destinadas a esta finalidade, sendo elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

No que se diz respeito ao argumento de impunidade dos menores infratores, pesquisas apontam que em 2013, cerca de 23,1 mil (vinte e três mil e cem) adolescentes encontravam-se privados de liberdade no Brasil. E desses, 64%, aproximadamente 15,2 mil (quinze mil e duzentos) cumpriam medida de internação, a de caráter mais severo do ECA. (Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA).

A pesquisa aponta ainda o número de delitos cometidos por menores de idade, contrariando a idéia de que são estes grande parte dos infratores, que contribuem com uma enorme parcela no aumento da criminalidade no país, inclusive no cometimento de delitos graves como homicídios, estupros, lesões corporais graves e latrocínios.

Vejamos:

Nos últimos três anos, roubo, furto e envolvimento com o tráfico de drogas foram as infrações mais comuns praticadas pelos adolescentes. Em 2013, cerca de 40% deles respondiam pela infração de roubo, 3,4% por furto e 23,5% por tráfico. Já os

delitos graves, como homicídio, correspondiam a 8,75%; latrocínio – roubo seguido de morte – 1,9%, lesão corporal 0,9% e estupro 1,1%. Entre os estados brasileiros com maior número de adolescentes privados de liberdade, em 2012, estão São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco e Ceará. (fonte – IPEA)

O estudo traça ainda o perfil de quem são os adolescentes que estão em conflito com a norma penal cumprindo pena com restrição de liberdade.

Em 2013, 95% eram do sexo masculino e 60% deles tinham idade entre 16 e 18 anos. Dados de 2003 indicam que mais de 60% dos adolescentes cumprindo pena nesse ano eram negros, 51% não frequentavam a escola e 49% não trabalhavam quando cometeram o delito. 66% deles viviam em famílias consideradas extremamente pobres. (Fonte – IPEA).

Assim como no passado, ficou nítido que no Brasil a grande maioria que realmente é punida pelos atos infracionais cometidos são os pobres e negros, sem estudos e desempregados.

Resta comprovado então que o argumento de que os menores infratores não são responsabilizados por seus atos não prosperam. Ainda, a pesquisa mostra que em virtude da má condução da administração da justiça, encontram-se reclusos um número muito maior de adolescentes, em relação a medida socioeducativa aplicada de internação.

Este fato então, nos remete a outro importante ponto na apreciação da medida em discussão, a questão da infraestrutura do sistema carcerário brasileiro.

4.2.2.2. Sistema Carcerário

O Brasil é a quarta maior população carcerária do mundo, amontoadada em seus complexos penitenciários extremamente precários e abarrotados de infratores.

Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária do Brasil conta com 711,463 presos. (Fonte – Conselho Nacional de Justiça).

O que vemos é um sistema carcerário defasado e superlotado, que em muitos lugares do país não se asseguram o mínimo de direitos fundamentais aos reclusos.

Certo é que somos um país que prende muito, e mesmo assim o índice da criminalidade continua aumentando, evidenciando que a garantia de uma punição mais severa não faz com que esse número caia.

É o que demonstra o estudo do Ipea, comentado em sequência pelo secretário Nacional de Juventude Gabriel Medina:

O Brasil é um país que encarcera muito, temos a quarta população carcerária do mundo e o número de presos cresceu 77% desde 2005. Esse dado desconstrói os mitos de que encarceramento vai resolver o problema da violência. Quando internamos o adolescente, misturamos jovens com diferentes níveis de envolvimento com o crime. Vamos resolver a violência com prevenção, expansão de direitos e inclusão dos adolescentes em políticas públicas”, defendeu o secretário Nacional de Juventude, Gabriel Medina’.

4.3. DISCUSSÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como sabemos, a PEC 171/93 visa alterar o dispositivo constitucional previsto no art. 228, reduzindo de dezoito para dezesseis anos de idade de inimputabilidade penal.

De fato, a Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer em seu corpo, como nunca feito antes em uma Constituição brasileira, o princípio da proteção integral ao menor de dezoito anos, antecipando-se ao que seria previsto futuramente na Convenção sobre os Direitos das Crianças, de autoria da ONU (1989) e incorporada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro 1990.

A referida convenção prevê em seu artigo primeiro: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

Dá destaque ainda, em seu preâmbulo: “Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

O ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere aos direitos da criança, se pautou fortemente nas prescrições da ONU, incorporando-a por inteiro, declarando como princípio norteador do Estado brasileiro o respeito e a proteção integral das crianças e adolescentes.

Destacam-se, ainda, outros tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário, destinados em sua essência a garantir um tratamento especial com a juventude, tornando dever do Estado, proporcionar-lhes direitos fundamentais a existência digna, como direito à vida, à liberdade, à saúde, e à educação.

