

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Alderico de Carvalho Junior

TEORIA DO ATO INFRACIONAL:
uma abordagem sobre a responsabilidade do adolescente

Belo Horizonte
2017

Alderico de Carvalho Junior

**TEORIA DO ATO INFRACIONAL:
uma abordagem sobre a responsabilidade do adolescente**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen.

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C331t Carvalho Junior, Alderico de
Teoria do ato infracional: uma abordagem sobre a responsabilidade do adolescente / Alderico de Carvalho Junior. Belo Horizonte, 2017.
199 f.: il.

Orientador: Guilherme Coelho Colen.
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). 2. Menores - Direito penal.
3. Menores - Estatuto legal, leis, etc. 4. Culpabilidade. 5. Responsabilidade (Direito). I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.915

Alderico de Carvalho Junior

**TEORIA DO ATO INFRACIONAL:
uma abordagem sobre a responsabilidade do adolescente**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen - PUC Minas (Orientador)

Prof^ª. Dr^ª. Klélia Canabrava Aleixo - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof^ª. Dr^ª. Martha de Toledo Machado – ESMP/SP (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2017

AGRADECIMENTOS

Ao apagar das luzes de mais um ciclo, é com alegria que agradeço a pessoas que foram decisivas nesta jornada de grandes transformações. Com desconfiança mútua, típica da mineiridade, a linha de pesquisa Direito Penal nas Sociedades Contemporâneas da PUC Minas acolheu um membro do Ministério Público de Minas Gerais. Se de um lado a errônea visão do Promotor de Justiça como acusador levantava algumas questões para o corpo docente, de outro a dissociação entre a academia e a prática me trazia ressalvas. As dúvidas se dissiparam paulatinamente nas discussões realizadas durante o curso, nas quais foi possível desconstruir dogmas repetidos sem muita reflexão. As etiquetas foram deixadas de lado em prol da construção de um Direito Penal humanizado, garantidor da subjetividade da pessoa submetida a uma acusação formal.

Para que pudesse ascender a essa formação não apenas intelectual mas, sobretudo, humanitária, não poderia deixar de agradecer ao Ministério Público de Minas Gerais, que me propiciou a vivência necessária para a construção de um saber socialmente aplicável. Em especial, agradeço também aos Promotores de Justiça Henrique Otero Costa, Leandro Wili e Maria Tereza Diniz Alcântara Machado, que além de grandes incentivadores sempre estiveram disponíveis para me substituir quando necessário.

Da mesma forma, reservo agradecimento aos parceiros da Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas, que entre 2006 e 2010 me propiciaram uma visão amplificada sobre a situação do adolescente autor de infracional em Minas Gerais. Aliás, uma visão não apenas em relação ao desenvolvimento de políticas públicas mas, principalmente, em relação à necessidade de uma abordagem interdisciplinar do tema.

À professora doutora Klélia Canabravo Aleixo agradeço pelas profundas discussões sobre as funções latentes do Direito Penal, bem como pela precisa análise crítica das propostas apresentadas em minha pesquisa.

Ao meu orientador, professor doutor Guilherme Coelho Colen, agradeço pela sensibilidade em fomentar o objeto de pesquisa proposto, identificando nele um caráter transformador. Além disso, a construção deste trabalho somente foi possível a partir da sua rica contribuição sobre os desafios e limites da dogmática penal.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à minha esposa, Marina de Castro Domingos Leite Leal, por compreender minhas longas ausências durante a redação deste trabalho e, mesmo assim, paradoxalmente, estar sempre ao meu lado.

RESUMO

A pauta de controle da infância desviada sempre foi permeada por uma discursividade de proteção, embora sob o manto ressocializador as agências estatais encobrissem uma intervenção autoritária e segregacionista. O Direito da Infância ainda hoje é negligenciado pelos cientistas, sendo essa ausência co-constitutiva do caráter errante da medida socioeducativa, que pendula entre o pedagógico e o punitivo. Todavia, fato é que a prática de um ato infracional poderá levar o adolescente à privação de liberdade, o que torna necessária a criação de fórmulas para contenção da sanha punitiva. Portanto, o objetivo do nosso trabalho envolve a construção de uma dogmática jurídico-penal voltada especificamente para a realidade do adolescente a quem se atribua a prática de um ato infracional.

Palavras-Chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito Penal Juvenil. Direito Infracional. Culpabilidade. Responsabilidade.

RESUMEN

El programa de control de la infancia desviada siempre estaba impregnado del discurso de protección, aunque bajo el manto resocializador las agencias estatales encubrían una intervención autoritaria y segregacionista. El derecho de los niños todavía se descuida por los científicos, y esta falta contribuye a la naturaleza indefinida de las medidas socioeducativas, que se mantiene entre lo pedagógico y punitivo. Sin embargo, es cierto que la práctica de un delito puede dar lugar a la privación de libertad de los adolescentes, lo que hace necesaria la creación de fórmulas para contener la furia punitiva. Por lo tanto, el objetivo de nuestro trabajo consiste en la construcción de una dogmática jurídico-penal orientada específicamente a la realidad de los adolescentes a los que se atribuye la comisión de un delito.

Palabras Clave: Estatuto de los Niños y Adolescentes. Derecho Penal Juvenil. Derecho Infraccional. Culpabilidad. Responsabilidad.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AI	Agravo de Instrumento
APL	Apelação
BGH	Tribunal Federal de Justiça Alemão, <i>Bundesgerichtshof</i>
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CR	Constituição da República Federativa do Brasil
DJe	Diário da Justiça eletrônico
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEP	Lei de Execução Penal
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJMT	Tribunal de Justiça do Mato Grosso
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SG	Sistema Garantista
SINASE	Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE: ANÁLISE HISTÓRICA.....	23
2.1 Tutela penal indiferenciada.....	24
2.1.1 As Ordenações de Portugal.....	24
2.1.2 O Código Criminal do Império.....	26
2.1.3 O Código Penal de 1890.....	31
2.1.4 A sobrevida da tutela penal indiferenciada.....	32
2.2 A situação irregular.....	35
2.2.1 O Código Mello Mattos.....	39
2.2.2 O Código de Menores de 1979.....	43
2.2.3 A sobrevida da situação irregular.....	46
2.3 A proteção integral.....	47
2.3.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança.....	49
2.3.2 As Regras de Beijing e o princípio da legalidade.....	52
2.3.3 As Regras de Tóquio e a privação de liberdade.....	52
2.3.4 Diretrizes de Riad e prevenção de delitos.....	53
2.3.5 O Estatuto da Criança e do Adolescente.....	53
3 O CARÁTER MARGINAL DO ADOLESCENTE NA HISTÓRIA DA CULPABILIDADE.....	57
3.1 Causalismo.....	62
3.2 Neokantismo.....	67
3.3 Finalismo.....	73
3.4 Pós-finalismo.....	78
3.4.1 O funcionalismo sistêmico-radical de Günther JAKOBS.....	80
3.4.2 O funcionalismo racional-teleológico de Claus ROXIN.....	83
3.4.3 A reprovabilidade forense de Winfried HASSEMER.....	86
3.4.4 O sujeito responsável de Juan Bustos RAMÍREZ.....	90
3.4.5 A culpabilidade por vulnerabilidade de Eugenio Raúl ZAFFARONI.....	96
4 LIBERDADE, LIVRE-ARBÍTRIO E DETERMINISMO.....	101
4.1 Contributo da criminologia.....	102
4.1.1 O surgimento da criminologia.....	103
4.1.2 Criminologia contemporânea.....	105
4.1.2.1 <i>A ênfase determinista</i>	105
4.1.2.2 <i>A ênfase subjetivista</i>	108
4.1.3 A criminologia crítica.....	110
4.2 Contributos da Psicanálise e da Psicologia.....	118
4.3 Contributo das Neurociências.....	126
5 O ADOLESCENTE RESPONSÁVEL.....	133
5.1 Imputabilidade infracional.....	139
5.2 Sociabilidade.....	155
5.3 Necessidade.....	168
6 CONCLUSÃO.....	179
REFERÊNCIAS.....	187

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 8.069 considera como ato infracional “*a conduta descrita como crime ou contravenção penal*” (BRASIL, 1990, art. 103), porém há grande divergência acerca da interpretação a ser dada à parte infracional do Estatuto. Essa situação conturbada sobre o ato desviado praticado pelo adolescente perpassou todo o século XX de maneira intocada, apesar das sucessivas mudanças legislativas.

A mudança paradigmática introduzida na legislação interna pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e orientada, no plano internacional, pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pelas Regras de Beijing e de Tóquio e pelas Diretrizes de Riad não foi internalizada pela sociedade e, o que é mais grave, continua estranha até mesmo para grande parte da comunidade científica. A nebulosidade com que o tema é tratado nos permite trabalhar com a hipótese da existência de uma crise de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao menos de sua parte infracional.

A crise de interpretação a que nos referimos coloca, de um lado, aqueles que sob o manto da proteção escondem um âmbito de maior discricionariedade no atendimento ao adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional. De outro estão os partidários que preconizam uma aproximação ao Direito Penal, possibilitando que ao adolescente se assegurem as garantias penais e processuais penais.

É bem verdade que no âmbito da doutrina especializada dificilmente encontraremos defensores que explicitem o viés tutelar, já que tal característica remonta ao período em que o adolescente era mero alvo da intervenção judicial arbitrária. Entretanto, há um grande hiato entre o que se fala e o que se faz, bastando uma rápida consulta à jurisprudência para perceber que decisões fundadas no caráter tutelar ainda subsistem com certa abundância¹.

A legislação brasileira é reconhecida internacionalmente como um diploma avançado, mas a ambiguidade da expressão *proteção integral*, prevista já no primeiro artigo do Estatuto, contribui para a falta de clareza com que a intervenção punitiva é tratada². Isso porque os

¹ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO - PROVAS DE AUTORIA DE ATO INFRACIONAL - PREVALÊNCIA DA RECUPERAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR. Não caracteriza cerceamento de defesa a não oitiva da vítima em juízo, se a própria defesa concordou com a dispensa de tal depoimento. *A aplicação das medidas socioeducativas não têm caráter punitivo e visam primordialmente a recuperação e a proteção do menor infrator*. Rejeitada a preliminar. (TJMG - Apelação Criminal 1.0686.01.031837-2/001, Relator(a): Des.(a) Sérgio Braga, 1.ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02 mar. 2004, publicação da súmula em 12 mar. 2004, sem destaque no original).

² “En cualquier área temática relacionada a los derechos del niño, la falta de claridad respecto de qué se

menos afetos ao Direito da Infância e da Juventude desconhecem todo o movimento de mudança que culminou no texto da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Assim se utilizam de uma interpretação gramatical restrita da expressão *proteção integral*, o que acaba afastando o leque de suas reais imbricações.

Uma visão estritamente tutelar interpreta a proteção integral do adolescente como um mandamento para conduzi-lo em todos os passos dessa fase de transição, como se ele fosse um incapaz. Porém não é isso que significa o princípio da proteção integral, pois ele caminha por estradas bem diversas, a começar por aquela que vê o adolescente como sujeito de direitos e protagonista de sua própria história. O princípio da proteção integral deve ser contextualizado com o restante da normativa da juventude e com a realidade social, permitindo a superação da objetificação do adolescente nas mãos dos atores judiciais, vício que tem origem na já vetusta doutrina da situação irregular.

Durante quase setenta anos do século passado a doutrina da situação irregular se consolidou e se aperfeiçoou como meio de controle social da juventude pobre e desassistida. Em linhas gerais, desde 1920 os juristas se afeiçoaram ao controle social da juventude ao arrepio dela própria, adotando uma abordagem tutelar tanto em relação aos adolescentes em situação de risco social quanto em relação aos adolescentes que praticavam atos infracionais.

Naquele período o adolescente acusado da prática de um ato delituoso era considerado como “menor em situação irregular”, o que legitimava uma intervenção judicial totalmente discricionária. As audiências judiciais se assemelhavam muito mais a uma reunião na qual Promotor, Juiz e Defensor definiam, sem observar as regras do jogo processual, o que seria melhor para o “bem-estar” do “menor”³. O resultado era previsível, e a lógica maniqueísta daqueles atores judiciais ocasionava, em grande parte das vezes, a segregação dos jovens em instituições totais.

[...] las peores atrocidades contra la infancia se cometieron (y se cometen todavía hoy), mucho más en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión. Se trataba (y todavía se trata) de sustituir la mala, pero también la “buena” voluntad, nada más - pero tampoco nada menos - que por la justicia. En el

entiende por interés superior o por sujeto de derecho - aún más, por protección integral - plantea en muchos casos volver a la discusión en términos del viejo modelo de la situación irregular” (BELOFF, 1999, p. 87,88).

³ “Por outras palavras, o direito menorista - tanto no aspecto do direito material, que define as relações jurídicas, como do direito processual, que define as regras do direito material em Juízo - era um regramento que se caracteriza por conceder poderes amplísimos ao Juiz de decisão sobre a vida e o destino das crianças e dos adolescentes em situação irregular, desprezando a família biológica e as garantias (de direito material e processual) que historicamente foram construídas para evitar o arbítrio, a injustiça e a violação dos direitos individuais do cidadão” (MACHADO, 2006, p. 96, 97).

amor no hay límites, en la justicia sí. Por eso, nada contra el amor cuando el mismo se presenta como un complemento de la justicia. Por el contrario, todo contra el “amor” cuando se presenta como un sustituto, cínico o ingenuo, de la justicia (MENDEZ, 2006, p. 17).

Num claro esforço para marcar território em contraposição ao aspecto tutelar, ganhou evidência nas últimas duas décadas, em toda a América Latina⁴, a concepção que defende a existência de um Direito Penal Juvenil. No Brasil há juristas, como SARAIVA (2006, p. 176), SPOSATO (2006, p. 14) e SHECAIRA (2015, p. 139), sustentando essa linha de pensamento, ou seja, a de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos títulos referentes ao ato infracional, observou a normativa internacional e consagrou o Direito Penal Juvenil. Assim, a corrente que defende o Direito Penal Juvenil finca sua bandeira de oposição ao menorismo e, para isso, entende que o único caminho possível é a vinculação do Direito da Infância ao Direito Penal.

Não se olvida que o menorismo deixou marcas indeléveis, ainda muito sentidas na prática forense. Entretanto, o fetiche na definição da natureza jurídica do ato infracional já colocou em lados opostos juristas que, na essência, trilham o mesmo caminho, qual seja o de um direito sancionador minimalista e garantidor. Alexandre Morais da ROSA, por exemplo, apresenta uma áspera e imerecida crítica aos adeptos do chamado Direito Penal Juvenil:

Para que o Direito Infracional possa ser levado a sério, mostra-se necessária a fixação de um modelo de atuação. Não se trata de resgatar o falso e enfadonho dilema de construção de um Direito Penal Juvenil, proposta defendida por muitos sob o argumento de que a ausência de aplicação de normas de Direito Penal torna a atuação na seara infracional discricionária, sendo que somente o Direito Penal concederia a segurança jurídica almejada aos adolescentes. Estes partidários, na sua maioria, sofrem de uma deficiência criminológica que causa náuseas. Alguns sabem que o discurso do Direito Penal Juvenil não se sustenta e, por isso, omitem a abordagem criminológica. Defendem o Direito Penal sem conhecer como funciona sua estrutura latente. Agarram-se às aparências do manifesto e acreditam, de boa-fé - a maioria, reconheça-se - que o Direito Penal Juvenil é a salvação. Para estes, a simples leitura de Baratta ou Andrade poderia demonstrar o grau ilusório de suas propostas que, no fundo, servem para relegitimar o sistema repressivo, sob o mote: somos todos garantistas (ROSA, 2005, p. 20).

⁴ Exemplo disso temos em vários países que, em menor ou maior grau, se aproximam do Direito Penal, como o Peru com o *Código de los Niños y Adolescentes*; a Guatemala, com o *Código de la Niñez y la Juventud*; Honduras com o *Código de la Niñez y la Adolescencia*; El Salvador, com a *Ley del Menor Infractor*; a Nicarágua, com o *Código de la Niñez y la Adolescencia*; a Bolívia, com o *Código del Niño, Niña y Adolescente*; a Venezuela, com a *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*; a Costa Rica, com a *Ley de Justicia Penal Juvenil*; o Panamá, com a Lei 40/99, que estabelece *El Régimen Especial de Responsabilidad Penal para Adolescencia*; e o Chile, com a Lei n.º 20.084/05, que “*establece un sistema de responsabilidad de los adolescente por infracciones a ley penal*”.

Em resposta enunciada no mesmo tom, SPOSATO afasta as críticas ao Direito Penal Juvenil defendendo ser essa a expressão mais adequada:

Exemplo categórico deste obscurantismo impregna por completo a obra de Alexandre Morais da Rosa, que, pretendendo demonstrar erudição, nomeia superficialmente uma avalanche de autores, de Alessandro Baratta a Luigi Ferrajoli, para rejeitar o Direito Penal Juvenil. Seu argumento parte de um ponto de partida equivocado. Acredita o autor em tela que a defesa da existência do Direito Penal juvenil se sustente na busca por segurança jurídica. Ledo engano. Não é só a segurança jurídica que fundamenta tal constatação, mas sobretudo o grau de afetação aos direitos fundamentais dos adolescentes. A intervenção judicial que se realiza só ocorre porque ocorreu infração penal, e portanto, tanto do ponto de vista do que a origina como de suas consequências, resta inegável a presença do Direito Penal. É como negar a chuva em um dia de tempestade. Aposta ainda o autor numa autonomia do que denomina Direito Infracional e procura reforçar a negação do Direito Penal Juvenil “por não ser o Direito Penal salutar nem aos imputáveis” (*sic*). Ora, o que não se mostra salutar não é o Direito Penal, mas sim o funcionamento do sistema penal e suas disfunções, como também não é salutar a vida de um adolescente numa unidade de privação de liberdade, ou seja, deixar de nomear as coisas pelo nome que têm não as torna automaticamente salutares (SPOSATO, 2011, p. 128,129).

Analisando a disputa terminológica, importa destacar que a aproximação entre crime e ato infracional é decorrente do próprio ECA, que em seu artigo 103 considera ato infracional toda “conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Aliás, a aproximação não se dá apenas entre o crime e o ato infracional, mas também entre a pena e a medida socioeducativa⁵. Portanto, é assertiva a conclusão de SPOSATO, ou seja, negar a presença do Direito Penal “é como negar a chuva em um dia de tempestade” (2011, p.128).

Embora compactuemos a essência do pensamento daqueles que defendem a existência de um Direito Penal Juvenil, também concordamos com a crítica criminológica feita por ROSA (2005). Isso porque os efeitos deletérios do processo de sujeição criminal devem ser levados em consideração ao se tratar do ato infracional⁶. Dessa maneira, uma aproximação incauta ao Direito Penal poderia transpor, também para o adolescente, o processo de

⁵ “A sanção imposta ao adolescente pela prática de fato definido como crime guarda boa semelhança com a pena criminal, embora com ela não se confunda. [...] É essencialmente este respeito à peculiar condição que determina a natureza diversa da sanção” (MACHADO, 2003, p. 239-241).

⁶ A sujeição criminal é um processo que a sociedade, por meio das instituições de controle, impõe aos indivíduos segregados. Esse processo se inicia com a eleição dos bens jurídicos a serem protegidos pela lei penal, perpassa pela ação do indivíduo, atuação das forças policiais, acusação ministerial, sentença condenatória e execução da pena. Uma vez identificada a ação o indivíduo será submetido a um julgamento que redundará em sua incriminação formal. Em alguma etapa durante o processo de identificação, acusação, punição e execução da pena o indivíduo pode acabar internalizando a incriminação, tomando-a como sua. Neste momento, a pessoa que passou pelo processo de sujeição criminal incorpora a característica antes considerada negativa (bandido) como positiva e passa a identificar aquela posição como sendo o seu lugar na sociedade.

assentimento subjetivo de uma posição desviada como sendo sua inscrição no mundo, deixando marcas indeléveis na formação do indivíduo⁷.

Diante da crítica criminológica referente aos processos de sujeição criminal, resta patente que a aproximação absoluta ao Direito Penal poderá trazer mais danos que benefícios⁸. Assim, preferimos no presente trabalho utilizar a expressão *Direito Infracional*, porém em uma abordagem diferente da realizada por Alexandre Morais da ROSA.

A abordagem de ROSA prevê a completa dissociação entre o Direito Penal e o Direito Infracional. Entretanto, a autonomia por ele defendida também inaugura uma seara perigosa, sobretudo por se tratar de uma construção incipiente, sem teorização adequada. É bem verdade que o Direito Infracional tem uma principiologia bem consolidada, contudo o completo abandono dos limites dados pela dogmática, em vez de afastar o adolescente das mazelas do Direito Penal, acaba aproximando o Direito Infracional do arbítrio.

A proposta a ser discutida neste trabalho é a da construção de um Direito Infracional que não negligencie as influências do Direito Penal. Porém essa construção sempre colocará o *discrímen* em cena, aproximando o que deve ser aproximado e afastando o que não se coaduna com as peculiaridades da adolescência. O postulado interpretativo previsto no artigo 6.º do ECA, que prevê a observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, permite manter salutar equidistância do Direito Penal.

Es decir, el derecho penal del adolescente no puede ser un control penal igual al del adulto ni tampoco una subespecie de éste, sino que ha de ser autónomo, lo que no significa excluir las garantías propias a todo control penal, esto es, a las relaciones entre persona (que lo es tanto el adulto como el niño) y Estado (BUSTOS RAMÍREZ, 2007, p. 25).

Ontologicamente não há diferenças entre o ato infracional e o crime, bem como em relação a estes e qualquer outra conduta humana; para MILLER, “nada é mais humano que o crime” (2008). Embora o psicanalista francês se refira ao conteúdo imoral ínsito a todos nós nos sonhos ou na fascinação pela criminalidade, é de se ver que o delito é tão humano como qualquer outra conduta dirigida finalisticamente. A diferença não reside na conduta em si, mas no desvalor que o sistema jurídico lhe impõe. Não há como preconceber se determinada

⁷ “A repetição é justamente a constante interação de uma experiência de satisfação que, desde o início, foi frustrada, apontando, assim, o que não funciona individual ou coletivamente a serviço da vida. Trata-se do caráter conservador do sistema: a insistência na repetição do desprazer; a tendência ao sofrimento, à dor, ao autocastigo, ao sadismo; a persistência do fracasso; o rechaço ao êxito; o gosto pela decepção; a fascinação pelo suicídio” (FARIA, 2013, p. 75).

⁸ “[...] a colocação de jovens em processo de formação no sistema prisional comum teria um devastador efeito de dessocialização, traduzindo-se num perigoso efeito criminógeno” (FRANCO, STOCO, 2007, p. 217).

lesão a bem jurídico será criminosa ou não; quem vai definir isso é a lei, a partir do desenvolvimento cultural de determinada civilização.

Não obstante a indiferença ontológica, fato é que a existência de um sistema penal é ponto central de que nenhuma sociedade ousou prescindir. Abdicar de um sistema penal em nome da busca de um gozo ilimitado somente seria possível mediante um retorno às condições primitivas (FREUD, 1974, p. 105), e mesmo assim de maneira ilusória. A satisfação e a busca do prazer mediante a exteriorização de todos os nossos impulsos fatalmente geraria conflitos que seriam solvidos por meio da vingança privada, caso inexistente um sistema penal formal.

Como bem explica AGAMBEN, é preciso entender que o fundamento do poder soberano na concepção hobbesiana não está na cessão pelos súditos de parcela de seus direitos em prol da vida em sociedade. O poder punitivo concentrado no soberano tem origem em uma sutil diferença, pois significa dizer que o soberano manteve o seu direito natural de exercer a violência enquanto os demais abdicaram desse direito (mas não o cederam).

Contrariamente ao que nós modernos estamos habituados a representar-nos como espaço da política em termos de direitos do cidadão, de livre-arbítrio e de contrato social, do ponto de vista da soberania, autenticamente política é somente a vida nua. Por isto, em Hobbes, o fundamento do poder soberano não deve ser buscado na cessão livre, da parte dos súditos, de seu direito natural, mas, sobretudo, na conservação, da parte do soberano, de seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta então como direito de punir (AGAMBEN, 2007, p. 113).

Ao soberano (Estado) remanesceu o direito de exercer a violência para remediar conflitos, o que pressupõe a existência de formas para moderação desse exercício. Decerto o Direito Penal permanece seletivo e afastado de seus ideais iluministas de universalidade. Porém tal situação não permite o abandono da construção dogmática, pois historicamente coube à dogmática penal, com prevalência para a teoria do delito, a função de contenção do excesso punitivo⁹.

A aplicação de uma medida socioeducativa tem elevada carga sancionatória e, por mais que as intenções sejam boas, submeter o adolescente a uma penalidade sem os limites dados pela dogmática penal é o mesmo que segregar o adolescente pelo seu modo de ser.

⁹ “O Direito Penal, todavia, tem sido quase sempre um reduto de humanistas e os penalistas correspondem a um grupo de juristas algo excêntrico que parece querer pensar, acima de tudo, nos modos e critérios de afastar a pena (PALMA, 2005, p. 11).

Nessa esteira, é preciso que a construção dogmática se faça presente também em relação ao ato infracional.

Considerando que o ato infracional não é conceituado como qualquer conduta do adolescente tida como “desviante”, que se afaste dos padrões “normais” criados pela expectativa social, mas somente aquelas descritas em abstrato como crime ou contravenção, a teoria do delito torna-se indispensável para a compreensão do fenômeno infracional. A mera subsunção formal da conduta do adolescente à descrição da lei não é suficiente, sendo apenas ponto de partida.

A construção de uma dogmática capaz de se adequar à realidade do adolescente é um passo necessário para conter o punitivismo arbitrário, embora não possa, isoladamente, extirpar todos os males do sistema punitivo infracional. Exatamente por isso toda construção dogmática não pode prescindir da crítica dos saberes afins, como a criminologia, a psicanálise, a psicologia e as neurociências.

Nesse contexto, propomo-nos sedimentar os primeiros passos de uma dogmática criminologicamente fundamentada, teorizando sobre a responsabilidade do adolescente. Isso quer dizer que, embora dogmática, a proposta a ser construída ao longo deste trabalho não é alheia à realidade circundante, mas se realiza de maneira dialética com o contexto social latino-americano e, em especial, brasileiro.

Como localizar o ato infracional dentro da dogmática jurídico-penal? Os caminhos para a resposta nos levam inicialmente a traçar um percurso histórico sobre como a legislação, desde os tempos do Brasil-colônia, responsabilizava os adolescentes pelos atos delituosos. Em seguida será necessário incursionar pela evolução dogmática penal, demonstrando a posição marginal da discussão sobre a imputabilidade pela idade. Por fim, ainda na preparação do terreno para construção da dogmática infracional, apresentaremos o modo como a liberdade, que é o cerne da responsabilização da pessoa humana, é tratada pela criminologia, pela psicanálise, pela psicologia e pelas neurociências.

Com a bagagem propiciada pela história infracional, pela dogmática jurídico-penal e pelos saberes afins, adentraremos no último capítulo do trabalho cunhando uma construção acerca do “adolescente responsável”. Para tanto precisaremos romper com o mantra da inimputabilidade do adolescente, sendo esse o ponto central para a construção de uma dogmática infracional. Além da construção da proposta de imputabilidade diferenciada, nosso objeto de estudo busca averiguar, embora de maneira periférica e inconclusiva, outros elementos da responsabilidade infracional, como a sociabilidade (consciência da

antijuridicidade) e a necessidade de aplicação da sanção socioeducativa à luz das peculiaridades da situação concreta.

2 RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE: ANÁLISE HISTÓRICA

A definição de *infância* não admite compartimentação estanque, pois influenciada tanto pela dimensão biológica quanto pela dimensão social. No entanto, os positivistas sempre exaltaram a fixação de termos, como se o tempo e o sujeito pudessem ser divididos em pedaços, sem atenção à singularidade.

No Direito Romano, bem antes da intensa codificação que se proliferou no Direito ocidental a partir do século XIX, a juventude era dividida em grupos conforme a idade cronológica: os *infantes* (menores de 7 anos), os *impúberes* (entre 7 e 14 anos) e os *minores* (entre 14 e 25 anos).

Os infantes não agiam intencionalmente e, portanto, não tinham responsabilidade penal. Em relação aos *impúberes*, a responsabilidade penal era definida a partir do critério normativo de discernimento, categoria que se subdividia em *infantae proximi* e *pubertatis proximi*, conforme o grau de maturidade. O *infantae proximi* se assemelhava ao infante, logo também era considerado incapaz de dolo; já o *pubertatis proximi* agia com malícia e podia ser penalizado, porém com sanção atenuada. Por fim, os *minores* recebiam a pena ordinária (TANGERINO, 2014, p. 45).

Embora ao longo dos séculos a dogmática penal pouco tenha se debruçado sobre os fundamentos da fixação da imputabilidade penal a partir de critérios etários, a discussão da imputabilidade é tão antiga quanto o próprio Direito Penal. Em regra, desde os tempos mais remotos até os dias atuais, a eleição da idade para a imputabilidade da responsabilidade penal é feita acientificamente a partir da suposta ausência de discernimento desses agentes de práticas criminais.

Excetuada a fase do Direito Penal arcaico, na qual a imputação do resultado era realizada objetivamente, o vínculo das pessoas de mais tenra idade com a infração penal sempre foi margeada pelo vago e impreciso critério do discernimento. Todavia, considerando que a história do Direito Penal não chegou a um adequado estágio de evolução sobre a estruturação do conceito analítico de crime em relação ao adolescente, as discussões sobre a redução da imputabilidade penal são, por vezes, realizadas de maneira rasa.

Adiante, ao efetuarmos a análise da evolução legislativa sobre a responsabilidade penal do jovem no Brasil, poderemos perceber que tal responsabilidade permanece fincada em suas raízes romanas, ou seja, a premissa básica do recorte cronológico permanece intocada, desprezando-se a singularidade do sujeito. Na legislação interna há clara separação

das etapas evolutivas do Direito Infracional em três fases, quais sejam, a tutela penal indiferenciada, a situação irregular e, por fim, a proteção integral.

2.1 Tutela penal indiferenciada

Os jovens autores de delitos eram responsabilizados no Brasil, até o início do século XX, pelo mesmo sistema vigente para os adultos. Em geral se beneficiavam apenas por causas de diminuição de pena. Essa unicidade do sistema de punição entre adolescentes e adultos deu origem à fase denominada tutela penal indiferenciada. A característica marcante dessa etapa é a similaridade de tratamento tanto no curso do processo de conhecimento quanto na execução da pena.

A fase da tutela penal indiferenciada, no plano normativo, é representada pelas Ordenações Filipinas, pelo Código Criminal do Império e, por último, pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

2.1.1 As Ordenações de Portugal

As Ordenações da Coroa eram grandes compilações da legislação em um único diploma legal, e antes das Ordenações Filipinas, primeiro diploma representativo da era da tutela penal indiferenciada, as leis de Portugal eram espariadas nas colônias do reino pelas Ordenações Afonsinas, até 1521, e posteriormente pelas Ordenações Manuelinas, até 1603. No entanto, na prática, devido à vastidão territorial, a imposição de uma tradição legal “avançada” para uma região habitada precipuamente por populações indígenas representou a baixa efetividade do controle imposto pelas primeiras ordenações da Coroa (WOLKMER, 2002, p. 45).

Assim, o primeiro marco legislativo representativo para regulação da vida no Brasil-colônia é, sem sombra de dúvidas, a compilação denominada Ordenações Filipinas¹⁰. Isso

¹⁰ Embora as compilações do reino, como ficou dito, buscassem, além de regular a sociedade na *terra mater*, propiciar a consolidação do domínio de Portugal nas terras conquistadas, é curioso perceber que as Ordenações Filipinas, as quais foram utilizadas mais intensamente nas terras coloniais, tiveram sua origem na determinação de Filipe II, rei da Espanha, no período conhecido como União Ibérica. A União Ibérica surgiu a partir da crise de sucessão do trono português iniciada em 1578 após o falecimento do jovem rei Dom Sebastião. O sucessor de Dom Sebastião, o cardeal Dom Henrique, também faleceu dois anos após assumir o trono. Assim, o rei da Espanha, Filipe II, por ser neto de Dom Manuel I de Portugal, acumulou também o trono Português, local em que passou a ser designado como Filipe I. Conquanto as Ordenações Filipinas tenham sua gênese nesse conturbado período histórico, a legislação compilada pelo rei Filipe I

porque “a ordem normativa oficial implementava, gradativamente, as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista lusitano” (WOLKMER, 2002, p. 49). Ademais, forçoso é concluir que os seus mais de dois séculos de existência também contribuíram para a consolidação das Ordenações Filipinas como legislação de referência.

Nos mais de dois séculos de vigência das Ordenações Filipinas, a imputabilidade era prevista no Livro V, Título CXXXV, sob a seguinte expressão: “quando os menores serão punidos pelos delitos que fizerem”. Embora a arcaica legislação faça menção a determinadas faixas etárias, é possível concluir que a definição da idade para responsabilidade penal acabava permanecendo ao inteiro arbítrio do julgador. A única regra objetivamente cogente era a da responsabilidade penal plena a partir dos 20 anos:

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-ha a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse (BRASIL, 1603, CXXXV).

No mesmo título é possível perceber que os jovens com idade entre 17 e 20 anos poderiam ter a pena diminuída, a critério do julgador. Não obstante inexistente uma “parte geral” nas Ordenações Filipinas, há algo parecido com a atual culpabilidade como limite da pena. Isso fica evidente quando a legislação discorre sobre o grau de “malícia” e “merecimento” de pena.

E se fôr de idade de dezessete annos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar lhe a pena total, ou diminuir-lha.
Em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circunstancias d'elle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que **merece** total pena, dar-lhe-ha, posto que seja de morte natural.
E parecendo-lhe que a não merece, poder-lhe-ha diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido (BRASIL, 1603, CXXXV, grifo nosso).

Por fim, o último traço digno de nota da responsabilidade penal nas Ordenações Filipinas fica por conta da taxativa exclusão da possibilidade de aplicação da pena de morte aos menores de 17 anos:

E quando o delinquente for menor de dezessete annos cumpridos, posto que o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena (BRASIL, 1603, CXXXV).

A análise do título CXXXV das Ordenações Filipinas não deixa dúvida quanto à indistinção de tratamento entre jovens e adultos. A sistemática que vigorou até a entrada em vigor do Código Criminal do Império se assemelha muito mais à menoridade relativa dos dias atuais (indivíduos entre 18 e 21 anos) do que a um critério legal de inimputabilidade por idade.

2.1.2 O Código Criminal do Império

As legislações que se seguiram às Ordenações Filipinas, iniciando pelo Código Criminal do Império de 1830, mantiveram a sistemática de tutela penal indiferenciada, porém introduziram o critério biopsicológico para análise da imputabilidade penal dos menores de 14 anos.

No Código Criminal do Império de 1830, diversamente das Ordenações Filipinas, há previsão expressa sobre a inimputabilidade. Diz o Código que não serão considerados criminosos “os menores de quatorze annos” (BRASIL, 1830, art.10). A característica marcante no Código Criminal do Império é o reconhecimento de que os menores de 14 anos poderiam ter capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de se comportar conforme esse entendimento.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos (BRASIL, 1830).

Necessário não se iludir com o termo *casas de correção*, que pode levar o intérprete mais descuidado a entender que já no século XIX havia instituições próprias para atendimento ao jovem infrator. No contexto da época, *casas de correção* nada mais eram que prisões alinhadas aos novos conceitos advindos do surgimento dos sistemas penitenciários modernos.

Embora também pertencente à etapa da tutela penal diferenciada, o Código Criminal do Império traz sensíveis modificações em relação às penas e sua forma de execução, se comparado às Ordenações Filipinas. Enquanto estas podem ser consideradas como a compilação de leis que vigorou quando da prevalência de penas cruéis, o Código Criminal do Império foi outorgado sobre a nova matriz iluminista¹¹.

¹¹ “É certo, porém, que as influências da filosofia iluminista e das ideias liberais irradiadas pelos movimentos da Revolução Francesa e proclamadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) já se faziam

Inicialmente, em superação aos suplícios¹², os reformadores europeus buscaram a introdução da ideia de proporcionalidade entre a ofensa e o crime. Nos dizeres de FOUCAULT (2014, p. 104):

Não se opõem mais o atroz ao atroz numa justa de poder; não é mais a simetria da vingança, é a transparência do sinal ao que ele significa; pretende-se, no teatro dos castigos, estabelecer uma relação imediatamente inteligível aos sentidos e que possa dar lugar a um cálculo simples. Uma espécie de estética razoável da pena.

No mesmo sentido, Salo de CARVALHO (2013, p. 315) invoca o pensamento político da época para legitimar a guinada conceitual que ecoava nas ideias dos reformadores:

O pensamento liberal contratualista apresentara durante o século XVIII projeto de racionalização do poder punitivo, baseado na ponderação de penas e no controle das atividades judiciais e executivas, com finalidade de contração das violências públicas (CARVALHO, 2013, p. 315).

O Código Criminal do Império, por seu turno, expressamente atendeu ao chamado internacional para superação da era suplicante com a introdução da noção de proporcionalidade entre a ofensa e a sanção:

Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbítrio (BRASIL, 1830).

Entretanto, importa destacar que as ideias políticas que borbulhavam à época, fincadas nas premissas da criminologia clássica de Beccaria, não foram trasladadas para o plano interno a um só tempo, causando uma ruptura em relação à sistemática de punição prevista nas arcaicas Ordenações da Coroa. O que se viu foi a introdução gradual de elementos de

sentir não apenas na Europa mas também na América, em razão da Independência dos Estados Unidos” (DOTTI, 1988, p. 141).

¹² FOUCAULT narra a execução de François Damiens, condenado por parricídio, em tese por ter atentado contra o rei, pai de todos os franceses. A narrativa é um impactante exemplo das atrocidades cometidas durante o período suplicante: “[Damiens fora condenado, em 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicará chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento”. (2014, p. 9).

racionalidade, pois, ao mesmo passo que o Código Criminal previa a proporcionalidade da sanção, houve a manutenção de penas vexatórias, como a das galés, quando os condenados eram forçados a prestar serviços públicos acorrentados¹³, e também a da pena de morte pela força¹⁴.

Especificamente ao que nos interessa, sobre a já descrita possibilidade prevista no artigo 13 do Código Criminal de recolhimento de jovens de tenra idade nas casas de correção, importa destacar que se trata de instituição alinhada à ideia central que permeia todos os sistemas prisionais modernos¹⁵, que tem em seu cerne o binômio privação de liberdade e trabalho obrigatório. Como assinala DOTTI (1988, p. 145), a privação de liberdade passou a ter destaque e substituiu as penas corporais, que tinham primazia no período das Ordenações.

A criação dos sistemas penitenciários modernos e a lógica subjacente em sua origem nos auxiliam no entendimento da persistente seletividade tanto no Direito Penal quanto no Direito Infracional. Em *Cárcere e Fábrica*, Melossi e Pavarini (2014) concluem que o processo de industrialização e de concentração da população em cidades criou uma massa urbana de “vagabundos, malfeitores e fanfarrões” que se tornou alvo preferencial de instituições como as *house of corrections* e as *workhouses* inglesas. (MELOSSI; PAVARINI, 2014, p. 42). Outra não é a concepção de FOUCAULT (2014, p. 15), para quem a mudança de

¹³ “Art. 44. A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commetido o delicto, á disposição do Governo.”

¹⁴ “Art. 38. A pena de morte será dada na força.”

¹⁵ Rasphuis de Amsterdam: “A casa de trabalho holandesa era conhecida em toda parte pelo termo Rasphuis, porque a atividade de trabalho fundamental que ali se desenvolvia consistia em raspar, com uma serra de várias lâminas, um certo tipo de madeira até transformá-la em pó, do qual os tintureiros retiravam o pigmento usado para tingir os fios” (MELOSSI; PAVARINI, 2014, p. 43).

Cadeia de Gand: organizou-se em torno do trabalho; “a ociosidade é causa geral da maior parte dos crimes” (FOUCAULT, 2014, p. 120); uma das vantagens alardeadas era a formação de uma nova massa de operários; Sistema Progressivo ou Inglês: “Ao princípio do trabalho o modelo inglês acrescenta, como condição essencial para correção, o isolamento” (FOUCAULT, 2014, p. 121). O sistema é conhecido como progressivo, pois o isolamento diminuía ao longo do regime, quando o prisioneiro cumpria determinadas etapas de trabalho e disciplina;

Modelo da Filadélfia, Pensilvânico ou Celular: inaugurado a partir das experiências das prisões de Walnut Street e Cherry Hill, tinha como principais características “trabalho obrigatório em oficinas, ocupação constante dos detentos, custeio das despesas da prisão com esse trabalho, mas também retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo estrito da economia” (FOUCAULT, 2014, p. 122). “A estrutura desta forma de execução penitenciária se baseava no isolamento celular dos internos, na obrigação ao silêncio, na meditação e na oração” (MELOSSI; PAVARINI, 2014, p. 188).

Sistema Auburniano ou Silent System: cela individual durante a noite, o trabalho e as refeições em comum, mas sob a regra do silêncio absoluto, os detentos só podiam falar com os guardas com a permissão destes e em voz baixa (sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical). “O princípio do solitary confinement manteve, numa certa medida, uma influência não desprezível sobre as modalidades de reclusão, perdurando, ainda, a obrigação mais absoluta ao silêncio (às vezes, o sistema de Auburn aparece indicado como silent-system) no intuito de evitar os contatos entre internos e obrigá-los a uma meditação forçada” (MELOSSI; PAVARINI, 2014, p. 191).

perspectiva da punição permitiu que os juízes não mais se vissem como castigadores, mas como pessoas responsáveis por “corrigir, reeducar, ‘curar’”.

Os jovens expostos ao sistema penal eram exatamente aqueles que aos olhos da sociedade “ordeira” saíam dos padrões considerados “normais”, e para tanto encarregavam-se os juízes de segregá-los a fim de que pudessem ser “curados”¹⁶. A adolescência, etapa de descobertas e desafios, permanece, nessa linha de pensar, como a face mais exposta e, portanto, mais suscetível à intervenção da justiça criminal. Nesta perspectiva, a privação de liberdade era aplicável aos jovens, sendo que o Código Criminal (1830) previa duas modalidades de privação: a pena de prisão com trabalho¹⁷ e a pena de prisão simples¹⁸.

Embora a Constituição de 1824, em seu artigo 179¹⁹, previsse garantias para que os condenados cumprissem a pena em instalações dignas, já naquela época o Estado era pródigo em desobedecer à legislação referente ao preso, como sói acontecer até os dias atuais²⁰. O próprio Código Criminal, reconhecendo a ineficiência estatal, previa a possibilidade de transformação da “pena de prisão com trabalho” em “prisão simples”, enquanto não fossem estruturadas as “prisões com as commodidades”²¹. Tais “prisões com as commodidades” nada mais eram que as “casas de correção”, que tinham como inspiração remota as *houses of corrections*²².