Entre as convenções internacionais assinadas pelo Brasil, se pode destacar:

- Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

No que se diz respeito ao assunto, o artigo 19 deste tratado preceitua:

“Artigo 19 - Direito da criança - Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

- Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça juvenil – Regras de Beijing. Adotadas pelas nações unidas em Assembleia Geral na resolução 44/33, de 29 de novembro de 1985.

Segundo Wilson Donizeti (2003, p. 11-12), em seu artigo sobre o assunto, as citadas Regras de Beijing, tem fundamental importância na luta pela proteção dos menores, dizendo:

Traçam princípios básicos para proteção e condições mínimas do tratamento dos jovens infratores em toda parte do mundo.

Desta forma o objetivo principal das regras é a proteção dos jovens por estarem no estado inicial do desenvolvimento de sua personalidade, para que então o jovem se integre de maneira satisfatória na sociedade. Tais regras podem ser divididas em duas partes, uma protegendo os direitos fundamentais do jovem infrator, e a segunda elaborando regras de proteção perante as garantias processuais.

Ademais, compulsando a CF, vemos o tratamento diferenciado destinado à criança, prevendo os direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, mas de forma específica, trazendo em capítulo próprio os direitos a ela previstos. É o que se nota no capítulo VII da constituição: “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”.

A grande discussão constitucional acerca do tema se revela no ponto de ser o artigo 228 da Constituição Federal, matéria de direitos e garantias fundamentais, estando previsto então como cláusula pétrea, protegido pelo disposto no artigo 60, §4º, IV.

O texto do artigo 60, §4º, IV, da CF/88 preceitua:

“Artigo 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

... IV - os direitos e garantias individuais.”

A aplicação deste dispositivo em relação ao artigo 228 traz consigo o debate sobre o caráter de ser ou não ser o mesmo direito ou garantia individual.

Neste Sentido, Edson Alves da Silva, em seu artigo sobre o assunto (2008, p.1), relata que:

Todavia, não é só o fato de ser matéria constitucional que tem gerado certa polêmica em torno de uma possível alteração na maioria penal, pois se tal artigo fosse uma norma constitucional comum, bastaria a aprovação de emenda constitucional, nos parâmetros do art. 60 CF, para que tal artigo fosse alterado. No entanto, as discussões estão,

verdadeiramente fundadas no fato de o art. 228 ser considerado por alguns, como cláusula pétrea, e, portanto não podendo ser alterada.

Doutrinadores contrários a esta afirmação, indagam o fato de não ser o artigo 228, direito ou garantia pétra, uma vez que o Poder constituinte originário não o incluiu no rol de direitos e garantias fundamentais previstas no art. 5º da CF.

É o que Nucci destaca (2007, p.294):

Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, §4º, IV, CF, pois sabendo-se que “há direitos e garantias de conteúdo material” e “direitos e garantias de conteúdo formal” O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como direito e garantia fundamental é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente.

A princípio, por essa percepção, pelo fato de não estar previsto no rol do art. 5º da CF, não se pode afirmar se tratar de um direito e garantia fundamental, visto não ter sido inserida pelo Poder Constituinte Originário no rol exemplificativo mencionado.

Entretanto, ao se adentrar no texto constitucional, encontramos dispositivos que nos remetem a pensar de forma diversa a este entendimento.

Encontra-se no artigo 5º da CF, mais precisamente em seu 2º parágrafo, o seguinte texto:

“Artigo 5º, § 2º, CF/88: 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”.

Dito isto, se manifesta evidente que a própria Constituição Federal nos mostra que é possível à existência de outros direitos e garantias fundamentais, advindos de princípios por ela adotados, deixando claro que o rol previsto no art. 5º não é taxativo.

Como dito anteriormente, o Brasil adotou em sua constituição princípios decorrentes de tratados internacionais dos quais é signatário, no que se refere ao tratamento devido pelo Estado em face da garantia dos direitos essenciais por eles previstos.

Dessa forma, o parágrafo 2º do artigo 5º, da Constituição, deixa claro que tem força de norma constitucional todos os tratados e convenções internacionais do qual o Brasil faça parte, e assim, quaisquer direitos e garantias fundamentais decorrentes destes tratados, devem ser reconhecidos como tais, mesmo não estando na lista do artigo 5º.

Vale deixar em evidência ainda o fato do legislador constituinte, no exercício de suas funções, buscar tratar dos direitos das crianças e adolescentes em capítulo próprio (Capítulo VII), incluindo-os na parte pertinente à Família. Isto se deu em virtude da necessidade de um tratamento diferenciado dos demais, visto serem alvo de um sistema de proteção integral.