No projeto *Memória da Administração Pública Brasileira* (BRASIL, 2016), o hiato entre a previsão constitucional sobre prisões dignas e a realidade das carceragens do Império foi bem ilustrada a partir da análise de documentos do período:

¹⁶ “A prisão como autêntica pena ingressava nos costumes brasileiros não como um simples instrumento de proteção da classe dominante mas também passaria a ser vista como ‘fonte de emenda e de reforma moral para condenado’”(DOTTI, 1988, p. 146).

¹⁷ “Art. 46. A pena de prisão com trabalho, obrigará aos réos a occuparem-se diariamente no trabalho, que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões” (BRASIL, 1830).

¹⁸ “Art. 47. A pena de prisão simples obrigará aos réos a estarem reclusos nas prisões publicas pelo tempo marcado nas sentenças” (BRASIL, 1830).

¹⁹ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes” (BRASIL, 1824).

²⁰ Basta lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no bojo da ação de descumprimento de preceito fundamental n.º 347, reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

²¹ “Art. 49. Enquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades, e arranjos necessarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso á esta mais a sexta parte do tempo, por que aquellas deveriam impôr-se.”

²² “[...] esse tipo de instituição foi o primeiro exemplo, e muito significativo, de detenção laica sem a finalidade de custódia que se pode observar na história do cárcere e que os traços que a caracterizam, no que diz respeito às classes a quem foi destinada, sua função social e a organização interna já são, grosso modo, aquele clássico modelo carcerário do século XIX” (MELOSSI; PAVARINI, 2014, p. 39).

Na Corte, por exemplo, destacava-se a prisão do Aljube. Essa antiga prisão eclesiástica construída junto à Ladeira da Conceição pelo bispo d. Antônio de Guadalupe entre os anos 1735 e 1740 se tornou, posteriormente, uma cadeia civil subordinada à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça e funcionou até a criação da Casa de Detenção pelo decreto n.º 1.774 de 2 de julho de 1856. Em 1828, a comissão nomeada pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro para visitar as prisões civis, militares e eclesiásticas e os estabelecimentos públicos de caridade chamou o Aljube de “sentina de todos os vícios” onde se encontravam aglomerados trezentos e noventa prisioneiros num edifício cuja capacidade se restringia a vinte indivíduos (FAZENDA, 2011, p. 439). Conforme a avaliação do ministro da Justiça, a prisão do Aljube era “um anacronismo vergonhoso na capital do Império” (BRASIL, 2016).

A primeira “Casa de Correção” de que se tem notícia foi inaugurada somente em 1850, e o seu regulamento estabelecia a classificação dos detentos entre a divisão correcional e a criminal. A divisão criminal era destinada aos condenados à “pena de prisão com trabalho”, enquanto a divisão correcional era subdividida entre os menores de 14 anos que agiam com discernimento e os submetidos à prisão simples, em geral vadios ou mendigos.

O Ato Adicional à Constituição de 1824, Lei n.º 16 de 1834, em seu artigo 10, § 9.º, delegou às Assembleias das Províncias a atribuição de definir a forma de execução nas prisões. No Rio de Janeiro, por exemplo, o regulamento da Casa de Correção fundada em 1850 deixa clara a necessidade de separação entre os adolescentes e os condenados à pena de “prisão com trabalho”. O Decreto n.º 8.386, de 1882, deu novo regulamento à Casa de Correção da Corte, mas em termos de classificação dos condenados manteve a sistemática do primeiro regulamento:

Art. 104. Os condemnados á prisão com trabalho serão classificados em duas divisões:

- 1.ª Correcional
- 2.ª Criminal

Art. 105. A divisão correcional se comporá de duas secções, a saber:

- 1ª Menores condemnados em virtude do art. 13 do Cod. Criminal.
- 2ª Mendigos e vadios condemnados em conformidade dos arts. 295 e 296 do Cod. Crim.; assim como quaesquer outros condemnados a trabalho na Casa de Correção.

Art. 106. A divisão criminal se comporá de todos os presos, que não pertencerem á divisão correcional, [...] (BRASIL, 1882).

A ideia de seletividade, como já aventado, se fazia repetida no regulamento da Casa de Correção, segregando-se os indesejáveis para corrigi-los através do trabalho. Impende ressaltar que a conjugação dos artigos 10 e 13 do Código Criminal do Império prevê um corte para a imputabilidade penal aos 14 anos, mas abre margem para a punição atenuada dos jovens com menos de 14 anos que “obraram com discernimento”. Portanto, na prática, o sistema penitenciário adotado pelas casas de correção no período imperial permitia, em uma

só edificação, a privação de liberdade de menores de 14 anos que agiam com discernimento e a daqueles submetidos à prisão simples ou à prisão com trabalho.

Diga-se de passagem que a Casa de Correção do Rio de Janeiro veio substituir a precária prisão de Aljube, onde 390 presos dividiam um espaço originariamente destinado a vinte pessoas (BRASIL, 2016). A Casa de Correção do Rio de Janeiro, embora tenha mantido os inconvenientes da segregação de adolescentes e adultos em um mesmo espaço, era considerada prisão-modelo do Império. Vale asseverar que na capital do Império, polo para onde era destinada a maioria dos recursos e centro de produção legislativa, a prisão de Aljube apenas foi substituída em 1850 pela “Casa de Correção do Rio de Janeiro”. Assim, é possível imaginar, à míngua de dados históricos concretos, que nos rincões do extenso Império a segregação de jovens infratores continuava a ser realizada em condições desumanas.

Portanto, conclui-se que durante a vigência do Código Criminal do Império (1830-1890) o tratamento aos jovens infratores, tanto no plano do processo de conhecimento como no da execução da pena era similar ao dos adultos, sendo a segregação por vezes realizada no mesmo espaço. Os benefícios dados aos jovens infratores se assemelhavam muito mais a causas atenuantes da pena do que à sistemática do corte etário para a responsabilidade penal.

2.1.3 O Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890, vigente sob a égide da Primeira República, proclamada em 15 de novembro de 1989, aboliu as penas infamantes como a já citada pena das galés, bem como a prisão perpétua, fixando o marco máximo de prisão de 30 anos até hoje presente em nossa legislação.

Entretanto, o primeiro Código Penal da República não trouxe mudanças significativas em relação à responsabilidade penal do jovem infrator. Na legislação de 1890 havia previsão de inimputabilidade para os menores de 9 anos, o critério do discernimento para os indivíduos que tinham entre 9 e 14 anos, e dos 14 aos 17 anos a pena poderia ser reduzida em 2/3 (dois terços)²³, pois se aplicava a sanção prevista para a cumplicidade.

²³ “Art. 27. Não são criminosos:

§ 1.º Os menores de 9 annos completos;

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

[...]”

“Art. 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.”

“Art. 65. Quando o delinquente for maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe a applicará as penas da

Os códigos penais de 1830 e 1890 foram os primeiros no Brasil a positivar o critério biopsicológico para análise da imputabilidade dos indivíduos menores de 14 anos. Assim, para além do dado biológico (idade), o julgador deveria analisar se no momento da ação o jovem, com idade entre 7 e 14 anos no caso do Código de 1830, ou com idade entre 9 e 14 anos no caso do Código de 1890, possuía o elemento psicológico consistente naquilo que em ambas as gerações se denominava discernimento.

Ao positivarem o critério biopsicológico para a imputabilidade dos menores de 14 anos, os códigos de 1830 e 1890 criaram o embrião para a diferenciação entre os sistemas de punição de adolescentes em relação aos adultos.

2.1.4 A sobrevida da tutela penal indiferenciada

A etapa da tutela penal indiferenciada, em síntese, é marcada pelo processo de transição da pena suplicante para a racionalidade iluminista, o que pode ser constatado através da mudança de paradigma ocorrida entre as Ordenações Filipinas e o Código Criminal do Império. Já sob a égide do Código Criminal do Império a prisão se tornou a pena por excelência, lastreada nas ideias ínsitas ao surgimento dos sistemas penitenciários modernos.

Especificamente em relação ao jovem infrator, a idade que deve ser considerada como referência para imputabilidade é a de 14 anos²⁴, embora fosse possível o recolhimento de jovens de menor idade que agissem com discernimento. Não obstante a questão referente à fixação de uma idade diminuta para responsabilidade penal, o ponto mais característico da tutela penal indiferenciada é a possibilidade de recolhimento de jovens no mesmo estabelecimento em que os adultos cumpriam suas penas.

A importância da reconstrução histórica acerca da intervenção dispensada ao jovem infrator reside exatamente na análise da possível evolução desse ramo peculiar do Direito. O que se verifica é que, apesar da evolução legislativa ao longo dos séculos, infelizmente as práticas penais da tutela indiferenciada continuam arraigadas no sistema de justiça. Vejamos, por exemplo, duas notícias da atualidade que poderiam muito bem representar notícias veiculadas no período colonial brasileiro:

cumplicidade” (BRASIL, 1890).

²⁴ Excetuando-se a normativa das Ordenações Filipinas, onde o marco no título CXXXV era de 17 anos, porém se permitia a punibilidade do menor de 17 anos, desde que não lhe fosse aplicada a pena de “morte natural” (BRASIL, 1603).

Menores apreendidos convivem com adultos infratores na cadeia de Planaltina
Sem poder encaminhar presos para a Cadeia Pública, interditada, a polícia da cidade goiana deixa adultos e menores na mesma delegacia. Separados por um corredor, eles conseguem se comunicar, o que fere o Estatuto da Criança e do Adolescente (SOARES, 2014).

Secretaria: menor de idade preso com adulto é comum
A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República revela que não são fatos isolados as atrocidades sofridas pelas quatro mulheres presas com homens no Pará. Uma delas, com 15 anos de idade, sofreu abusos sexuais dos companheiros de cela. A secretaria reconhece que já recebeu denúncias de outros casos semelhantes. Além disso, atualmente há pelo menos 450 adolescentes trancafiados em estabelecimentos para adultos. Como as medidas contra tais irregularidades têm de ser tomadas por governos estaduais e prefeituras, o governo federal não tem como supervisionar eventuais providências (JORNAL DO BRASIL, 2007, caderno polícia).

Portanto, não obstante a realização de alguns passos no plano normativo tendentes a diferenciar a intervenção ao jovem infrator da dispensada ao adulto, em muitos casos a prática desmente a legislação. Se desde a prisão de Aljube as autoridades já expressavam perplexidade diante das péssimas condições do cárcere, nos quais indistintamente eram recolhidos adolescentes e adultos, passados mais de dois séculos, será que realmente houve evolução?

O Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo sendo internacionalmente considerado uma das legislações mais avançadas no tocante à intervenção diante da prática do ato infracional, ainda mantém regra expressa autorizando, embora por prazo limitado, a possibilidade de manutenção de adolescentes em celas de cadeias públicas.

Art. 185. A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

§ 1.º Inexistindo na comarca entidade com as características definidas no art. 123, o adolescente deverá ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima.

§ 2.º Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade. Referida permissão excepcional do ECA, na prática, acaba permitindo internações por longos períodos em cadeia pública, sempre justificadas à luz das especificidades do caso concreto ou da gravidade da infração perpetrada (BRASIL, 1990).

Como se não bastassem os resquícios da tutela penal indiferenciada na segregação de adolescentes sob o manto protetor do ECA, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição - PEC n.º 33/2012²⁵ -, que prevê a possibilidade de instauração de

²⁵ “Proposta de Emenda à Constituição N.º 33, de 2012:

Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a

incidente de desconsideração da inimputabilidade penal. A proposta visa possibilitar a desconsideração da inimputabilidade dos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos, à vista da prática de crimes determinados, quando o agente possuir “capacidade de entender o caráter criminoso de sua conduta”.

Analisando referida PEC à luz da tutela penal indiferenciada, é possível perceber que a reação por ela proposta ante alguns alarmantes atos infracionais perpetrados por adolescentes²⁶ é um retorno à tutela penal indiferenciada sob um duplo aspecto. O primeiro é que a PEC reintroduz o critério biopsicológico, desta vez considerando que a partir dos 16 anos é possível desconsiderar a inimputabilidade, reproduzindo regra análoga às previstas no artigo 13 do Código Criminal do Império e no artigo 30 do Código Penal de 1890. O segundo é que a desconsideração da inimputabilidade ensejaria fatalmente a segregação de adolescentes a partir de 16 anos nos estabelecimentos prisionais comuns. Assim, para os que

possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3.º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional.

Art. 1.º - O inciso I do art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. (NR)

Art. 2.º - Acrescente-se um Parágrafo Único ao art. 228 da Constituição Federal com a seguinte redação:

“Art. 228 - Parágrafo Único – Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:

I - Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;

II - julgamento originário por órgão do Judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

III - cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5.º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;

IV - capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

V - efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade.

VI - cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

Art. 2.º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.” (NUNES FERREIRA et. al., 2012).

²⁶ Alguns atos de especial gravidade foram inclusive citados para ilustrar a justificativa da PEC n.º 33/2012:

“É o caso, por exemplo, de Genilson Torquato, de Jaguaratama, no Ceará, hoje já maior de idade e livre, assassino confesso de 11 pessoas, dos 15 aos 18 anos. Ou do adolescente de Maringá conhecido como o ‘Cão de Zorba’, que confessou ter matado 3 pessoas e teria encomendada a morte de mais 4. Ou ainda de M.B.F., o “Dimenor”, ligado à facção criminosa paulista P.C.C., que aos 17 anos confessou a morte de 6 pessoas a mando de traficantes, a primeira delas quando tinha apenas 12 anos de idade. Muitos hão de lembrar-se do menino ‘Champinha’, que comandou o sequestro e morte de um casal de jovens em São Paulo. Ressalte-se que este garoto já houvera sido assistido e recolhido por diversas instituições especializadas na recuperação de menores infratores, antes de praticar tão odioso crime. Mais recentemente, tivemos notícia de menor no Rio Grande do Sul, autor de 112 atos infracionais, que no momento de uma audiência tentou matar a promotora de um dos seus casos” (NUNES FERREIRA et. al., 2012).

conhecem a história da inimputabilidade no Brasil, não há outra conclusão senão a de considerar propostas como estas como um claro retorno à tutela penal indiferenciada.

O mito da irresponsabilidade do adolescente, como se ele fosse um incapaz que merecesse ser amparado/protegido/tutelado pelo Estado, representa - como ficará demonstrado no decorrer da pesquisa, mas que já mostra parte de suas consequências desde já - um reforço ao populismo penal para a redução da idade fixada para imputabilidade.

2.2 A situação irregular

No limiar da etapa denominada situação irregular, no entroncamento entre esta e a tutela penal indiferenciada, “Manoel da Luíza”, então com 14 anos, cometeu um latrocínio. O jovem, que havia conseguido emprego em uma quitanda na rua do Rezende, no Rio de Janeiro, desde o início intentava roubar o dono do estabelecimento, como já fizera em outras oportunidades. Dessa vez, porém, premeditou o assassinato do quitandeiro e, para tanto, passou o dia a afiar o machado que seria utilizado no crime. No final do expediente “Manoel da Luíza” disse ao quitandeiro que havia um coelho debaixo de um móvel, o que levou o proprietário do estabelecimento a se abaixar, momento em que o jovem desferiu golpes de machado contra a cabeça da vítima e, depois, subtraiu o dinheiro.

Imagem 1 – Reportagem

Disse Manoel que se empregara na quitanda, com o unico fim de roubar, porquanto a sua especialidade é roubar em taes estabelecimentos. Depois de tres dias, verificou que para levar a effeito o roubo só o poderia fazer eliminando o patrão, para o que tratou de architectar um plano que surtisse um bom resultado.

Depois de bem pensar, lançou mão do pequeno machado, destinado ao serviço, e poz-se a afial-o e nessa occasião perguntou a Alvaro, filho do patrão, se com um machado podia matar-se um homem, ao que o rapaz respondeu affirmativamente.

Uma vez amolado o instrumento, aguardou a hora do fechamento da quitanda, para executar o seu sinistro plano e, assim, fechadas as portas, dirigiu-se para os fundos, onde se achava o patrão, lavando uns legumes, e chamou-lhe a attenção para um coelho que se havia refugiado sob um movel.

Nesta occasião, o pobre homem, sem de nada suspellar, abaixou-se e Manoel vibrou-lhe rapidamente dois golpes com o machado, na cabeça prostrando-o no chão sem vida.

Feito isto, sacou do bolso da calça da victima, uma carteira, com 15\$400, preparou-se para fugir e quando se dirigiu para a frente da casa, bateram á porta, apressando-se elle em abril-a.

Era a esposa de Seraphim, que o vinha procurar, dizendo-lhe Manoel que o patrão havia saído, presumindo estar no barbeiro, porquanto havia deixado o paletó.

Aquella senhora retirou-se, em direcção á barbearia, e o criminoso, aproveitando-se da opporrtunidade, fugiu.

Fonte: Jornal O Paiz

A forma na qual a notícia foi pautada nos jornais da época revelam traços marcantes da indistinção entre adolescentes e adultos, traços estes típicos da etapa chamada de “tutela penal indiferenciada”. Na edição do jornal “*O Paiz*”, de 29 de setembro de 1925, o diário mancheteava: “*O assassinato a machado na Rua do Rezende e a prisão de ‘Manoel da Luiza’ em Nitheroy*”. Sobre as características pessoais do adolescente, o periódico sustentava que ele era “*um ladrão precoce, um ‘pivot’ atilado e perigoso, autor de inúmeros roubos*”.(O PAIZ, 1925).

Imagem 2 - Manchete



Fonte: *Jornal O Paiz*

Já em 16 de setembro de 1926 a “*Gazeta de Notícias*” fazia chegar aos leitores o assassinato perpetrado por Adhemar dos Santos, de apenas 12 anos. Além da idade do autor, o motivo fútil do crime - discussão por um doce - despertou o interesse dos leitores na época.

Imagem 3 - Manchete



Fonte: *Gazeta de Notícias*

A vítima José Vieira, de 13 anos, todos os dias entregava mercadorias em um “depósito de pães e doces”, sendo que finalizada a entrega abria a vitrine, pegava um doce e dizia ao proprietário “Esta é a minha gorjeta”. Certo dia o proprietário do depósito de pães e doces contratou Adhemar, deixando o estabelecimento a seus cuidados e advertindo-o expressamente para ter atenção com gatunos. A vítima José Vieira, como fazia todos os dias, entregou os pães, abriu a vitrine e pegou um doce, momento em que Adhemar o repreendeu, ordenando que colocasse o doce de volta em seu lugar. José Vieira não atendeu ao comando,

o que desencadeou uma discussão seguida de vias de fato. Na sequência o pequeno Adhemar foi até os fundos do estabelecimento, pegou uma espingarda e desferiu um disparo fatal em José Vieira.

Adhemar dos Santos, que, apesar de sua pouquíssima idade, tem tanta calma quanto o mais vulgar dos criminosos, atirou, logo, para o lado a espingarda, e, pulando por cima do cadáver de sua vítima, pretendia ganhar a rua e fugir, assim, à acção da polícia (GAZETA DE NOTÍCIAS, 1926).

As notícias sobre o latrocínio cometido contra o quitandeiro da rua do Rezende e do homicídio cometido por Adhemar demonstram que na época havia uma similaridade de tratamento entre o adolescente e o adulto, e signos como criminoso e prisão eram utilizados indistintamente, sendo comum até mesmo a veiculação das fotos dos pequenos autores.

Entretanto era uma época de ambivalências: enquanto uma parcela dos jornais noticiava em tom alarmante os crimes violentos cometidos por adolescentes, de outro flanco periódicos também tentavam buscar a causa de tais ações. Nesse sentido, na última edição do ano de 1925, o jornal *Gazeta de Notícias* elegeu o ato praticado por “Manoel da Luiza” como “O crime mais triste do ano”, mas também teceu conclusões sobre como o adolescente se transformou em transgressor:

Fruto de uma educação descuidada, sêr atirado ao acaso das ruas, entregue a si mesmo, dando-se, pela falta absoluta de assistência, à pilhagem nas casas que o recebiam como empregado, o desgraçado fez-se criminoso quasi inconsciente, porque o crime nelle já era uma tendência natural, triste, o herôe do anno abatendo a golpes de machado um infeliz homem, que o acolhera piedosamente e o acarinhava o corpo como um filho, o quitandeiro Seraphim Ferreira dos Santos (GAZETA DE NOTÍCIAS, 1925).

Ainda sobre o caso da rua do Rezende, *O Globo*, na edição de 24 de setembro de 1925, anunciou:

Até então nos seus 11 anos, Manoel, hoje com 14, nunca tivera atração nenhuma para errar. Sem carinhos e sem meios, dormia e comia quando as circunstâncias lhe permitiam, mas sedução nenhuma o arrastara para lançar mão do alheio (KAPA, 2015).

A análise de periódicos nos traz um panorama fidedigno de como a sociedade brasileira da época enxergava a questão de jovens envolvidos em crimes. O escândalo social causado pela prática de crimes graves por pessoas de tenra idade não se alterou nos dias atuais. A forma de abordagem da época demonstra claramente a transição da fase da tutela

penal indiferenciada para a situação irregular. Ao mesmo tempo que usam signos policialescos, os jornais retratam a necessidade de verificar a origem da violência perpetrada por adolescentes e a forma de corrigi-los.

MENDEZ (1998, p. 50) alerta que as diferentes disposições legais devem ser analisadas a partir da conjuntura política da época em que vigoram. Assim, no final do século XIX e início do século XX, quando foram retratados o crime da rua do Rezende e o assassinato de José Vieira, é importante perceber o influxo do positivismo criminológico, movimento que, a partir de uma perspectiva empírica, buscava desvendar as razões que levavam o indivíduo ao crime e, assim, o modo prevenir o delito. As legislações menoristas do começo do século foram baseadas nesse influxo e intentavam prevenir, já na infância, com instrumentos de defesa social, a criminalidade futura.

Assim, se durante a etapa da tutela penal indiferenciada, mais precisamente a partir do Código Penal do Império, a influência da criminologia clássica introduziu a noção de proporcionalidade da sanção, nas primeiras décadas do século XX a escola positivista influenciou as novas normativas para a infância, inoculando a ideia de prevenção e tratamento.

E dessa visão deriva que o tratamento deve ser preventivo - se possível anterior à própria prática do crime -, negando ao homem o livre-arbítrio (no limite do raciocínio, presume-se que alguém vai cometer crime antes que o faça) e a possibilidade de autotransformação de sua conduta anterior (quando alguém efetivamente praticou o crime) (MACHADO, 2006, p. 99).

O positivismo criminológico, com sua obsessão pela descoberta das razões que levam o agente à prática do crime, influenciou legislações e o pensamento doutrinário de toda uma época, gerando reflexos até os dias atuais, como se verifica na subsistência de conceitos como periculosidade.

Além da influência das ideias do positivismo criminológico, a repulsa causada pelo encarceramento de jovens e adultos no mesmo e pernicioso ambiente propiciou o impulso necessário à alteração de paradigma. Como destaca MENDEZ (1998, p. 53), o mote dos reformadores estava representado pelas “espantosas condições de vida nos cárceres onde os menores eram alojados de forma indiscriminada com os adultos”.

Portanto, as ambivalências a que nos referimos, quando a um só passo o tratamento reservado aos adolescentes ainda anunciava traços de indistinção, mas também buscava averiguar as raízes do problema, as quais eram imputadas à infância desassistida e

abandonada, revelam claramente as características do período de transição entre a “tutela penal indiferenciada” e a “situação irregular”.

2.2.1 O Código Mello Mattos

No Brasil o movimento de mudança paradigmática ocorreu nas primeiras décadas do século XX. Enquanto sob a égide da “tutela penal indiferenciada” a legislação tratava indistintamente jovens e adultos, na “situação irregular” buscava-se, inspirado no positivismo criminológico, identificar e tratar crianças e adolescentes com potencial criminoso.

O tímido movimento reformista ocorrido no século XIX ganhou fôlego em 1921, quando as novas diretrizes para “proteção dos menores” foram traçadas pela Lei n.º 4.242, que assim dispunha:

Art. 3. Fica o Governo autorizado:

I. A organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente, observadas as bases seguintes: construir um abrigo para o recolhimento provisório dos menores de ambos os sexos que forem encontrados abandonados ou que tenham cometido qualquer crime ou contravenção (BRASIL, 1921).

Importa atentar para a sutileza das novas diretrizes: se antes havia promiscuidade no tratamento indistinto de adolescentes e adultos, agora a infância é seccionada; se antes tínhamos punição, agora temos assistência e proteção (ao menos no plano normativo). Portanto, ao recalibrar o pêndulo da punição para o tratamento, a nova normativa da infância se alinhou com as medidas de defesa discutidas no âmbito do positivismo criminológico.

O jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos foi encarregado de sistematizar a legislação atinente ao “menor”, trabalho concretizado no decreto 17.943-a, de 1927, que instituiu o primeiro Código de Menores, chamado de Código Mello Mattos em homenagem a seu criador. Iniciava-se formalmente, a partir de então, a segunda etapa da história do Direito Infracional, denominada Doutrina da Situação Irregular.

A fim de superar as atrocidades cometidas durante a etapa da tutela penal indiferenciada e em prol da proteção da infância, o novo regime da situação irregular caminhou para o lado diametralmente oposto, mas com resultados práticos igualmente catastróficos. O ilusório remédio da segregação como forma de tratamento, em vez de promover efetiva proteção à infância, descambou para internações discricionárias sem anteparo no ato infracional cometido. Em 1892, Tobias BARRETO, cuja obra foi republicada pelo Senado Federal em 2004, já advertia:

A teoria romântica do crime-doença, que quer fazer da cadeia um simples apêndice do hospital, e reclama para o delinquente, em vez da pena o remédio, não pode criar raízes no terreno das soluções aceitáveis (BARRETO, 2004, p. 165).

SHECAIRA (2004, p. 129), por seu turno, embora louve o avanço metodológico trazido pelo pensamento desenvolvido pela escola positiva, demonstra que o efeito prático foi uma expansão do sistema punitivo em nome da defesa da sociedade.

Sob o pretexto de proteção da Infância, o Código Mello Mattos abriu margem para uma ampla discricionariedade do Judiciário em relação ao “menor” abandonado ou delinquente. BRITO LEMOS, em obra de 1924, de maneira ilustradora descreve a postura ideal do juiz de “menores”:

O caráter principal desses tribunais (de menores) é a simplicidade. Simplicidade na organização. Simplicidade nas práticas de julgamento. Simplicidade na aplicação das medidas de caráter coercitivo [...] Cada um deles será um juiz calmo e amoroso, dedicado a seu sacerdócio, juiz-pai é a expressão que melhor deve caracterizá-lo. Nada de formalidades prejudiciais. Nada de requisições públicas. Nada de acusação e defesa (*apud* MENDEZ, 1998, p. 59).

Esta concepção sobre o amplo espectro de discricionariedade do juiz de menores nos indica uma espécie de reunião para definir o futuro do “menor”, muito distante de uma audiência calcada no devido processo legal. Ainda como consequência da discricionariedade, a doutrina da situação irregular acabou por coisificar o indivíduo alvo da intervenção judicial, confundindo “menores delinquentes” e “abandonados” e criando, em nome de uma pseudoproteção, técnicas de segregação.

A política higienista adotada pelo Código Mello Mattos é facilmente perceptível em vários de seus artigos - quando, por exemplo, permite a retirada da criança que se encontra em lar excessivamente numeroso (artigo 9.º, *a*)²⁷ ou quando considera como abandonados os menores de 18 anos vadios, mendigos ou libertinos (artigo 26, V)²⁸.

Em simples palavras, as atrocidades da etapa da tutela penal indiferenciada foram substituídas pela ditadura judiciária da situação irregular. Referida doutrina contemplava uma

²⁷ “Art. 9.º A autoridade publica póde impedir de ser abrigada, e si já o estiver póde ordenar a apprehensão e remoção, a creança nas condições deste capítulo:

a) em alguma casa cujo numero de habitantes fôr excessivo, ou que fôr perigosa ou anti-hygienica; [...]” (BRASIL, 1927).

²⁸ “Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos:

[...]

V - que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem; [...]” (BRASIL, 1927).

única solução para situações diversas, ao passo que considerava como em “situação irregular” tanto o “menor abandonado” como o “menor delinquente”.

Essa equiparação inadequada propiciou reforço ao etiquetamento dos adolescentes pobres como alvo principal das forças policiais e do sistema de justiça, situação que produz reflexos até os dias de hoje, como denunciado por Vera Malaguti BATISTA em pesquisa realizada com adolescentes que passaram pela 2.^a Vara de Menores do Rio de Janeiro. No estudo foi detectada a presença de um “olhar seletivo” focado nos jovens pobres como alvos preferenciais da intervenção judicial. Em uma das passagens, ela narra que determinado adolescente “por vestir roupas grandes e perambular pela Zona Sul, acabou sendo preso por três vezes por suspeita de furto” (BATISTA, 2003, p. 103).

O estudo deixa claro a reprodução de uma cultura do suspeito. A invisibilidade dessas pessoas para a grande massa, alheia às estatísticas, é superada de maneira cruel pelo aparato repressor do Estado, que acaba por persegui-las pelo seu modo de ser e não porque eventualmente fizeram, um claro reflexo que a vetusta legislação menorista ainda causa em nós.

Não obstante a já denunciada confusão entre infância “abandonada” e “delinquente” inaugurada pelo Código Mello Mattos, necessário é demonstrar também como o referido Código tratou especificamente a imputabilidade penal, a fim de possibilitar a análise comparativa da linha evolutiva deste elemento da culpabilidade no Brasil.

O Código Mello Mattos criou faixas de inimputabilidade, sendo a primeira delas a dos menores até 14 anos, os quais não poderiam ser submetidos ao processo penal. Verificada a prática de infração penal, haveria segregação apenas se o “menor” fosse considerado portador de transtorno mental ou “abandonado”.

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

§ 1.º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental. fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado.

§ 2.º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua educação comtando que não ultrapasse a idade de 21 annos.

§ 3.º Si o menor não fôr abandonado. nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis.

§ 4.º São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência (BRASIL, 1927).

Assim, essas hipóteses limitadas de segregação reforçaram a criminalização da pobreza, pois se o adolescente com menos de 14 anos, pouco importando a infração penal cometida, não fosse considerado “abandonado”, a única consequência seria a entrega aos pais ou responsável. Portanto, embora no aspecto estritamente formal o Código Mello Mattos tenha considerado a inimputabilidade dos menores de 14 anos, a segregação continuava possível se o infrator era considerado como abandonado, ou seja, na prática a inimputabilidade só preservava as classes mais abastadas.

Para a segunda faixa, entre 14 e 18 anos, o Código Mello Mattos criou um “processo especial” em que eram verificadas as condições pessoais do autor e dos responsáveis para determinar a medida a ser aplicada.

Art. 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 (BRASIL, 1927).

Nesse “processo especial” se privilegiava a análise do autor em detrimento do fato por ele praticado, aplicando-se o “tratamento adequado” ao portador de transtorno mental²⁹: a segregação em escola de reforma pelo prazo de 1 a 5 anos para o jovem que não é considerado “abandonado”³⁰ e, por fim, a segregação em escola de reforma pelo prazo de 3 a 7 anos para o jovem considerando “abandonado”³¹. Portanto, resta patente que na faixa etária dos 14 aos 18 anos mais uma vez as características pessoais do autor influenciavam na dosimetria da sanção ou, como se queira, no ilusório “tratamento” destinado aos jovens infratores.

²⁹ “§ 1.º - Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiência mental, fôr epileptico, sudo-mudo e cego ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado.”(BRASIL, 1927).

³⁰ “§ 2.º Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um a cinco annos.”(BRASIL, 1927).

³¹ “§ 3.º Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo, e de sete annos, no maximo.” (BRASIL, 1927)

Os jovens com idade entre 16 e 18 anos, na vigência do Código Mello Mattos, podiam, a critério do julgador, dadas a gravidade da conduta e as condições pessoais do agente, ser submetidos à prisão comum, porém em celas separadas dos adultos e com as penas da cumplicidade, que nos dizeres do Código Penal de 1890 equivalem às penas da tentativa³².

Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoais do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal³³, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal (BRASIL, 1927).

Por fim, para os jovens entre 18 e 21 anos a imputabilidade era plena, apenas sendo assegurada a incidência de circunstância atenuante, conforme preconizava o artigo 42, § 11 do Código Penal de 1890.

Em síntese, a inimputabilidade penal com a entrada em vigor do Código Mello Mattos foi limitada aos 14 anos, e apenas poderiam ser segregados os menores desta idade se fossem considerados abandonados. Criou-se também um procedimento especial para os jovens entre 14 e 18 anos, mas excepcionou-se com a possibilidade de sancionar com a pena da tentativa o jovem com idade entre 16 e 18 anos, desde que o fato fosse grave e as circunstâncias pessoais recomendassem. Por fim, o jovem com idade entre 18 e 21 era plenamente imputável, mas devia ter sua sanção atenuada pela idade.

2.2.2 O Código de Menores de 1979

O modelo salvacionista da infância pobre e abandonada consagrado pelo Código Mello Mattos foi replicado durante a ditadura militar pelo Código de Menores instituído pela Lei n.º 6.697, de 1979. Porém importa destacar que, entre o Código Mello Mattos de 1927 e o Código de Menores de 1979, o Código Penal de 1940 previu em seu artigo 23 que “os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

³² “Art. 64. A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade.” (BRASIL, 1890).

³³ “Art. 65. Quando o delinquente for maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe a applicará as penas da cumplicidade”. (BRASIL, 1890).

O Código Penal de 1940 sedimenta, em sua redação original, a concepção de tratamento dos menores como meio necessário para evitação da criminalidade futura. A ideologia por trás da redação original do decreto-lei n.º 2848, de 1940, é expressa, na exposição de motivos, nos seguintes termos: “Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva” (SHECAIRA, 2004, p. 123).

O Código de Menores de 1979 veio, então, consolidar a doutrina da situação irregular, mantendo as características de seu predecessor, entre as quais se destacam a separação entre crianças e adolescentes de um lado e menores do outro, a discricionariedade do julgador, que devia agir como “um bom pai de família”, o etiquetamento e a criminalização da infância pobre e, em contraponto, a impunidade dos adolescentes pertencentes a famílias de classe média e alta, e por fim a negação da subjetividade do adolescente e seu estabelecimento como objeto de intervenção estatal.

A essência desta doutrina se resume na criação de um marco jurídico que legitime uma intervenção estatal discricional sobre esta espécie de produto residual da categoria infância, constituída pelo mundo dos menores. A não-distinção entre abandonados e delinquentes é a pedra angular desse magma jurídico (MENDEZ, 1998, p. 88).

O elemento central do Código Mello Mattos, qual seja, a definição de menor em situação irregular, se mantém no novo Código, incluindo em situação irregular não só a infância “abandonada” mas também aquela considerada “delinquente”. As mudanças do Código de Menores de 1979 são pontuais e não conceituais, pois a nova legislação continua possibilitando a internação do jovem em situação irregular, pouco importando a presença da infração penal³⁴, podendo ser considerado em situação irregular tanto o “menor” vítima de

³⁴ “Art. 2.º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

- I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 - a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:
 - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal.” (BRASIL, 1979).

algum tipo de violência quanto o “menor” autor da violência. Ademais, a carência financeira também era motivo para a segregação da infância.

No capítulo que trata da apuração de infração penal, o Código de Menores de 1979 traz o procedimento para declaração de “situação irregular” conforme a idade do jovem. Dos 14 aos 18 anos se prevê a realização de audiência de apresentação em 24 horas, oportunidade em que se inicia o procedimento para declaração da situação irregular³⁵. Já o jovem entre 10 e 14 anos, embora também tenha que ser apresentado em 24 horas, se submete a um procedimento abreviado, podendo ser declarada de plano sua situação irregular.³⁶ Por fim, para os menores de 10 anos a audiência de apresentação podia ser substituída por entrevista com o magistrado ou orientação por técnico³⁷.

Portanto, se no Código Mello Mattos ainda subsistia certo hibridismo entre os sistemas, considerando que ele entrou em vigor sob a vigência do Código Penal de 1890, a transição da tutela penal indiferenciada para a situação irregular foi concretizada pelo Código de Menores de 1979, quando não mais subsistia qualquer resquício da legislação penal para a responsabilização dos menores de 18 anos. No Código de Menores de 1979 os “menores”,

³⁵ “Art. 100. O procedimento de apuração de infração cometida por menor de dezoito e maior de quatorze anos compreenderá os seguintes atos:

I - recebidas e atuadas as investigações, a autoridade judiciária determinará a realização da audiência de apresentação do menor;

II - na audiência de apresentação, presentes o Ministério Público e o procurador, serão ouvidos o menor, seus pais ou responsável, a vítima e testemunhas, podendo a autoridade judiciária determinar a retirada do menor do recinto;

III - após a audiência, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de diligências, ouvindo técnicos;

IV - a autoridade judiciária poderá, considerando a personalidade do menor, seus antecedentes e as condições em que se encontre, bem como os motivos e as circunstâncias da ação, proferir decisão de plano, entregando-o aos pais ou responsável, ouvido o Ministério Público;

V - se ficar evidente que o fato é grave, a autoridade judiciária fixará prazo, nunca superior a trinta dias, para diligências e para que a equipe interprofissional apresente relatório do estudo do caso;

VI - durante o prazo a que se refere o inciso V, o menor ficará em observação, permanecendo ou não internado;

VII - salvo o pronunciamento em audiência, o Ministério Público e o procurador terão o prazo de cinco dias para se manifestarem sobre o relatório e as diligências realizadas;

VIII - a autoridade judiciária terá o prazo de cinco dias para proferir decisão fundamentada, após as manifestações do Ministério Público e do procurador.” (BRASIL, 1979).

³⁶ “Art. 101. O menor com mais de dez e menos de quatorze anos será encaminhado, desde logo, por ofício, à autoridade judiciária, com relato circunstanciado de sua conduta, aplicando-se-lhe, no que couber, o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 99 desta Lei.

Parágrafo único. A autoridade judiciária poderá, considerando a personalidade do menor, seus antecedentes e as condições em que se encontre, bem como os motivos e as circunstâncias da ação, proferir, motivadamente, decisão de plano, definindo a situação irregular do menor, ouvido o Ministério Público.” (BRASIL, 1979).

³⁷ “Art. 102. Apresentado o menor de até dez anos, a autoridade judiciária poderá dispensá-lo da audiência de apresentação, ou determinar que venha à sua presença para entrevista, ou que seja ouvido e orientado por técnico.” (BRASIL, 1979).

independentemente da prática de ato definido como crime, podiam ser declarados em “situação irregular” e, assim, ser objeto da medida extrema de internação.

2.2.3 A sobrevida da situação irregular

Talvez o caráter marginalizado do Direito da Infância permita compreender a persistente crise de interpretação do Estatuto. Se de um lado temos um movimento de pressão para diminuição da imputabilidade penal sob o argumento de que os adolescentes possuem capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e, portanto, devem ser responsabilizados como os adultos, temos, de outro, a reminiscência na mente de advogados, juízes e promotores do caráter tutelar típico da situação irregular.

Infelizmente o que se vê hoje nas práticas ritualizadas e sem qualquer reflexão é a junção do pior dos dois mundos. Enquanto uns consideram que o adolescente de hoje não é o mesmo de antigamente e que, portanto, se torna legítimo o recrudescimento da persecução penal, muitas vezes “legitimando” internações em estabelecimentos penais ao arrepio da legislação, outros entendem o adolescente como alguém indefeso, que merece proteção e não tem condições de se expressar e de agir, demandando portanto que um adulto (juiz), como um bom pai, o aconselhe e defina o que é melhor para a sua vida.

A reeducação em vez de castigo e as medidas de segurança no lugar das penas constituíram os eufemismos específicos que legitimaram, na prática, privações de liberdade sem processo, sem garantias e, sobretudo, sem tempo definido de duração (MENDEZ, 1998, p. 106).

CILLERO BRUÑOL (2001, p.71) demonstra com propriedade que a doutrina de situação irregular, por ele chamada de “modelo de proteção”, não é um sistema de responsabilização e complementa para concluir que a doutrina da situação irregular se circunscreve na ideia antiliberal do “delito como doença moral ou natural e a pena como ‘medicina’ da alma ou ‘tratamento’ terapêutico”. (FERRAJOLI, 2002, p. 266).

Quando tratamos no tópico anterior da tutela penal indiferenciada, demonstramos que reflexos dela se mostram presentes em pleno século XXI, e para tanto apresentamos notícias que revelam ser comum, em vários cantos do país, a prisão de adolescentes em unidades destinadas a adultos. Mas não é só. A já ultrapassada situação irregular impera também na sociedade atual, sendo também comum a separação entre “menores” de um lado e

“adolescentes” de outro. Vejamos, por exemplo, uma notícia datada de 18 de abril de 2013, retirada do portal de notícias G1:

Um adolescente de 13 anos foi assaltado por um menor de 15 anos que utilizou um facão para levar o telefone celular. O assalto ocorreu no bairro Asa Branca, zona Oeste de Boa Vista, na noite desta quarta-feira (17). A vítima brincava com um amigo quando foi surpreendida com a arma nas costas (MARQUES, 2013).

A intervenção pautada apenas no sujeito e não no ato infracional cometido, como era recorrente na etapa da situação irregular, possibilita que as instituições de controle exerçam seu poder rotulando o adolescente por seu modo de vestir, de agir, enfim, de conduzir sua vida. A ação estigmatizadora que ainda reina sobre grupos de adolescentes que não correspondem aos padrões esperados pela “normalidade” é inegavelmente um reflexo da situação irregular nos dias de hoje.

2.3 A proteção integral

A força motriz para a consagração da situação irregular foi o rechaço dos reformadores ao encarceramento de crianças e adolescentes nos mesmos locais em que adultos cumpriam pena e aos evidentes inconvenientes dessa situação, como a promiscuidade, as más condições das prisões e a violência no cárcere. Assim, se para a tutela penal indiferenciada era possível o sancionamento do jovem por sistema similar ao dos adultos, na situação irregular buscou-se, a partir de um pretexto humanista, separar a intervenção do jovem daquela destinada aos adultos. Contudo, o primeiro inconveniente foi visto logo na prática, pois, se na tutela penal indiferenciada a intervenção estatal somente era possível a partir de um ato criminoso, na situação irregular o ato criminoso sai de cena, bastando para a intervenção que o jovem fosse declarado em “situação irregular”.

Os reformadores, embora bem intencionados no contexto da época, criaram um anacronismo, pois em vez da efetiva promoção do “bem-estar do menor”, na prática eles permitiram a intervenção discricional do Poder Judiciário, possibilitando a segregação indiscriminada de maneira até mais expressiva que a privação existente no período anterior. Antes, durante a tutela penal indiferenciada, a intervenção em relação ao jovem infrator era possível a partir de um vago critério de discernimento, porém exigia, ao menos, a prática de um ato definido pela legislação como crime. Já na situação irregular bastava a ainda mais vaga “declaração do menor em situação irregular”.