Nesse rumo, o Promotor de Justiça de Santa Catarina, Gercino Gerson Gomes Neto, afirma em seu artigo denominado: “A inimputabilidade penal como cláusula pétrea”, o seguinte (2000, p. 6):

No que se refere à inimputabilidade penal, deixou-a o constituinte para o capítulo que trata da criança e do adolescente, por questão de técnica legislativa, uma vez que duas emendas populares, apresentadas pelos grupos de defesa dos direitos da criança, fizeram inserir na Constituição os princípios da doutrina da proteção integral, consubstanciados nas normas das Nações Unidas.

Desta forma, nada mais lógico do que inserir os direitos da criança e do adolescente no capítulo da Família. Quis o Constituinte separar os direitos e garantias das crianças e adolescentes, das disposições relativas ao conjunto da cidadania, visando sua maior implementação e defesa.

Assim, elegeu tais direitos, colocando-os em artigo próprio, com um princípio intitulado de prioridade absoluta, que faz com que a criança tenha prioridade na implementação de políticas públicas, por exemplo, e desta forma, inclusive por questão de coerência jurídico-constitucional não iria deixar ao desabrigo do artigo 60, § 4º, IV, os direitos e garantias individuais de crianças e adolescentes, quando, foi justamente o contrário que desejou fazer e o fez.

Nesse vértice, a questão da constitucionalidade restaria prejudicada, se mostrando a medida de redução da maioria penal matéria de inconstitucionalidade, em se tratando ser o artigo 228 parte de um princípio fundamental (proteção integral) incorporado pela Constituição Federal, ao incluir os tratados internacionais anteriormente mencionados, entendendo-se como direitos ou garantias fundamentais por força do artigo 5º, §2º.

Portanto, a PEC 171/93 tendente a abolir direitos e garantias fundamentais decorrentes do princípio de proteção integral ao menor, adotado pelo Brasil ao se tornar signatário dos diversos tratados sobre o tema, com base no artigo 5º, § 2º, se revela ser matéria inconstitucional, se amoldando ao quanto previsto no artigo 60, 4º, IV.

4.4. ALTERNATIVA À REDUÇÃO

Conforme apresentado até aqui, podemos notar que o Brasil não possui estrutura, nem condições financeiras suficientes para arcar com novos investimentos em estabelecimentos prisionais destinados ao jovem infrator.

Nos noticiários são constantes as matérias referentes a presídios superlotados, detentos encarcerados há anos sem sequer terem sido julgados, um verdadeiro caos.

Visando isso, a criação de novas instituições prisionais sugeridas pelo propositor da emenda constitucional se torna inviável para a presente realidade do nosso país.

Como forma de se evitar a alteração drástica de uma norma constitucional, que traria efeitos enormes a sociedade, principalmente aos menores de dezoito anos que

teriam violados seus direitos garantidos constitucionalmente, se mostra mais cabível uma reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere às medidas socioeducativas.

É fato que o menor é digno de proteção especial e integral, sendo sujeito de direitos, em constante desenvolvimento mental, moral, social, etc. Diante disto, a reeducação do menor infrator, objetivo das normas do ECA, se mostra mais razoável.

Atualmente, se mostra mais coerente e viável atualizar o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se diz respeito às medidas socioeducativas, enrijecendo-as, principalmente aquelas destinadas a responsabilizar os menores praticantes de atos infracionais assemelhados a crimes mais violentos, ou seja crimes graves e hediondos.

Neste sentido, já está sendo discutido no Senado Federal a alteração do tempo de internação em instituto educacional para os jovens que cometerem crimes hediondos e violentos como homicídios, latrocínios, etc.

O projeto do Senado visa aumentar o tempo atual de internação de três anos, para dez anos o tempo limite de internação deste jovem considerado mais violento.

Indiscutivelmente, se torna mais viável reformar o Estatuto da Criança e do Adolescente, e, indiscutivelmente, aplicá-lo corretamente em todos os seus termos, investindo assim, todo o tempo e recursos financeiros à sua melhor efetivação, fazendo-o cumprir concretamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos então que para se caracterizar um ato criminoso, a conduta humana exteriorizada deve conter, indispensavelmente, os elementos fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

Toda ação que não preencha um desses requisitos, não se revestirá com a essência necessária para se formar a infração penal. Então, a conduta humana em que não se caracterize o fato típico e seus elementos (conduta, resultado, nexos causal e tipicidade), ou não seja antijurídica em que ocorra uma das excludentes de ilicitude,

ou então que não seja culpável, ou seja, não seja reprovada socialmente, por conta de uma de suas excludentes não será considerada criminosa.