A ideia subjacente ao nascimento da concepção do “bem-estar do menor” residia na fórmula que consistia em dispensar grande volume de recursos para o “tratamento” do infrator com tendências criminógenas. Era identificado como em “situação irregular” o menor que se encontrava em família desestruturada, em situação de rua ou, eventualmente, havia praticado ato definido como crime. O sistema de garantia do “bem-estar do menor”, portanto, reclamava muitos recursos orçamentários, diante da incomensurável quantidade de jovens que se encontravam em “situação irregular”.

Todavia, a partir da falência do estado de bem-estar social, aguçada pelas crises econômicas que se iniciaram na década de 1970³⁸, o modelo salvacionista preconizado pelos códigos de menores entrou em colapso (MENDEZ, 1998, p. 114). A manutenção da previsão legal da declaração de “situação irregular” sem a correspondente fonte de recursos para dar suporte à política do “bem-estar do menor” acabou por transferir com maior ênfase ao Poder Judiciário a ilusória tarefa de resolução dos problemas sociais da infância (MENDEZ, 1998, p. 114).

Encarregar os tribunais de menores das políticas distribucionistas sem a respectiva previsão de custeio, imaginando-se que a caneta seria suficiente para lograr uma intervenção positiva, causou um efeito devastador. A atividade dos juízes a partir da ampla discricionariedade do conceito indeterminado chamado “situação irregular” não encontrou anteparo nas minguadas políticas públicas, ocasionando a segregação de jovens em instituições superlotadas, sem proposta pedagógica, enfim, que na prática eram apenas depósitos de adolescentes.

Organismos da sociedade civil, percebendo a clara falência da política de “bem-estar do menor”, participaram ativamente das discussões preliminares que desembocaram no texto aprovado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Era preciso aprender a olhar aqueles meninos a olho nu, com o olhar desarmado das categorias estigmatizantes do Código de Menores (situação irregular) e da PNBEM (Política Nacional do Bem-estar do Menor). Chamá-los de menores era enquadrá-los nas categorias inscrita nas leis de controle social da infância e da juventude que, só agora, nos espíritos mais críticos, começavam a ser percebidas como parte do entulho autoritário que a reconstrução democrática da vida nacional, um dia, haveria de banir do panorama legal brasileiro (GOMES DA COSTA, 1994, p. 133).

³⁸ “A partir de meados da década de 70 do século XX, a crise do *welfare state* promoveu um abalo em todas as instituições que o caracterizaram, dentre elas as de natureza penal. A diminuição do Estado de bem-estar social nos países capitalistas centrais, imposta pela prática neoliberal, causou um certo desamparo e sentimento de insegurança social” (ALEIXO, 2012, p. 45).

Assim surgiu o último ciclo evolutivo da legislação relativa ao Direito Infracional, exatamente da percepção de que em nome do “bem-estar do menor” se cometiam atrocidades tanto quanto na etapa da tutela penal indiferenciada, legitimando-se a segregação dos jovens pelo que eram e não pelo que cometeram.

2.3.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, representou um marco para a superação da doutrina da situação irregular. O referido tratado foi incorporado ao ordenamento interno pelo Decreto 99.710/1990 e introduziu a chamada doutrina da proteção integral, que trazia em seu bojo todo um leque garantista em benefício do adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional. O novo *status* do Direito Infracional pode ser sintetizado pela transição do “menor como objeto de compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeito pleno de direitos” (MENDEZ, 1998, p. 91).

A ideia central do texto da Convenção, que representa a quebra do anterior paradigma da situação irregular, está na mudança da concepção da infância como objeto para a da infância como sujeito³⁹. Durante a etapa da situação irregular os adultos definiam o que seria melhor para o “bem-estar” do infante sem que este fosse consultado. Portanto, na época o jovem era mero objeto da intervenção judicial. A alteração representa uma drástica ruptura e é vista em vários dos dispositivos da Convenção - por exemplo, quando trata da participação da criança e do adolescente no processo judicial. Senão vejamos:

Artigo 12:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (ONU, 1989).

Ainda em relação à visão da criança e do adolescente como sujeitos de direitos que devem ser respeitados em suas singularidades, há vários outros dispositivos no texto da

³⁹ “Precisamente, la protección integral quiere evitar la construcción social que separa a los ‘menores’ de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujetos con derechos humanos originarios, con la finalidad de evitar su marginalización [...]” (BARATTA, 1999, p. 41).

Convenção. Dentre eles destacam-se o artigo 13, que garante a liberdade de expressão; o artigo 14, que garante a liberdade de pensamento, de consciência e de crença; o artigo 15, que garante a liberdade de reunião e de associação; e o artigo 16, que garante a inviolabilidade da vida particular por interferências arbitrárias.

Especificamente no âmbito do ato infracional, a Convenção inicialmente criou limitadores ao poder punitivo dos Estados signatários, vedando a utilização de penas cruéis, desumanas, degradantes e definindo a privação de liberdade apenas como último recurso⁴⁰. Há clara distinção entre as etapas anteriores e o texto da Convenção, pois ele afasta um dos principais fantasmas da etapa indiferenciada, quando se permitia a manutenção de jovens no mesmo estabelecimento penal em que adultos cumprem suas penas.

Artigo 37. Os Estados Partes zelarão para que:

[...]

c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais; [...] (ONU, 1989).

A mudança de paradigma é ainda mais visível na passagem do adolescente de mero objeto de intervenção (situação irregular) para protagonista do processo de imputação judicial do fato (proteção integral). O reconhecimento do devido processo legal substantivo, no qual o adolescente acusado tem pleno acesso aos meios para sua defesa⁴¹, permite que o adolescente faça parte da construção da decisão judicial que o atinge.

⁴⁰ “Artigo 37. Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado; [...]” (ONU, 1989).

⁴¹ “Artigo 40. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

Outras normativas internacionais também dão sustentáculo à doutrina da proteção integral em matéria de criminalidade juvenil, em especial as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, conhecidas como Regras de Beijing; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, também conhecidas como Regras de Tóquio; e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad⁴².

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;

II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado;

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.” (ONU, 1989).

⁴² Importante salientar que diferentemente da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi internalizada no direito interno brasileiro e, portanto, tem natureza cogente, as demais normativas internacionais não foram internalizadas. Assim, tanto as Regras de Beijing e Tóquio, como as Diretrizes de Riad representam apenas um esforço orientativo para condução da legislação interna. Nesse sentido: “[...] II - Por não ter sido objeto de internalização e por não deter, por si só, eficácia vinculante, a Resolução n. 40/33, da Assembleia Geral das Nações Unidas, conhecida como Regras de Beijing, não sujeita a República Federativa do Brasil às determinações nela contidas, servindo apenas como diretriz internacional para o estabelecimento de políticas públicas na área de administração da justiça da infância e juventude, com aplicabilidade limitada pela soberania dos Estados-membros da Organização das Nações Unidas. (Doutrina)” (STJ, HC 340.668. Relator ministro Félix Fischer, de 04 fev. 2016).

2.3.2 As Regras de Beijing e o princípio da legalidade

As Regras de Beijing têm como contribuição central para a formulação da doutrina da proteção integral em matéria infracional a exigência expressa de que seja observado o princípio da legalidade. Assim, a atuação judicial para responsabilização do adolescente somente poderá ocorrer a partir da verificação de um ato definido na lei penal como crime ou contravenção.

A Regra 2.2, em seu item b, sustenta que “infração é todo comportamento (ação ou omissão) penalizado com a lei, de acordo com o respectivo sistema jurídico”, e no item c complementa conceituando que “jovem infrator é aquele a quem se tenha imputado o cometimento de uma infração ou que seja considerado culpado do cometimento de uma infração” (ONU, 1985).

Portanto, há uma clara nota distintiva entre a doutrina da situação irregular e as Regras de Beijing, pois nestas se exige que a intervenção tenha como ponto de partida a prática de ato definido como crime e, também, a expressa previsão de separação entre a infância abandonada e a infância delinquente.

2.3.3 As Regras de Tóquio e a privação de liberdade

As Regras de Tóquio visam minimizar os efeitos deletérios do encarceramento. Nos considerandos do tratado há expresse reconhecimento da vulnerabilidade dos adolescentes privados de liberdade.

Consciente de que os jovens privados de liberdade são altamente vulneráveis aos maus tratos, vitimização e violação dos seus direitos.

Preocupada com o fato de muitos sistemas não diferenciarem adultos e jovens nos vários estágios da administração da justiça e com o fato de os jovens serem assim detidos em prisões e outros estabelecimentos com adultos:

1. Declara que a colocação de um jovem numa instituição deve ser sempre uma decisão do último recurso e pelo mínimo período de tempo necessário
2. Reconhece que, dada a sua alta vulnerabilidade, os jovens privados de liberdade requerem uma atenção e proteção especiais e que os seus direitos e bem-estar devem ser garantidos durante e depois do período em questão privados de liberdade (CNJ, 2016).

A fim de equalizar a situação, considerando a persistência da privação como sanção por excelência e num claro esforço para a minoração de danos, as Regras de Tóquio preveem a excepcionalidade da privação, a assistência jurídica, a garantia de acesso aos demais direitos como educação e saúde, a necessidade de estrutura física adequada nos alojamentos e a

limitação ao uso da força, sendo proibido, inclusive, o porte de armas nos estabelecimentos em que adolescentes se encontrem segregados⁴³.

2.3.4 Diretrizes de Riad e prevenção de delitos

Por fim, em complemento ao plexo de normas internacionais que conduzem a nova concepção da proteção integral, as Diretrizes de Riad têm uma perspectiva diferente, pois pretendem atuar antes da ocorrência do ato considerado delituoso. Entretanto, é bom que fique claro que as Diretrizes de Riad afastam expressamente uma concepção de defesa social lastreada no positivismo criminológico, como ocorria na etapa da situação irregular. As Diretrizes de Riad, acreditando na singularidade do indivíduo, colocam os meios formais de controle social como última alternativa, e assim buscam empoderar a família e a sociedade como meio eficaz de prevenção do delito na sociedade.

Outro ponto digno de nota nas Diretrizes de Riad é a clara percepção de que aquilo por muitos definidos como delinquência juvenil é, em verdade, uma reação típica e natural do desenvolvimento do adolescente:

[...] reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade é, com frequência, parte do processo de amadurecimento e tende a desaparecer espontaneamente na maioria das pessoas quando chegam à maturidade (ONU, 1990, item 4-e).

A concepção trazida pelas Diretrizes de Riad é uma das bases em que se sustenta o nosso trabalho, pois é preciso diferenciar a conduta do adolescente da conduta perpetrada pelo adulto. Entretanto, advertimos desde já que essa diferenciação não se dá a partir do mito da incapacidade de entendimento, mas do reconhecimento de que a capacidade de ação do adolescente sofre o influxo de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

2.3.5 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Acompanhando o movimento internacional, o Congresso Nacional aprovou a Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990, que na linha da Convenção, das Diretrizes de Riad e das Regras de Tóquio e Beijing representou uma ruptura em relação à antiga legislação menorista, a

⁴³ Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o PLS 256/2016, que prevê o porte de armas para agentes socioeducativos, projeto em franca colisão com o preconizado pelas Regras de Tóquio. (JOSÉ, 2016).

começar pela designação dessas pessoas como crianças e adolescentes, e não mais como “menores”.

Inicialmente impende ressaltar que há uma visível separação entre as medidas protetivas, aplicáveis à criança e ao adolescente em situação de risco, e as medidas socioeducativas, aplicáveis ao adolescente após verificada a prática de uma infração penal. Com essa separação eliminam-se as internações sem lastro na prática de delitos ou contravenções. No âmbito judicial é assegurado ao adolescente o protagonismo e todo um sistema de garantias, impedindo que ele seja mero objeto de intervenção judicial.

O Estatuto separa as categorias de criança (até os 12 anos) das de adolescentes (dos 12 aos 18 anos), sendo que em nenhuma hipótese se aplicará aos primeiros medidas socioeducativas.

Não obstante os méritos do Estatuto da Criança e do Adolescente ao sistematizar no plano interno a Doutrina da Proteção Integral, não houve avanço efetivo na discussão de uma teoria do delito voltada para o ato infracional. O desenvolvimento da doutrina da proteção integral não decorre de um desenvolvimento da dogmática, mas sim do rechaço da situação irregular (CILLERO BRUÑOL, 2001, p. 66).

Portanto, apesar dos inegáveis avanços no plano normativo com a adoção da Doutrina da Proteção Integral, a ausência da dogmática ainda é sentida quando se trata do adolescente autor de ato infracional. Isso porque em regra se concebe a inimputabilidade penal do adolescente de maneira acrítica, como uma presunção absoluta de que o adolescente não possui capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento.

Qual é, afinal, a localização do ato infracional? Trata-se de uma zona ainda nebulosa, que leva à já amplamente debatida crise de interpretação do ECA. O desenvolvimento de uma teoria focada no ato infracional poderá lançar um pouco de luz na discussão. Delimitar o campo do ato infracional, colocá-lo dentro de uma moldura dogmaticamente construída não significa aprisioná-lo em uma equação matemática, mas evitar que seja tudo e ao mesmo tempo nada.

A necessidade de reconhecer os parâmetros do ato infracional não é apenas uma filigrana acadêmica, pois tem intensas repercussões práticas. A concepção que deixa ao talante dos profissionais do Direito, arbitrariamente, definir quais as hipóteses em que o adolescente pode ser alvo de intervenção socioeducativa legítima, na maioria das vezes, um retorno ao menorismo.

Negligenciar o ato infracional como ponto de partida e limite à intervenção resulta no esvaziamento do fenômeno, que acaba por perder suas balizas. Esquecer o ato infracional e volver os olhos para o sujeito que o pratica até parece um discurso tentador, humanista. Porém o foco na pessoa humana só pode se dar quando bem definida a moldura dentro da qual se desenvolverá a atuação socioeducativa. Qualquer atuação fora disso é prática arbitrária disfarçada de discricionariedade. O ato infracional, nesse viés, é o único meio objetivo de legitimar a intervenção do Estado. Caso contrário, adotaremos uma lógica higienista para a padronização de comportamentos, tal como entenda aquele que detenha o poder de decisão.

A aplicação de uma medida socioeducativa tem elevada carga sancionatória. Assim, não se pode olvidar a evolução da dogmática penal ao longo dos séculos, que embora não possa ser transportada acriticamente, decerto contribuiu para a sistematização do ato infracional.

Os avanços na legislação desde a tutela penal indiferenciada, passando pela doutrina da situação irregular, até chegar ao estágio atual da proteção integral é digna de louvor. Entretanto, devemos admitir que só a positivação, sem o anteparo de uma teoria que legitime e direcione quando e como pode se dar a responsabilização judicial do adolescente, é mero ponto de partida. Para superação da velha e arraigada práxis tutelar do menorismo, é preciso incrementar uma mudança cultural que passa necessariamente pela construção de uma dogmática do ato infracional que converse com a realidade dos adolescentes.

Ao efetuar o percurso histórico da legislação infracional no Brasil, percebemos que ainda hoje subsistem traços da tutela penal indiferenciada e da situação irregular. A privação de adolescentes em estabelecimentos penais destinados a adultos ou a intervenção socioeducativa sem limites no ato infracional são frequentes. Tal estado de coisas apenas reverbera a conclusão de que os avanços legislativos, isoladamente considerados, não são capazes de alterar a realidade. A evolução da legislação inegavelmente não correspondeu à respectiva mudança no mundo fenomênico:

[...] en el mundo en que vivimos, en materia de derechos humanos, si comparamos lo que se hace de lo que se dice, a menudo nos moveremos en el terreno de la ciencia ficción, por el abismo que existe entre ambas dimensiones [...]. Tan constantes y sistemáticas son las violaciones de los derechos humanos en todas las parcelas de la vida social, que por mucho que en el plano de lo que debe ser y las buenas palabras se que el ser humano los posee, la realidad nos muestra su inexistencia (DAVID SÁNCHEZ RUBINO, *apud* SALO DE CARVALHO, 2013, p. 226).

Para se ter um exemplo: na etapa da tutela penal indiferenciada, lastreada nos mandamentos da escola clássica, buscou-se a superação das Ordenações Filipinas pela introdução de comandos de humanização e proporcionalidade (Código Criminal do Império de 1834 e Código Penal de 1890). Na prática, entretanto, os adolescentes continuaram a ser segregados nos mesmos espaços dos adultos, como sói acontecer ainda nos dias atuais.

Da mesma forma, o mandamento de prevenção embutido na etapa da situação irregular não se verificou. O que se viu foi a potencialização da segregação dos “indesejáveis”, agora sem a necessidade da observância da existência da infração penal. Os nefastos reflexos da situação irregular (confusão entre infância desassistida e infância infratora) também perduram, só que sob a capa da “proteção integral”. Os arraigados conceitos do “menorismo” levam os juristas a confundir a proteção integral prevista no ECA com a tutela assistencial que vigorava na situação irregular.

Assim, a evolução da normativa não foi acompanhada pela realidade. Em vez de uma evolução para a plena assunção do adolescente como sujeito de direitos, o que se vê nos foros judiciais é um misto de tutela indiferenciada e situação irregular. ROSA explicita que os atores que intervêm no procedimento de apuração de ato infracional se veem como defensores do adolescente quando, em verdade, são “Lobos-Menoristas vestidos em pele de Cordeiro-Garantista” (ROSA, 2005, p. 40).

Embora não se possa desprezar os séculos de evolução da legislação referente ao sancionamento/responsabilização do jovem infrator, é preciso ter em foco que a evolução do direito positivado deve ser acompanhada pela reflexão dos teóricos do Direito. Assim, é imperiosa a consolidação de uma teoria própria do ato infracional que, apesar de não se confundir com a teoria do delito, pode, sim, beber dessa fonte, como um despertar limitador do sancionamento irracional dos adolescentes a quem se atribua a autoria do ato infracional.

3 O CARÁTER MARGINAL DO ADOLESCENTE NA HISTÓRIA DA CULPABILIDADE

A realização de uma digressão histórica sobre a evolução das formas de atribuir um resultado lesivo a determinado indivíduo permite compreender desde as fases mais primitivas do nexo de imputação até a atual conformação da culpabilidade. Certo é, como adverte BRANDÃO (2015, p. 118), que a construção da culpabilidade como a conhecemos hoje não seguiu uma lógica unívoca ao longo dos séculos, pois os precedentes romanos e medievais apenas atingiram ares de cientificidade a partir do positivismo. Entretanto, as incursões históricas nos dão o substrato teórico necessário à compreensão da responsabilidade juvenil atual. Basta dizer, por exemplo, que a inimputabilidade pela idade tem origem no Direito Romano.

Regredindo às fases mais rudimentares da civilização, percebemos que não havia uma razão explicativa para os fatos ocorridos no mundo fenomênico, sendo os resultados atribuíveis a uma força superior e indicando que nesse período não se buscava a compreensão da causalidade. Nos dizeres de KELSEN (1945, p. 70): *“la atribución de los fenómenos a una persona ficticia pone punto final a toda búsqueda de las causas”*. Vale ressaltar, entretanto, que o homem durante esse período de Direito Arcaico não desprezava a relação de causa e efeito - por exemplo, ao presenciar um trovão (efeito), considerava-o como resultado da ira divina (causa).

A crença personalista, que atribuía os fenômenos a entes, apaziguava a mente do homem primitivo, que se contentava com a atribuíbilidade do fenômeno à divindade, sem precisar explicar nada mais sobre isso. Os povos arcaicos não tinham a ânsia de compreender “como” o fenômeno aconteceu; limitavam-se a atribuir o fenômeno a “alguém” (KELSEN, 1945, p. 69), pois *“la mentalidad del hombre primitivo se caracteriza por su falta de curiosidad”* (KELSEN, 1945, p. 9).

A atribuição dos resultados a entes inanimados criou uma relação de autoridade que se espraiou para além dos fatos da natureza, disciplinando comportamentos. Assim, a infração a uma norma de conduta social era percebida também como uma ofensa à divindade. Como observou GILISSEN (1995, p. 37), *“a obediência ao costume é aqui assegurada pelo temor dos poderes sobrenaturais: por isso, direito e religião se misturam”*.

Imputar significa atribuir algo a alguém, sendo que a imputação era feita no período arcaico, em relação aos fenômenos da natureza, a partir de uma razão mítica, tal como no exemplo dado em relação a trovão *versus* ira divina. Essa forma de pensamento sobre a

causalidade disseminou seus efeitos para as relações sociais, onde era comum a responsabilidade objetiva como mero reflexo da lesão exteriorizada⁴⁴:

[...] a responsabilidade penal equiparava, solidariamente, o ofensor aos seus parentes, como consequência quase exclusiva do elemento objetivo da lesão, e não da imputação direta a seu autor, nem sequer de suas intenções. [...] nem mesmo o caráter humano e individual do autor do delito tem sido considerado sempre como condição necessária da responsabilidade penal: tanto em épocas remotas como em tempos recentes os processos contra animais e defuntos foram frequentes (FERRAJOLI, 2002, p. 390).

Assim, verificada a lesão, era possível a realização da imputação independente de perquirir as intenções do autor, tratava-se claramente da adoção da responsabilidade sem culpa.

A superação no sentido da adoção de uma razão explicativa tem origens no pensamento grego (TRAVESSONI, 2000, p. 19), quando já não bastava a atribuição do resultado à divindade, era necessário explicar como ocorriam os fenômenos. No âmbito das relações sociais, a nova forma de pensamento representada pela razão explicativa introduziu a intencionalidade como ponto central da concepção de justiça:

Só é possível a prática de um ato justo ou injusto na medida em que alguém o quer [...]. A causa do ato voluntário está no homem mesmo, que só ele tem em si mesmo o princípio de certos atos, o que significa ter a possibilidade de realizá-los ou não (SALGADO, 1995, p. 39).

No Direito Romano, por seu turno, a *Lex Numae* deu um importante passo para a superação da responsabilidade penal sem culpa ao consagrar a exigência da verificação da intenção no crime de homicídio (FERRAJOLI, 2002, p. 419). Portanto, quer seja na Grécia, a partir da ideia de intencionalidade como premissa para os postulados de justiça, quer em Roma, a partir da verificação da intencionalidade no crime de homicídio, é possível perceber o movimento de alteração do paradigma, da razão mítica para a razão explicativa.

O desenvolvimento do pensamento inclui a análise da intencionalidade naquela noção primitiva de causalidade, o que abriu espaço para uma futura compreensão do vínculo psíquico que liga o agente ao resultado danoso. Assim, não é equivocado dizer que a imputação nasceu do primeiro passo dado pela relação de causalidade mecânica presente no

⁴⁴ Nesse sentido BRANDÃO (2015, p. 113) esclarece que “nos primórdios, vigia no Direito Penal a responsabilidade sem culpa, onde só se observava o nexos de causalidade entre a conduta do homem e o resultado tido como criminoso, independentemente de qualquer análise pessoal sobre o autor do fato”.

Direito Arcaico, no qual se agregou inicialmente a intencionalidade para, posteriormente, abarcar outros elementos, que deram forma à atual noção que temos de culpabilidade.

No Direito Romano, além da já mencionada imputabilidade⁴⁵, os primeiros atributos da culpabilidade ganharam contornos com a ciência do *dolus*, pois foi nesse período que se identificou, além do elemento naturalístico, consistente na vontade, o elemento normativo do dolo, consistente na consciência da antijuridicidade (BRANDÃO, 2015, p. 119). A consciência da antijuridicidade da conduta caracterizava a vontade como má, dando ensejo àquilo que os romanos chamavam de *dolus malus*.

Embora o Direito Penal no período romano já apresentasse certo caráter público, havia a distinção entre crimes públicos e privados (BRANDÃO, 2015, p. 118). Assim, foi no Medievo, a partir do declínio do Império Romano, que a concepção do Direito Penal como ramo do Direito Público ganhou contornos mais parecidos com os que temos atualmente. Isso porque, se antes a ofensa criminal englobava também litígios privados mediados pelo pretor, a partir da formação dos Estados Nacionais o crime passou a ser analisado sob a perspectiva de ofensa ao rei e, conseqüentemente, ao Estado.

Em primeiro lugar, deixa de ser um dano causado a uma vítima específica e passa a ser um ato que, para além do ofendido, atinge o rei. Deixa de ser uma ação, passando a ser uma infração, uma das maiores invenções do pensamento medieval, na opinião de Michel Foucault. Quando o soberano, diretamente ou por meio de seu representante, o procurador, afirma que também ele foi atingido pelo injusto, o ataque passa a ser não mais dirigido a um indivíduo, porém contra a lei do Estado [...]. Em segundo lugar, não pode mais ser pacificado por meio da composição (TANGERINO, 2014, p. 40, 41).

Nesse estágio de mudanças, Samuel von PUFENDORF remontou aos elementos da justiça em Platão e Aristóteles para cunhar sua teoria da imputação. Como vimos, na filosofia grega a razão explicativa ganhou terreno em relação à razão mítica e, para isso, a concepção de justiça prestigiou a voluntariedade do homem em detrimento da explicação meramente mecânica da causalidade. Em *A República*, PLATÃO diz que a virtude não tem senhor, sendo a responsabilidade de quem escolhe, concluindo que “os deuses são isentos de culpa”. (617-e, p. 490). ARISTÓTELES, na mesma toada, considerou a vontade como elemento central da concepção de justiça:

⁴⁵ Ver Capítulo 2.

A vontade é também elemento essencial ao conceito de justiça, pois só há ato justo ou injusto quando alguém quer. O que é justo ou injusto é caracterizado pela lei, mas o ato justo ou injusto pressupõe a vontade (TRAVESSONI, 2000, p. 30).

[...] do ponto de vista do agente, a moralidade do seu ato não se mede ainda pela simples voluntariedade da ação, mas pela premeditação ou escolha deliberada. Se não houve essa reflexão prévia para a execução do ato, pode ser o ato injusto, mas não o seu autor, porque não agiu com perversidade. Em resumo: algumas ações causam danos que não foram previstos (infortúnio); outras preveem o resultado, porém sem maldade (erro); outras ocorrem com o conhecimento do agente (voluntário), mas sem perversidade; finalmente, outras ações são premeditadas, o que significa que elegem os meios para alcançar os resultados previamente conhecidos. Nesse caso, não só o ato como o seu autor reputam-se justos ou injustos, conforme causem danos ou bem ao outro (SALGADO, 1995, p. 40).

Sobre a essência da vontade, TOMÁS DE AQUINO, na linha de ARISTÓTELES, disse que na “ação virtuosa se deve agir com consciência do que se faz”, sendo que “a vontade (apetite racional) desempenha o papel central dentre os elementos do ato justo, porque no caso de ignorância não haveria ato voluntário” (SALGADO, 1995, p. 63).

Samuel von PUFENDORF, com referência em Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, criou o seu conceito de imputação compreendendo o resultado como dependente da vontade. Ele percebeu, a partir da razão explicativa, que o homem pode guiar seus atos pela vontade. Assim, para PUFENDORF, o resultado lesivo pode ser atribuído ao seu autor quando for decorrente de um ato de vontade ou dominável pela vontade (TANGERINO, 2014, p. 50).

O homem, diferentemente dos outros animais, não responde a instintos exclusivamente biológicos, ou seja, não é apenas senciente. Ele tem a capacidade da sapiência, pois consegue interagir racionalmente com o meio (BRANDOM, 2013, p. 177). Portanto, ao racionalizar suas ações e guiá-las pela vontade o homem abre caminho para que eventuais resultados lesivos lhe possam ser imputados. Para PUFENDORF a ação dominada pela vontade, entendida como a consciência do que se deseja, representa a soma entre o conhecer e o querer.

A ação livre surge do concurso entre a vontade e o intelecto e é imputável ao autor como sua causa moral justamente porque jamais ocorreria sem a sua livre determinação, precedida de sua cognição (TANGERINO, 2014, p. 39).

Portanto, se foi em Platão e Aristóteles que se conheceu a vontade como força motriz para a compreensão da causalidade, foi Samuel von PUFENDORF quem primeiro sistematizou uma teoria da imputabilidade com base na conjugação entre a vontade e a sapiência.

A evolução da mera imputação física para a imputação com base na vontade do que se deseja foi analisada poeticamente, em 1833, por Giandomenico ROMAGNOSI:

Em um ser provido de inteligência, vontade e liberdade, devido a que todo ato seu interno, por sua natureza, não pode ser mais que sentimento, pensamento ou volição, quando se pergunta se age é o mesmo que perguntar se sente, conhece ou quer; ou, para dizê-lo em outros termos, quando se lhe imputa algum ato é o mesmo que afirmar que sentiu, conheceu e quis o ato realizado. Por isso, esta pode ser denominada imputação moral em contraposição do puro material, do físico, e, igualmente, a imputação se poderia chamar de psicológica e interior (*apud* TANGERINO, 2014, p. 55).

Da arcaica imputação causal, que dava azo à responsabilidade objetiva, à concepção de uma razão explicativa fundada no agir racional, no intelecto e na vontade, o Direito Penal ainda se ressentia de uma baliza mais sólida para a realização da imputação. O agir virtuoso fundado na razão, no intelecto e na vontade não era suficiente para dar garantias ao indivíduo. A imputação moral do ato injusto era fluida, porque focada em um direito natural, idealista, que poderia variar de acordo com as concepções do expectador. Por isso foi decisiva a contribuição de Paul Johann Anselm von FEUERBACH⁴⁶ ao sistematizar o brocardo *nullun crimen, nulla poena sine lege*, invertendo o domínio do direito natural sobre o direito positivo.

Feuerbach notabilizou-se não só por sua teoria da pena mas também por sua teoria forte da legalidade penal. Ele é por muitos apontado como o precursor histórico mais imediato do princípio da taxatividade penal, e seus brocardos legalistas ainda são lembrados pelos penalistas do presente como parte do núcleo duro do princípio da legalidade em matéria penal (RABELO QUEIROZ, 2008, p. 149).

A contribuição de FEUERBACH representa uma remodelação da atribuíbilidade do resultado lesivo, pois abandonou qualquer perquirição sobre a virtuosidade do ato. Isso porque, ao prever a supremacia do direito positivo, ele descartou a verificação sobre o livre-arbítrio e, com isso, desprezou a imputação moral.

O autor renuncia, conseqüentemente, a qualquer ideia de imputação a partir da culpa com conteúdos éticos e declina por completo do livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade criminal. Como o Estado deve interessar-se apenas pela legalidade do agir externo, e não pela imoralidade da motivação interna, Feuerbach abandona qualquer consideração sobre a liberdade (TANGERINO, 2014, p. 60).

⁴⁶ Embora tenha sido com a obra de Cesare Bonessana, marquês de Beccaria, que surgiu o princípio da legalidade, a sistematização jurídica do princípio é atribuída a Anselm von Feuerbach, em 1801 (BRANDÃO, 2015, p. 3).

O primeiro passo dado por FEUERBACH em direção à supremacia do positivismo jurídico em detrimento de um direito natural foi intensificado pela concepção de Karl BINDING, que também descartou qualquer análise de imputação moral. Não que os positivistas desconhecêssem o livre-arbítrio no agir volitivo, mas acreditavam que pela sua indemonstrabilidade o livre-arbítrio seria uma “não questão”, bastando “para o funcionamento do sistema que a vontade tenha sido a causa eficiente do delito” (TANGERINO, 2014, p. 61).

Para se analisar a evolução das formas de atribuíbilidade do resultado ao indivíduo, deve-se ter em foco, como já foi advertido, que a evolução do próprio Direito Penal não é unívoca ao longo dos séculos, pois em muitos períodos a sanção penal se circunscrevia a uma vingança privada, apenas mediada por um terceiro. Entretanto, o conceito de atribuíbilidade numa acepção adstrita ao Direito Penal pode ser considerada como tendo origem nas contribuições de FEUERBACH e BINDING.

3.1 Causalismo

Grandes invenções, como o automóvel, a locomotiva e a técnica de transfusão de sangue, apenas para ficar em alguns exemplos, encantaram a humanidade entre os séculos XVIII e XIX. Tais invenções, entre tantas outras, propiciaram o devido destaque ao empirismo como método mais adequado, na visão da época, para o desenvolvimento da humanidade.

Alinhado ao sucesso experimentalista das ciências naturais, o positivismo filosófico defende que a única forma de se chegar à verdade é através da utilização do método científico. Assim, o positivismo filosófico transpôs para as demais áreas do conhecimento o método de verificação já utilizado nas ciências da natureza, ou seja, as demais áreas do conhecimento deveriam passar a desprezar de sua análise, caso quisessem ser consideradas como ciências, todos os elementos indemonstráveis, quer de ordem religiosa, quer de ordem supersticiosa ou moral. A sociologia, de acordo com BRANDÃO, foi considerada nesse período a física social, pois passou a analisar a confiabilidade das hipóteses formuladas a partir do método científico, até então exclusivo das ciências da natureza (BRANDÃO, 2015, p. 120).

O Direito não ficou alheio ao *frisson* causado pelo método positivista e também passou a se utilizar da metodologia típica das ciências da natureza. Portanto, para o positivismo, o Direito enquanto ciência deveria se afastar de referências jusnaturalistas e morais, porquanto indemonstráveis do ponto de vista científico.

Mas não foi só o método experimentalista que o Direito incorporou para sua consolidação enquanto ciência, pois o positivismo jurídico também teve forte influência do movimento de codificação experimentado pela Europa naquele período (TRAVESSONI, 2000, p. 105). Importante destacar que ambas influências (método científico e codificação) não são questões desconectadas e atemporais, ao revés, a adoção do método científico tem estreita relação com o predomínio do direito positivo sobre concepções de direito natural. Exatamente pela necessidade de verificação dos elementos do Direito a partir de um rígido sistema experimentalista, os cientistas iniciavam suas análises partindo do direito posto, representado pelo movimento de codificação dos séculos XVIII e XIX.

Como já ficou dito, o método positivista rejeitava as concepções de um direito natural, quer seja imanente ao homem, quer seja de natureza transcendente. Assim, a rigidez do método positivista exigia o direito posto como ponto de partida para a construção das ciências jurídicas. Portanto, não é forçoso dizer que o positivismo jurídico tem lastro em duas bases principais, no método empirista, típico das ciências naturais, e na intensa codificação verificada naquele período.

No âmbito estritamente penal, o método positivista contribuiu para a construção da dogmática como a “elaboração sistemática das características gerais que o Direito Positivo permite atribuir ao delito” (MIR PUIG, 2007, p. 111). As contribuições para a sistematização do Direito Penal alçaram novos patamares no sistema Liszt/Beling, no qual, pela primeira vez, estavam presentes todas as categorias jurídico-penais do delito.

Do ponto de vista dogmático, existe relativo consenso de que a teoria do delito remonte ao sistema Liszt-Beling, em que pela primeira vez surgem as quatro categorias centrais (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) que se perpetuam em todas as teorias subsequentes, ainda que organizadas em combinações diversas (TANGERINO, 2014, p. 71).

Seguindo a lógica positivista, Franz von LISZT criou o Programa de Marburgo (1882), no qual se preceituava que o estudo do direito positivo deveria ceder às mesmas regras científicas utilizadas pelas ciências naturais (TANGERINO, 2014, p. 70). O ponto central da análise era a ação humana causadora de um resultado no mundo exterior, sendo que, seguindo à risca a metodologia positivista, o cientista Franz von LISZT logo tratou de desvincular o conceito de ação de qualquer concepção transcendente sobre a vontade moral.

A ação para LISZT, de caráter exclusivamente naturalista⁴⁷, é representada pelo impulso da vontade (*Willenimpuls*) e pela alteração concreta no mundo sensível (TANGERINO, 2014, p. 72). Entre o impulso da vontade e o resultado há um terceiro elemento, o nexó de causalidade consubstanciado pelo vínculo existente entre os dois primeiros (impulso da vontade e resultado).

O nexó de causalidade, por sua vez, se decompõe em dois outros elementos, o primeiro dos quais consiste na relação causal física e o segundo na relação causal psicológica. Portanto, o nexó de causalidade contém um elemento objetivo (relação causal física) e um elemento subjetivo (relação causal psicológica).

LISZT decompõe a ação em vários elementos objetivamente verificáveis: esquematicamente falando, temos o *impulso da vontade* que causa um *resultado externo*, havendo entre o impulso e o resultado um *nexó de causalidade* que se compõe de dois elementos: um *objetivo* e outro *subjetivo*. Importa destacar que a essência da verificação de LISZT está no elemento subjetivo do nexó de causalidade, pois é nele, ou seja, na relação causal psicológica, que se encontra a previsão ou a potencialidade de previsão do resultado e, portanto, o dolo e a culpa.

A relação causal psicológica é aquela presente quando o agente prevê ou tem a potencialidade de prever o resultado. A estruturação da ação realizada por Franz von LISZT demonstra que os ingredientes subjetivos do nexó de causalidade (dolo e culpa) são compostos exclusivamente pela representação da vontade (elemento intelectual) e pela manifestação da vontade (elemento volitivo) (BRANDÃO, 2015, p. 120). Assim, na dogmática cunhada por LISZT não está contido no dolo e na culpa o elemento normativo consistente na consciência da antijuridicidade⁴⁸. O dolo e a culpa possuem apenas seus elementos naturalísticos (representação e manifestação da vontade), e é por isso que se diz que a culpabilidade no sistema de LISZT é psicológica, porquanto desprovida de elementos normativos.

[...] nesta teoria a metodologia naturalística aplicada despe a culpabilidade dos elementos normativos. Ao se renunciar aos elementos normativos, retira-se a

⁴⁷ Quando LISZT se refere à ação como algo de caráter naturalista, ele não faz qualquer referência ao direito natural, isso porque *naturalista* quer significar objetivamente observável, ou seja, fincado nas bases positivistas.

⁴⁸ Davi TANGERINO considera que para LISZT o homem mentalmente sãó é um sujeito epistêmico, sendo que sua racionalidade lhe permite apreciar a ilicitude da ação e conformar sua conduta aos valores protegidos pela norma penal, motivo pelo qual o conhecimento da norma é dispensável. (TANGERINO, 2014, p. 81).

consciência da antijuridicidade do dolo, que passa a ser concebido como pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato (BRANDÃO, 2015, p. 121).

A ação para LISZT, como visto, é decomposta em elementos objetivos (processo externo de causação do resultado) e em elementos subjetivos (dolo e culpa). Os elementos objetivos estão refletidos no injusto, sendo a culpabilidade, por seu turno, um retrato da parte subjetiva do crime, ou seja, puramente psicológica:

[...] a ação deve ser decomposta em dois componentes diferentes: de um lado, o processo causal externo (objetivo) e, de outro, o conteúdo da vontade interna (subjetivo) (JAKOBS, 2009, p. 190).

A imputabilidade para LISZT é pré-requisito para a análise da culpabilidade e se consubstancia na característica que tem o homem mentalmente são, capaz de se determinar pelas normas de conduta social (VON LISZT, 1899, p. 258):

para von Liszt o sujeito dispõe de um aparato psíquico normal, condição suficiente para apreender que um ato possa representar a contrariedade de um interesse juridicamente tutelado (TANGERINO, 2014, p. 76).

LISZT, demonstrando acima de qualquer dúvida razoável que a imputabilidade é para ele pré-requisito para análise da culpabilidade, escreve que “sem imputabilidade não há culpa, e portanto não pode haver crime” (VON LISZT, 1899, p. 262).

Especificamente sobre a condição de imputabilidade do adolescente, LISZT remonta ao Direito Romano para dizer que desde então há fixação de marco etário para inimputabilidade, no caso do Direito Romano aos 7 anos, e a partir dessa idade adotavam-se critérios sobre a capacidade de representação do adolescente.

Isto revela-se antes de tudo no modo de tratar a imputabilidade. Parece que ao antigo direito romano não repugnava a punição do ladrão impúbere. O direito romano posterior e o direito canônico mantiveram a impunidade do infans (até os sete anos completos); desta idade em diante o crime cometido por impúbere provocava o exame do caso concreto. [...] A legislação e a ciência do direito commum vacilavam, mas em geral mantinham a impunidade dos meninos; esta doutrina foi seguida pela grande maioria das novas legislações, variando as suas disposições sobre o limite da idade (VON LISZT, 1899, pp. 250, 251).

Analisando a capacidade de imputabilidade LISZT conclui que o amadurecimento dos indivíduos é realizado em momentos diversos e com gradações diversas, assim defende haver uma capacidade mínima, acima da qual é possível a imputação. Sustenta, ainda, que o problema surge quando o indivíduo que delinuiu atingiu a capacidade mínima, porém a tem

abaixo da média, como nos casos que envolvem adolescentes. Para estas situações Franz von LISZT cita que a legislação penal alemã previa escalas com mínimos de pena extremamente diminutos e sistemas de circunstâncias atenuantes (VON LISZT, 1899, p. 257, 258).

Com razão a legislação penal do Império absteve-se de fixar a ideia da imputabilidade. Deixou a solução do problema aos esforços da psicologia e da ciência do direito, limitando-se a indicar à administração da justiça alguns pontos de vista diretores. Não esgotou nem pretendeu esgotar a ideia da imputabilidade, quando exigiu aqui «o livre exercício da vontade» (C. p., art. 51), e ali «o discernimento necessário para a compreensão do caráter delituoso do fato» (C. p., §§ 56 a 58). (VON LISZT, 1899, p. 259).

Em síntese, sobre a categoria jurídico-penal da culpabilidade, LISZT considera que a imputabilidade é uma característica do “homem mentalmente são” (TANGERINO, 2014, p. 81) e que ela é pré-requisito para a análise da culpabilidade. A culpabilidade em sentido estrito, por seu turno, é desprovida de elementos normativos, sendo conformada apenas pelo dolo e pela culpa.

A concepção da dogmática penal proposta por Franz von LISZT, num esforço interpretativo que busca conformá-la aos adolescentes da atualidade, permitiria compreender que, excetuados os casos de saúde mental, o adolescente teria capacidade de culpabilidade, pois, como fruto da racionalidade, seria capaz de avaliar se seu agir se conforma aos valores compartilhados pela sociedade.

Entretanto, é preciso ter em vista que a sociedade hodierna é multicultural e heterogênea, sendo que os valores compartilhados são fluidos e de difícil intelecção pelo adolescente, sobretudo por ele se encontrar em uma fase de transição e experimentação de normas e limites. Assim, conquanto fosse possível em uma sociedade asséptica e normalizada, idealizada em um tubo de ensaio, que o adolescente mentalmente são fosse capaz de se conduzir conforme valores compartilhados, numa sociedade difusa e caótica tal compreensão deve ser sopesada diante da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por outro lado, se sobre a capacidade de culpabilidade sobressaem dúvidas acerca da possibilidade de transposição da concepção de LISZT para o adolescente da atualidade, melhor sorte não assiste à concepção de dolo natural, pois até mesmo um enfermo mental e uma criança agem dolosamente. Portanto, se como LISZT considerarmos apenas os elementos naturalísticos do dolo (representação e manifestação da vontade), não há dúvidas sobre a culpabilidade causalista do adolescente.

Em que pesem aos avanços apresentados pelo sistema causalista, sua base positivista não conseguiu resolver algumas questões centrais para a teoria do delito, como os crimes

omissivos. Apesar das deficiências em sua teoria, a importância de LISZT está assegurada na medida em que estruturou um sistema rígido capaz de fornecer as bases para o posterior desenvolvimento da dogmática penal. As bases do causalismo clássico são, inegavelmente, o ponto de partida para evolução da teoria do delito como verdadeiro instrumento de racionalização e limitação da sanção criminal.

3.2 Neokantismo

O movimento causalista neoclássico, também chamado de neokantista por ser um sistema referido a valores, sensível aos problemas do sistema LISZT, buscou ampliar os estreitos limites do método positivista para a compreensão do delito. Para tanto se valeu da constatação de que o método de estudo do direito, embora possa se valer de elementos das ciências naturais, deles se afasta quando exige a compreensão de categorias de entendimento que o homem possui *a priori*.

[...] o neokantismo defende que as coisas em si não podem ser conhecidas pelo ser humano senão por meio de categorias de entendimento que ele possui, as chamadas formas *a priori*. O conhecimento seria aplicação de tais formas à realidade sensível. A diferença, pois, entre ciências naturais e humanas não seria de objeto, porém de método, isto é, de quais formas *a priori* seriam empregadas na análise (TANGERINO, 2014, p. 83).

A virada kantiana refere-se à reaproximação entre ética e Direito Penal, e tem seu ressurgimento na obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs (Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade)*, de Reinhard FRANK, publicada em 1907⁴⁹. Tal obra introduziu na dogmática penal o conceito de reprovabilidade, que até os dias atuais persiste na análise da culpabilidade.

FRANK percebeu que nuances das situações concretas não eram abarcadas em sua inteireza pelos estreitos limites da culpabilidade conformada pelo sistema causalista clássico. Vale lembrar que no sistema causalista a culpabilidade era composta apenas por dolo e culpa, sendo a imputabilidade pressuposto de análise da culpabilidade e não elemento integrante desta. Ao revés, para o causalismo neoclássico a mera análise da culpabilidade a partir do dolo ou da culpa natural, desprovida de elementos normativos, é considerada como insuficiente.

⁴⁹ Utilizamos no presente trabalho a edição em língua espanhola traduzida do original alemão *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* por Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2002.

Para avaliar a culpabilidade, diria FRANK, não basta que a pessoa imputável (pressuposto da culpabilidade no sistema de LISZT) tenha agido com dolo, composto por seus elementos intelectual (representação) e volitivo (manifestação), é preciso compreender que “circunstâncias concomitantes” podem influir no agir do sujeito. Visando demonstrar a necessidade de recriar um sistema referido a valores, FRANK se ampara em exemplos teóricos e também em um caso julgado uma década antes pelo Tribunal do Império Alemão. Vamos a eles.

O primeiro exemplo dado por FRANK para demonstrar que não basta o dolo natural para a culpabilidade traz uma diferenciação entre a apropriação de dinheiro levada a efeito por um operador de caixa pobre e que tem família para sustentar e a apropriação levada a efeito por um indivíduo abastado e com inclinações luxuosas. Eis o exemplo de FRANK:

El cajero de un comercio y un portador de valores realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familiar, pro sí amoríos suntuosos. El primeiro, en cambio, se gana apenas la vida, tiene mujer enferma y numerosos hijos pequeños. A pesar de cada uno de ellos saber que se apropió ilícitamente de dinero ajeno, con relación al dolo no existe diferencia alguna (FRANK, 2002, p. 28).

FRANK defende que na situação narrada “todos dirão” que o caixa tem uma culpabilidade menor, ou seja, a partir do senso comum de justiça ele defende uma valoração conforme as condições de vida que inclinaram o sujeito à prática delitiva.

Para FRANK, entretanto, não são apenas as condições pessoais do agente, como sua origem ou educação, que podem influir na culpabilidade, pois há diferença de valorações até mesmo em delitos culposos. Diz ele ser menos culpável um funcionário que incide em erro após onze horas ininterruptas de serviço do que aquele que acabou de se apresentar para iniciar a jornada de trabalho (FRANK, 2002, p. 28-29).

Por fim, voltando aos exemplos dolosos, FRANK observa que a mãe que praticou um homicídio contra sua prole durante o puerpério é tratada de maneira mais complacente pela legislação alemã se comparada à resposta dada ao assassino comum. Entretanto, nas duas situações o dolo natural é exercido de maneira análoga (FRANK, 2002, p. 30).

As circunstâncias concretas do fato - que nos exemplos dados podem ser referentes ao modo de ser do agente (inclinações luxuosas), podem decorrer de situações conjunturais (cansaço causado por trabalho excessivo) ou mesmo de índole psicofísica (estágio puerperal) - são chamadas por FRANK de “circunstâncias concomitantes”. FRANK Continua sua análise dizendo que, se tais “circunstâncias concomitantes” em muitos casos podem atenuar a pena

diante da previsão legislativa, em outros podem ter a “capacidade de excluir a culpabilidade” (FRANK, 2002, p. 30).

A análise dos três exemplos cunhados por FRANK para demonstrar que a culpabilidade não se resume ao dolo e à culpa deixa clara a incidência em sua teoria de um juízo moral sobre a conduta do agente. Essa análise moral é o ingrediente principal da visão da culpabilidade como reprovabilidade.

O fundamento primeiro para legitimar a culpabilidade como juízo de reprovação reside no conceito de liberdade, pois somente o homem livre para escolher entre vários cursos de ação pode ter sua conduta reprovada. A faculdade de escolha entre possibilidades já era conhecida na filosofia grega como *prohairesis*⁵⁰, e era uma característica que distinguia o homem dos demais seres vivos.

Remontando à faculdade de escolha elaborada pelos gregos, o Tribunal do Império Alemão, no fim do século XIX, decidiu o célebre caso *Leinenfänger* (cavalo que não obedece às rédeas). Na oportunidade, entendeu-se que é inviável a realização de um juízo de reprovação em desfavor do agente nas situações concretas em que não lhe seja facultada a liberdade de escolha. Na decisão proferida pelo Tribunal do Império um cocheiro, réu no processo, foi absolvido sob o argumento de que não lhe era exigível conduta diversa⁵¹.

Especialmente instructiva es la sentencia de la Cuarta Sala Penal del 23 de marzo de 1897 (*Sentencias*, vol. 30, p. 25), que trató del siguiente caso: El acusado, cocher de una cochería, tenía que guiar dos caballos, uno de los cuales era conocido por él y su patrón como “atrapador de riendas” (*Leinenfänger*). En uno de los viajes que el acusado debía realizar bajo especial orden de su patrón, el caballo consiguió pellizcar la rienda con su cola. En los intentos frustrados del acusado para recuperar la rienda, los caballos se alteraron; el acusado perdió totalmente el dominio sobre la yunta, la cual se desbocó y atropelló a un herrero que caminaba a un lado del camino, provocándole la quebradura de una pierna (FRANK, 2002, pp. 42, 43).

Caso analisássemos o processo *Leinenfänger* sob a estrita ótica da culpabilidade psíquica descrita por von LISZT, a condenação do cocheiro seria medida necessária, pois a culpa natural estava presente em sua ação - em outras palavras, o sistema de LISZT se

⁵⁰ “De fato, todos os tópicos que Aristóteles discute em conjunto com a voluntariedade em EN III.1-5 (assim como em EE II.6-11) dizem respeito ao exercício do caráter. Após fornecer a sua explicação de voluntariedade e involuntariedade em EN III.1, ele define *prohairesis* (decisão, escolha, intenção) em III.2, deliberação em III.3 e vontade (*boulesis*) em III.4. A *prohairesis* é, do ponto de vista de Aristóteles, um aspecto do exercício do caráter. Efetivamente, ele define o caráter como uma ‘disposição que surge na *prohairesis*’ [...]. Uma *prohairesis*, como ele explica em EN III.2 e VI.2, é um desejo informado pela deliberação (cf. EE II.10.1226b5-20). A deliberação, por sua vez, é um raciocínio à luz de um fim (*telos*) (EN 3.1112b11-20; EE II.10.1226b9-13), e o fim é o objeto da vontade (*boulesis*).” (KRAUT, 2009, p. 134).

⁵¹ Embora a ideia inicial sobre a exigibilidade de conduta diversa possa ser abstraída das concepções de FRANK, coube a FREUDENTHAL a sua sistematização (ROXIN, 2006, p. 796).

submetia a uma estrutura lógica que não admitia análise valorativa como a feita pelo Tribunal do Império. Ao resgatar da filosofia grega o conceito de liberdade de escolha, o Tribunal do Império Alemão abriu as portas para a introdução de elementos normativos no conceito de culpabilidade que uma década mais tarde foram sistematizados por Reinhard FRANK na obra já referida.

Diferentemente do sistema causalista clássico, que considerava a imputabilidade como pressuposto para o conhecimento da culpabilidade, FRANK considera que a imputabilidade também é conteúdo da culpabilidade e sustenta que não é compreensível que a imputabilidade seja pressuposto do dolo, já que também um enfermo mental pode querer a ação (2002, p. 34).

Assim, onde o causalismo clássico via apenas dolo ou culpa natural na culpabilidade, FRANK enxergava imputabilidade, dolo ou culpa e circunstâncias concomitantes (FRANK, 2002, p. 37). As circunstâncias concomitantes à ação, como no exemplo do caixa e do portador de valores, como na comparação entre a mãe que mata o filho em estado puerperal e o assassino comum, como no exemplo do funcionário cansado e também no célebre caso do *Leinenfänger*, reforçam a defesa da culpabilidade como reprovabilidade.

FRANK, portanto, introduziu duas alterações sensíveis na categoria jurídico-penal da culpabilidade, se comparado ao sistema que o precedeu. A primeira foi a localização da imputabilidade agora não mais como mero pressuposto para análise da culpabilidade, mas como integrante do referido conceito. A segunda é representada pela constatação de que circunstâncias concretas, a que ele chamou “circunstâncias concomitantes”, influem na culpabilidade e de que em dadas situações, como no julgado do cavalo que não obedecia às rédeas, será inexigível do autor uma conduta diversa.

Ao lado de Reinhard FRANK, James GOLDSCHMIDT, alguns anos mais tarde, em 1930, também contribuiu para a construção do conceito normativo de culpabilidade a partir da concepção de exigibilidade do comportamento segundo a norma. Ricardo C. NÚÑEZ, em artigo introdutório ao livro *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, entende que GOLDSCHMIDT fundamenta sua culpabilidade em Kant, para quem a legislação comporta duas partes, a primeira das quais prescreve a ação que se deve executar e a segunda representa um nexos subjetivo a partir da representação da lei (NÚÑEZ, 2007, p. 81).

Em termos mais simples, GOLDSCHMIDT entende que a todo imperativo jurídico corresponde uma representação realizada pelo indivíduo (“norma de motivação”, também chamada de “norma de dever”), e é a partir dessa representação que nasce a exigibilidade do atuar. Entretanto, apesar de beber na fonte kantiana, a concepção de GOLDSCHMIDT se afasta do “imperativo categórico”. O imperativo categórico kantiano exige que os motivos de

nossas ações estejam desprovidos de fins utilitaristas - por exemplo, se deixo de falar ao celular quando conduzo o meu carro por receio da multa, minha ação não será moral. Ao revés, se conduzo o meu carro sem falar ao celular por achar isso correto, sem me preocupar com o utilitarismo da ação, minha conduta será moral. Nos dizeres de SANDEL (2012):

Se a ação for boa em si, e, portanto, necessária para uma vontade que, por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo nesse caso será categórico. [...] Somente um imperativo categórico, segundo Kant, pode ser considerado um imperativo da moralidade (SANDEL, 2012, p. 151).

A “norma de dever” ou “norma de motivação” para GOLDSCHMIDT, por sua vez, impõe o comportamento segundo a norma para os indivíduos que não pretendem assim se comportar por outros motivos:

La “norma de deber” no es un imperativo categórico, en el sentido de que exija al individuo motivarse por la representación del deber en todas las circunstancias para que no haya culpabilidad. La “norma de deber” es una norma “hipotética”, esto es, sólo exige al individuo que se motive por la representación del deber jurídico si no está ya decidido a obedecer a la ley por otros motivos. [...] En otras palabras, dicha norma no está al servicio de la ética, sino del derecho (NÚÑEZ, 2007, p. 82).

A introdução da inexigibilidade de conduta diversa na categoria da culpabilidade, como visto, remonta à aproximação de um juízo moral sobre a conduta do indivíduo. Assim, se o fundamento original da culpabilidade como juízo de reprovação nasceu a partir da análise da *prohairesis* resgatada da filosofia grega, é legítimo concluir que os elementos normativos da culpabilidade, todos eles e não só a inexigibilidade de conduta diversa gravitam em torno da liberdade de escolha. Portanto, também a imputabilidade pode ser compreendida sob referido prisma.

Ora, se a capacidade de culpabilidade representada pela imputabilidade, desde sua origem no Direito Romano, exige um juízo normativo da capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento, é inegável que tal compreensão esteja umbilicalmente ligada à liberdade, pois ausente tal capacidade, ausente estará a liberdade no agir.

Além da consagração, externada por FRANK, da culpabilidade como reprovabilidade, no rearranjo por ele proposto na teoria do delito destaca-se que a culpabilidade passou a ser composta pela imputabilidade, pelo dolo ou culpa e pela inexigibilidade de conduta diversa.

A análise da obra de FRANK demonstra que o processo de reintrodução de valores na análise do delito flexibilizou as rígidas estruturas formais cunhadas pelo ideário positivista-

naturalístico. Enquanto a sistematização proposta inicialmente por LISZT buscou dar estabilidade a partir da criação de um sistema desprovido de análises casuísticas que, por ser lastreada no método científico positivista, asseguraria a repetição de soluções iguais, mantidas as mesmas condições, FRANK, em uma verdadeira virada kantiana, propiciou o estremecimento da rigidez do referido sistema, causando impactos que perduram até hoje na dogmática penal.

Os impactos a que nos referimos têm a ver com a concepção da culpabilidade como reprovabilidade, pois tal concepção abriu a porta para nova adoção de um olhar moral sobre o agente de práticas criminosas. O próprio FRANK, como alertou Nilo BATISTA (2011, p. 170), não desconhecia que a palavra *reprovabilidade* estava em “franca colisão com um dos pilares do penalismo ilustrado, a radical separação entre direito e moral”. A advertência de BATISTA é perfeitamente comprovável no seguinte trecho da obra de FRANK, em que ele se rende à palavra *reprovabilidade* mesmo sabendo que esse não é o termo ideal.

En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor (FRANK, 2002, p. 39).

Por outro caminho que não o da pura crítica, Enrique Cury de URZÚA busca a compatibilização entre um sistema referido a valores e as balizas rígidas que devem dotar de segurança a teoria do delito:

De la misma manera en que no existen hechos jurídicamente relevantes que no sean portadores de connotaciones normativas, las puras normas tampoco son capaces de generar una entidad con significación jurídica, si no se las considera en su relación con la realidad que pretenden ordenar (URZÚA, 2011, p. 84).

Em nosso sentir, embora o sistema referido a valores reintroduzido no Direito Penal por Reinhard FRANK tenha seus méritos por estender os limites assépticos do causalismo clássico, o juízo de reprovação por ele defendido repercutiu ao longo da evolução da dogmática, induzindo cientistas, estudantes e profissionais do Direito a julgamentos morais que não se coadunam com o moderno Direito Penal do fato.

Por outro flanco, transpondo para os dias atuais os juízos normativos reintroduzidos por FRANK na teoria do delito, a partir da valoração da liberdade de ação é possível entender que a inimputabilidade penal do adolescente não tem origem na incapacidade de ação conforme a norma, pela falta de entendimento do caráter ilícito do fato e de capacidade de

agir conforme esse entendimento. Isso porque, ressalvados os adolescentes com questões de saúde mental, os demais sabem muito bem o que fazem quando delinquem, sabem o caráter ilícito da ação e mesmo assim optam por agir.

Entretanto, como veremos com mais profundidade nos capítulos subsequentes, as condutas do adolescente, como ocorre com as “circunstâncias concomitantes” defendidas por FRANK, sofrem o influxo de outras circunstâncias que, se não condicionam, ao menos influem no agir.

O adolescente é, conforme princípio expresso no artigo 6.º do ECA, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Mas o que afinal o legislador pretendia ao prever tal expressão? O significado comum da palavra já nos diz algo: “*peculiar* [...] é atributo particular de uma pessoa ou coisa; especial, próprio (FERREIRA, 2009, p. 1517)”. Assim, o que o legislador constata e expressamente consagra na legislação é que o adolescente se encontra em uma situação particular, de alteração de todo o seu organismo, quer de seu corpo, quer de sua mente.

Nessa fase de transição o adolescente busca desgarrar-se de seu corpo de criança para assumir a vida adulta, e nesse processo por vezes esbarra em alguma conduta considerada infracional. Portanto, o contributo de FRANK para nossa análise sobre a estrutura do ato infracional se faz na medida em que efetuamos um paralelo entre o que no início do século XX ele chamou de “circunstâncias concomitantes” e o que em nossa legislação infracional se denomina “princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

3.3 Finalismo

Preocupado com a flexibilização trazida por um excesso de normatização presente no movimento neokantista, Hans WELZEL cunhou sua teoria do delito a partir de estruturas lógico-objetivas (URZÚA, 2011, p. 82). Referidas estruturas atendem ao mandamento das leis da natureza e por isso limitam o legislador, já que decorrem da observação do que acontece no mundo real. Entretanto, de início é importante que fique bem claro que a existência de estruturas lógico-objetivas nada tem a ver com o Direito Natural⁵².

⁵² O Direito Natural tem inegavelmente em seu cerne a realização de juízos de valor, apesar da recusa a tal conclusão pelos jusnaturalistas. Isso porque não há características inerentes à natureza humana que são compartilhadas por todos os povos em todos os períodos. O que há, em verdade, é a valoração dos interesses para, posteriormente, se dizer que tais interesses decorrem da “natureza humana”. O direito à vida, por exemplo, apenas para ficar no mais valioso dos bens, decorre de um juízo de valor sobre sua essencialidade, embora os jusnaturalistas digam que esse caráter valioso é inerente à natureza humana (CEREZO MIR,

Como bem explicado por HASSEMER: “Welzel basó su sistema final del hecho punible en la Ontología, es decir, en la estructura visible de lo existente, del mundo” (1984, p. 282). As estruturas lógico-objetivas de WELZEL, portanto, não são decorrentes de uma valoração, mas sim da estrita verificação objetiva pelas leis que disciplinam a natureza das coisas. Dentre as principais estruturas lógico-objetivas traçadas por WELZEL, destacam-se os conceitos de ação final e culpabilidade.

Na apresentação da versão em espanhol do livro de WELZEL⁵³, Gonzalo D. FERNÁNDEZ anuncia o giro metodológico causado pelo finalismo nos seguintes termos:

[...] comenzó a elaborar un sistema de derecho penal de base ontológica - explícitamente fundado en las denominadas “estructuras lógico-objetivas da realidad” (*sachlogische Strukturen*) - que vino a impugnar el relativismo valorativo del neokantismo y le impuso a la teoría del delito un inesperado giro metodológico (FERNÁNDEZ, 2004, p. 12).

WELZEL entende que a ação humana é dirigida a uma finalidade e que para o indivíduo ser culpável ele deve ter a possibilidade de agir de outro modo. Estas são as principais verificações lastreadas na causalidade física introduzidas por WELZEL na teoria do delito.

Embora o foco da digressão realizada na história evolutiva da dogmática penal esteja voltado para as diversas concepções de culpabilidade, o ponto central da proposta de WELZEL está no conceito de ação humana como exercício de atividade final e não apenas causal.

La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. [...] *La finalidad es, por ello - dicho de forma gráfica - “vidente”, la causalidad, “ciega”* (WELZEL, 2004, p. 41, destaque nosso).

Para embasar o conceito final de ação, WELZEL apresenta críticas ao modelo causalista dizendo que LISZT inverte completamente a relação entre vontade e ação (2004, p. 52). WELZEL defende que a vontade tem função constitutiva da ação, tanto assim que somente se pode perquirir um homicídio tentado, por exemplo, quando já se tem a vontade final inserida na ação. Ao revés, se limitarmos o injusto à concepção objetivo-causal proposta

2004, p. 2).

⁵³ Utilizamos no presente trabalho a tradução em língua espanhola do original alemão *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, realizada por José Cerezo Mir. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

por LIZST, seria impossível conceber o homicídio tentado, já que da ação não adveio o resultado (relação causal). WELZEL considera que o dolo é uma espécie de vontade final voltada para a realização das circunstâncias de um tipo legal e que, portanto, como elemento da ação, é parte integrante do tipo.

Siguiendo el camino iniciado por Dohna, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, su lugar apropiado, como una especie de la voluntad final de la acción, en el tipo (subjetivo) de los delitos dolosos (WELZEL, 2004, p. 131).

Portanto, Hans WELZEL não acresceu nenhum elemento novo na dogmática penal, tal como fez Reinhard FRANK durante o neokantismo. O que ele propôs foi uma reordenação dos elementos da teoria do delito, a começar pelo dolo e pela culpa. Entendendo que o agir do homem é direcionado para uma finalidade, ele conseguiu demonstrar que o dolo e a culpa devem ser localizados na tipicidade e não na culpabilidade.

Não obstante o deslocamento do dolo natural da culpabilidade para a tipicidade, o próprio WELZEL diz que a doutrina da ação final admite, em certa medida, o duplo posicionamento desse elemento tanto no tipo quanto na culpabilidade:

La polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista no versa, sin embargo, sobre el problema de si el dolo pertenece también a la culpabilidad (como su posible portador), sino sólo sobre si pertenece únicamente a la culpabilidad (WELZEL, 2004, p. 129).

Esse duplo posicionamento é possível de verificar diante da manutenção, na culpabilidade, do elemento normativo do dolo. O que WELZEL fez foi deslocar o dolo natural (com seus elementos intelectual e volitivo) para a tipicidade, mantendo na culpabilidade o elemento normativo do dolo, qual seja, a consciência potencial da ilicitude.

Con la inclusión del dolo en el tipo no se le quita a éste ningún elemento objetivo, ni queda, por tanto, subjetivado en lo más mínimo; por otra parte el objeto de reproche de la culpabilidad no queda reducido, en absoluto, puesto que la actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento constitutivo de la reprochabilidad; con ello se destaca, sin embargo, claramente todo el contenido objetivo y subjetivo de la acción típica; así como la esencia y los elementos constitutivos de la culpabilidad (WELZEL, 2004, p.132).

Todavía, importa salientar que WELZEL deixa bem vincado que os elementos subjetivos-anímicos pertencem ao injusto, concluindo que “en este proceso no se ha perdido

ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado debido al conocimiento de la estructura final de acción” (WELZEL, 2004, p. 131).

Culpabilidade para WELZEL é a reprovação da decisão baseada na vontade, e exatamente por isso é preciso também perquirir se o agente pôde agir de outro modo. Esse elemento da culpabilidade (poder agir de outro modo) pressupõe não só que o agente seja imputável mas também que seu agir tenha sido livre. A questão do agir livre (livre-arbítrio) é abordada por WELZEL em três perspectivas: antropológica, caracteriológica e categorial.

Na perspectiva antropológica, a partir do pensamento evolucionista de Darwin, WELZEL considera que em relação aos animais irracionais a natureza não apenas indica o destino como ela própria o realiza. Já o homem, com sua vontade, tem a capacidade de romper a barreira da mera necessidade e ser autor de seu destino (WELZEL, 2004, p. 136).

Sob o aspecto caracteriológico, WELZEL defende que os impulsos também podem ser dirigidos:

La significación insustituible de la función de dirección de la voluntad, orientada en el sentido, consiste, sin embargo, en que hace posible una nueva configuración de la vida humana de acuerdo con la verdad, el sentido y el valor y permite, con ello, al hombre la regulación de sus impulsos, que le está confiada de modo responsable después de la desaparición de los instintos biológicos (WELZEL, 2004, p. 139).

Por fim, em relação ao aspecto categorial, WELZEL rechaça o argumento de que o resultado possa ser decorrente de conexões cegas anteriores. Ele diz que é a finalidade a reitora do resultado, embora as conexões anteriores possam ter algum reflexo na causalidade. Uma análise equidistante demonstra que WELZEL não nega o determinismo, porém o considera manipulável pela sapiência do homem, expressa através de sua vontade final:

Dicho de otro modo: si el conocimiento ha de ser posible, el sujeto cognoscente no puede ser únicamente objeto del juego de sus impulsos, sino que tiene que tener la capacidad de comprender el impulso del conocimiento como una tarea plena de sentido, que debe ser afirmada frente a los impulsos contrarios, es decir, de asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento (WELZEL, 2004, p. 143).

Além do livre-arbítrio, o outro elemento responsável por verificar se o homem tinha a capacidade de agir de outro modo é a imputabilidade. Esse elemento, considerado por WELZEL como a “capacidade concreta de culpabilidade” (2004, p. 146), é fluido diante da variação psíquica entre os indivíduos. Tanto assim que os psiquiatras evitam responder cientificamente às perguntas sobre tal capacidade, limitando-se a constatar determinados

estados anormais do espírito, isso porque, no dizer de WELZEL, “[...] no es posible de objetivación la subjetividad del sujeto” (WELZEL, 2004, p. 146).

A saída vislumbrada por WELZEL para a falta de precisão da imputabilidade é a formulação de um juízo negativo, excluindo-se todos aqueles que não são capazes de autodeterminação plena, como os adolescentes e os portadores de anormalidade mental. Entretanto, importa perceber a sutileza da formulação, pois afastar a imputabilidade daqueles que não tem autodeterminação plena não significa que esse grupo de pessoas não tenha capacidade de compreensão do injusto e de atuação conforme essa compreensão, mas apenas que essa capacidade é diferenciada.

WELZEL admite que a “capacidade de culpabilidade” é inverificável e, por mera opção política, o critério para designar alguém como inimputável é feito por um juízo negativo. Assim, mesmo a partir das conclusões do ícone do finalismo é possível compreender como a questão da inimputabilidade do menor de 18 anos é tratada de forma equivocada.

Uma incursão na perspectiva de WELZEL nos permite concluir que o adolescente tem capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento, porém tal capacidade sofre o influxo de outros fatores. A capacidade de culpabilidade (para usar a expressão de WELZEL) não está ausente no adolescente, sendo apenas diferenciada. O resultado dessa fórmula é a exclusão da punibilidade tradicional por não terem os adolescentes a mesma “autodeterminação plena de sentido” (WELZEL, 2004, p. 147).

Diante de tudo o que foi exposto, a contribuição de Hans WELZEL para a dogmática penal está na revelação das estruturas lógico-objetivas que lhe permitiram uma reordenação do sistema. Essa reordenação está no deslocamento do dolo e da culpa natural para a tipicidade, mantendo na culpabilidade o elemento normativo da consciência potencial da ilicitude.

O poder agir de outro modo pressupõe o livre-arbítrio e a imputabilidade, que pela sua inverificabilidade é um juízo negativo que exclui os casos em que não há autodeterminação plena. Sucede que esse juízo negativo não significa que tais pessoas sejam desprovidas da capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e da capacidade de comportar-se conforme esse entendimento. Assim, a constatação de que a autodeterminação dos adolescentes é influenciada por outros fatores apenas possibilita a exclusão das consequências penais, abrindo-se a porta para a discussão sobre uma imputabilidade diferenciada, que exporemos como proposta no Capítulo 5.

3.4 Pós-finalismo

A evolução da teoria do delito, do causalismo para o finalismo, possibilitou a formação de um sistema com alto grau de racionalidade que, não obstante tenha se revelado importante para a consolidação do Direito Penal enquanto ciência, o afastou, em alguma medida, da realidade social (BREIER, 2004, p. 98). Isso porque as soluções uniformes da teoria do delito, embora ajam como limitadoras do poder punitivo, não são capazes de abarcar toda a vastidão das possibilidades de interação social. Eugênio Pacelli de Oliveira, na apresentação do *Tratado de Direito Penal* de JAKOBS, adverte:

De todo modo, pode-se afirmar que todo sistema de conhecimento, ao menos enquanto organizado como tal (sistema), não pode manter-se desatrelado de suas finalidade ou de suas valorações (nos sistemas culturais e sociais) que o fundaram, sob o risco de se afastarem de sua legitimação material, que não pode ser obtida unicamente por meio de procedimentos dedutivos, próprios de certo tipo de lógica formal (OLIVEIRA, 2008, X).

Ainda sobre o distanciamento entre a teoria do delito e a realidade sociocultural em que ela é aplicada, Juan BUSTOS RAMÍREZ sustenta que há certo consenso mundial acerca da necessidade de ampliar a análise do delito, que deverá ser feita sob o filtro da realidade em que ele ocorre.

En todos los países resurgió un fuerte movimiento que buscaba desentrañar el por qué de la intervención punitiva del Estado y al mismo tiempo sus límites con lo cual ya el análisis lógico formal de la norma no era suficiente en modo alguno, sino que resultaba imprescindible un análisis político de cada sistema jurídico y por tanto de su imbricación con la realidad (BUSTOS RAMIREZ, 2016, p. 10).

A digressão histórica sobre a evolução da teoria do delito nos dá a exata noção de que a sua construção, embora dialética, é também cíclica, sobretudo em relação à presença de elementos normativos. O causalismo clássico não conhecia elementos normativos, situação que se alterou durante o neokantismo com a conceituação da culpabilidade como reprovabilidade. O finalismo, por sua vez, freando o avanço dos elementos normativos a partir das estruturas lógico-reais, deu o tom para a retomada do predomínio dos elementos naturalísticos na teoria do delito. Assim se desenvolveu ao longo do século XX a teoria do delito, ora dando maior ênfase aos elementos naturalísticos, ora aos elementos normativos.

Para não fugir à regra histórica, o movimento dos teóricos pós-finalistas recobrou a ênfase dada aos elementos normativos. O principal movimento pós-finalista, denominado funcionalista por se referir às funções do Direito Penal, tem como expoentes os professores

alemães Günther JAKOBS e Claus ROXIN. A perspectiva funcionalista inicia-se com um novo giro paradigmático ao substituir a secular análise da relação de causalidade pela imputação objetiva⁵⁴, lastreada em uma concepção estritamente normativa decorrente da teoria do risco. Além disso, a culpabilidade é atrelada aos seus fins, quer para manter a confiabilidade normativa, quer sejam os fins relacionados com a necessidade de pena.

HASSEMER, BUSTOS RAMÍREZ e ZAFFARONI também representam o pós-finalismo. Cada qual a seu modo identifica que o clássico fundamento material da culpabilidade, ou seja, a possibilidade de agir de outro modo, encontra-se em aguda crise.

Talvez tenhamos que renunciar, definitivamente, ao conceito de culpabilidade, tão central na civilização judaico-cristã ocidental, para tentar salvar de toda contaminação moral o conceito moderno de responsabilidade (BATISTA, 2011, p. 178).

Os autores pós-finalistas, alguns deles cujos pensamentos serão anunciados adiante, em síntese tangenciam o conteúdo material da culpabilidade, que desde antes do causalismo clássico tem estreita relação com o livre-arbítrio. O relativo consenso sobre a indemonstrabilidade do livre-arbítrio, portanto, pode ser considerado o mote dos pós-finalistas para a remodelação do conceito de culpabilidade.

⁵⁴A imputação objetiva permite a exclusão da causalidade quando o agente não incrementa um risco proibido ou, também, quando a ação reduz tal risco; alguns exemplos fornecem o substrato para sua compreensão. O primeiro deles, sobre incremento do risco, diz respeito a uma pessoa que presenteia um inimigo com uma viagem à Flórida porque viu no jornal que naquele local houve assassinatos de turistas. Nesse caso não há incremento do risco, pois ele é irrisório considerando-se os milhões de turistas que voltam para suas casas ilesos (ROXIN, 2002, p. 12). Sobre a diminuição do risco, imagine-se que João vê um atirador apontar a mira de sua arma para Aline e assim, de maneira concomitante ao disparo, João empurra Aline, que cai ao solo lesionando-se. Nesse caso João, embora tenha lesionado Aline, diminuiu o risco de ela ser alvejada por um disparo fatal.

Vistos à luz do finalismo, os exemplos dados também se resolveriam na tipicidade, pois o dolo exige que a vontade seja capaz de realizar o resultado. Portanto, como a pessoa que comprou a passagem não tem a capacidade de realizar o eventual homicídio, não há adequação ao tipo subjetivo. Já no segundo caso não há que se falar em dolo de lesionar, pois o agente busca exatamente o contrário, ou seja, a vontade é a de proteger a integridade física ou a vida da vítima.

O que a imputação objetiva faz é o mero deslocamento da análise do tipo subjetivo para o tipo objetivo. Todavia, quer no finalismo, quer na imputação objetiva, a solução será a exclusão da tipicidade, o que esvazia a alteração proposta pela imputação objetiva (BRANDÃO, 2015, p. 48).

LISZT já dizia no final do século XIX que deve se diferenciar dolo e desejo: “Este supõe a representação de mudanças futuras, mas não a representação da relação causal entre a ação presentemente emprehendida e taes mudanças. Eu posso, por exemplo, desejar (sem me propor a faze-lo) que o meu inimigo pereça em uma viagem por via férrea ou ás montanhas a que o determinei, ou que o raio fulmine a arvore sob que elle se collocou a conselho meu; bem como é meu desejo, e não meu dolo, tirar a sorte grande por meio do bilhete que comprei” (VON LISZT, 1899, p. 272).

3.4.1 O funcionalismo sistêmico-radical de Günther JAKOBS

JAKOBS ficou conhecido mundialmente pela sua teorização acerca do Direito Penal do inimigo, fazendo referência aos “indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos” (JAKOBS, 2007, p. 29). Porém nos interessa apenas a análise do que ele chamou de Direito Penal do cidadão, que é aplicado àquele que, por exclusão, não é considerado “inimigo”, ou seja, o Direito Penal atinente ao infrator “comum”.

Para JAKOBS, numa acepção que remonta a Hegel, a função do Direito Penal é garantir a validade da norma, contestada pelo ato delituoso. Destaca-se que na perspectiva hegeliana o crime é a negação do Direito e a pena seria a negação da negação do Direito, restabelecendo-se, assim, a validade da norma:

Na dialética da negação do direito, o elemento que faz com que o direito se reconcilie consigo mesmo é a sanção; especificamente no crime, a pena (SALGADO, 1996, p. 355).

A norma é peça-chave na construção da teoria do delito para Günther JAKOBS, sendo ela, a norma, o bem-jurídico penal a ser tutelado. Assim, JAKOBS distancia-se da clássica conceituação de bem jurídico penal⁵⁵, ou seja, afasta-se da identificação do bem jurídico penal como os interesses centrais do homem em sociedade⁵⁶.

A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia das normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. *Por isso* - contrariando, porém, a linguagem usual - *pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas sociais frente à decepção* - solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática (JAKOBS, 2008, p. 61, destaque nosso).

JAKOBS considera que aquilo comumente chamado de bem jurídico-penal é, na verdade, um fato valorado. Por exemplo, a vida pode chegar ao fim por senilidade, por doença

⁵⁵ Em 1834 BIRNBAUM já diferenciava bem jurídico e proteção à norma: “Si se quiere considerar el delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho” (BIRBAUM, 2010, p. 57).

⁵⁶ “[...] o Direito Penal deve assegurar, como ultima *ratio* e respeitando todos os direitos fundamentais, a convivência livre e pacífica dos cidadãos. Se se parte dessa finalidade, deve-se entender por bem jurídico tudo o que for indispensável para cumpri-la. Bens jurídicos são, portanto, a vida, a integridade física e sexual, a liberdade etc., mas também - como bens jurídicos da coletividade -, por ex., uma justiça que funcione, uma moeda autêntica ou um meio ambiente intacto, sem os quais é impossível uma vida juridicamente segura e com saúde” (ROXIN, 2014, p. 46).

ou pela prática de um homicídio, sendo apenas esta última circunstância valorada no âmbito jurídico-penal. Portanto, o bem jurídico-penal que merece ser protegido é a norma que veda o homicídio, e não a vida em si. O professor de Bonn separa o que é bem jurídico-penal (exemplo norma que proíbe matar) do objeto da ação (a vida):

Não é a causação de uma morte que configura a lesão de um bem jurídico-penal (trata-se de mera lesão a um bem), mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável. [...] É somente essa visão que eleva o bem jurídico-penal ao plano no qual a interação social se realiza por intermédio do Direito Penal: o da significação do comportamento (delitivo) enquanto negação do significado das normas e da adesão ao significado normativo por meio da reação punitiva (JAKOBS, 2008, p. 63).

A separação entre bem jurídico-penal e objeto da ação é fundamentada por JAKOBS na medida em que o Direito não é capaz de restaurar as consequências do objeto da ação, ou seja, a pena não é capaz de trazer de volta a vida violada por um homicídio. Entretanto, por outra via, a pena seria capaz de restabelecer a confiabilidade do sistema penal, violado com a ação delituosa:

Não é por suas consequências externas que a violação normativa representa um conflito relevante do ponto de vista jurídico-penal, pois o Direito Penal não pode sanar as consequências externas (JAKOBS, 2008, p. 25).

A elevação da norma ao patamar de bem jurídico-penal a ser protegido legitimou a teoria de JAKOBS. Em síntese, sustenta ser a função do Direito Penal a proteção da norma para a manutenção das expectativas sociais, ou seja, “pune-se com a finalidade de manter a confiança geral na norma, de exercitar o conhecimento geral da norma” (JAKOBS, 2008, p. 689).

O professor de Bonn considera que a pena não tem como destinatários apenas criminosos em potencial. Assim, a pena teria a função de *exercitar a confiança normativa* de todo o corpo social. Além disso, as consequências aflitivas da pena têm caráter contramotivador, e por isso a pena tem capacidade de *exercitar a fidelidade jurídica*. Por último, a pena mostra de antemão a correlação entre o comportamento e a sanção, e assim permite *exercitar a aceitação das consequências* (JAKOBS, 2008, p. 32).

Já que a função é de garantia de estabilização das normas penais, seria possível conceber, em princípio, que o adolescente também necessitaria ser apenado. Entretanto, o próprio JAKOBS exclui de sua análise a necessidade de sancionamento dos inimputáveis, por não terem eles capacidade de se motivar pela norma.

Para ser criminoso, o autor deve fazer mais do que infligir um dano a uma pessoa qualquer dolosa ou negligentemente (isto é, em sentido técnico: de modo punível); mesmo crianças ou doentes mentais, por exemplo, podem lesar alguém (novamente no sentido técnico da palavra) de modo punível, mas sem ter que responder pelo ato, já que sua conduta é considerada socialmente irrelevante (JAKOBS, 2008, p. 671).

Na perspectiva de JAKOBS, o sancionamento do inimputável seria desnecessário, pois não repercute na estabilidade do Direito Penal. Isso porque, como o inimputável não é capaz de compreender a norma e de comportar-se conforme esse entendimento, sua ação não ofereceria risco algum à manutenção do sistema. Assim, para JAKOBS, a aplicação da sanção só é possível em resposta ao ataque racional de uma pessoa imputável:

[...] a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato como ato de uma pessoa racional significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade (JAKOBS, 2007, p. 22).

Todavia, o Direito como ciência social aplicada não pode ser construído assepticamente, prescindindo da realidade que o circunda⁵⁷. No Brasil, por exemplo, a justificação de JAKOBS para a não imposição de pena ao adolescente não resistiria a uma análise mais acurada, quer pela diferença entre a idade eleita pelo legislador aqui e na Alemanha⁵⁸, quer pela realidade sociocultural de nosso país.

Em primeiro lugar, a imputabilidade penal aqui é fixada quatro anos mais tarde que a imputabilidade na Alemanha, sendo que lá subsiste um critério normativo para verificar a possibilidade de sancionamento do adolescente com idade entre 14 e 18 anos. Em segundo lugar, o argumento principal de que a imputação de pena ao adolescente não seria necessária porque a sua conduta não ofenderia a estabilidade do sistema não guarda consonância com a realidade nacional. Basta ver os sucessivos reclames para redução da imputabilidade, que se veem lastreados na alegada impunidade dos menores de 18 anos.

Portanto, como ciência social aplicada a teorização do Direito deve ser adequada à realidade em que é utilizada, o que demanda pronto rechaço, no Brasil, da premissa de JAKOBS de que é desnecessário o sancionamento do adolescente para manter a estabilidade

⁵⁷ “O diferencial do Direito assim concebido – como ciência e como prática social - é que todos os integrantes da comunidade jurídica, de modos diferentes, embora todos relevantes, participam de sua construção e desenvolvimento.” (MARÇAL, 2011, p. 76).

⁵⁸ Importa salientar que a inimputabilidade penal na Alemanha é fixada aos 14 anos:

“§ 19. Incapacidade de culpabilidade do infante:

É incapaz de culpabilidade quem, no momento da ação, ainda não tenha completado a idade de quatorze anos” (*Código Penal Alemão*).

do sistema. Se considerarmos como válida a premissa de JAKOBS de que a função da pena é garantir a estabilidade do sistema, tal estabilidade pode, sim, ser violada pelos atos infracionais cometidos pelos adolescentes, tanto que 87% da população, segundo dados do Datafolha, é favorável à redução da imputabilidade penal para 16 anos (PORTAL G1, 2015).

Todavia, importa destacar que um olhar menos ácido pode desvelar utilidade na tão criticada teoria de Günther JAKOBS, pois, se a função do Direito Penal é garantir a efetividade da norma através da sanção, a pena será desnecessária sempre que a efetividade da norma não estiver ameaçada.

Ademais, a análise funcionalista da necessidade de manutenção da estabilidade do sistema acaba abrindo espaço para a discussão de novas situações concretas em que se verifica a ausência de justificção para a imposição da sanção. No âmbito do ato infracional, por exemplo, é possível conceber situações concretas nas quais será desnecessária a imposição de uma medida socioeducativa quando se verificar que aquela comissão é um reflexo típico da adolescência e que não traz em si uma carga de ofensa à estabilidade normativa.

3.4.2 O funcionalismo racional-teleológico de Claus ROXIN

Seguindo também a trilha funcionalista, mas com concepção diametralmente oposta à de JAKOBS, Claus ROXIN concebe sua teoria do delito também a partir das funções do Direito Penal. Para ele, a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos (2014, p. 108), e para levar a efeito a aludida proteção deve-se verificar, à luz do caso concreto, se é necessária a imposição de uma pena.

De início, diversamente de JAKOBS, que considera o bem jurídico-penal a ser protegido a própria norma, ROXIN segue a linha tradicional para a conceituação dos bens jurídicos. Ele considera