No que tange ao assunto “maioridade penal”, nota-se que a medida, no presente momento, em virtude da instabilidade política e econômica que assola o Brasil, se torna inviável a redução de dezoito pra dezesseis anos proposta pela PEC 171/93.

Isto se dá pelo fato de não ter o Brasil as condições econômicas e políticas necessárias para viabilizar a criação e implantação de um novo núcleo penitenciário (estabelecimento educacional) para acolher esse novo montante de jovens infratores que serão afetados pela nova norma constitucional.

Como mostrado anteriormente, o Brasil é o quarto país que mais prende, figurando na quarta posição no ranking de população carcerária no mundo, e como vimos, o sistema carcerário encontra-se defasado, com penitenciárias lotadas, com clara supressão de direitos humanos, e dessa forma, não se vislumbra a possibilidade efetivação do quanto previsto no texto da PEC 171/93, ou seja, a criação de um novo complexo destinado a atender os jovens em conflito com a lei maiores de dezesseis anos.

Essa é uma medida que requer tempo, e amplo estudo, não devendo ser tomada qualquer decisão sem que se analise todos os fatores possíveis relacionados aos assuntos, desde os princípios adotados pela Constituição Federal, até a questão de infraestrutura do país.

É o que diz Carlos R. Bittencourt (2007, p. 353), sobre o assunto: “para se admitir a redução para a “responsabilidade penal”, exige-se competência e seriedade, aspectos nada comuns do sistema repressivo penal brasileiro como um todo”.

Torna-se então mais plausível reformar o sistema das medidas socioeducativas, com o aumento da pena de internação, impondo-a com mais rigor nos casos de crimes mais violentos.

Aplicar os princípios adotados pela nossa Constituição Federal, no que tange ao tratamento da juventude, fazendo então valer o tratamento de proteção integral, viabilizando de forma efetiva os direitos básicos como à vida, saúde, liberdade, e destaque-se, o direito à educação de qualidade.

O investimento na educação, criando e implantando políticas públicas eficazes, se mostra a melhor forma de evitar futuros jovens infratores.

E para aqueles que se encontram em conflito com a lei, o investimento efetivo deverá ser aplicado na melhoria dos estabelecimentos educacionais já existem, cumprindo à risca o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de reeducar e ressocializar com mais eficiência essa parcela de jovens infratores.

Como mencionado pelo proponente da emenda constitucional, ao citar Salomão, e Rui Barbosa, que respectivamente ensinaram: “ensina à criança o caminho em que deve andar, e ainda quando for velho não se desviará dele”; “vamos educar a criança para não termos que punir o adulto”, é necessário investir na formação do jovem, não buscar mais mecanismos de punição sem observar a ressocialização do infrator.

Portanto, no presente momento a PEC 171/93 se manifesta inviável, devendo se aguardar o melhor momento para sua revisão, após se esgotarem todos os mecanismos previstos na Constituição Federal e no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, como medida de respeito aos princípios adotados pela Constituição Federal pátria.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral vol. I, 15ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

DIAMANTE, João Paulo. **A redução da maioridade penal: aspectos jurídicos e sociais**. 2014. Presidente Prudente. 2014.

DONIZETI, Wilson . **Adolescente e ato infracional: Medida sócio-educativa é pena?** 1º edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**, 4ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 1980.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 16ª Edição. Niterói. Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**, 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1993.

LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**, 1ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

NETO, Gercino Gerson Gomes. **A inimputabilidade penal como cláusula pétrea**, 3ª Edição. Florianópolis. Disponível em <http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id205.htm>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial**, 3ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Edson Alves da. **Existe a Possibilidade de Redução da Maioridade Penal no Nosso Ordenamento Constitucional Vigente?** Disponível em: (http://www.textolivre.com.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=344).

SOARES, Janine Borges. **A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: Uma Breve Reflexão Histórica**. Disponível em: (<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm%3E>).

CÓDIGO CRIMINAL IMPERIAL -1830 - Texto original retirado do acervo virtual do Planalto do governo - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm

CÓDIGO PENAL DE 1890 - Texto original retirado do acervo virtual da Câmara dos Deputados - <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>

CÓDIGO DE MENORES - 1927 - Texto original retirado do acervo virtual da Câmara dos Deputados - <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>.

Pesquisa Datafolha sobre Opinião pública acerca da Proposta de Redução da Maioridade Penal: (<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/06/1646200-87-aprovam-reducao-da-maioridade.shtml>).

Nota técnica: O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal - do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA: Disponível: (http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25620&catid=10&Itemid=9)

Conselho Nacional de Justiça: Sistema Carcerário Nacional:
([http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.p
df](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf))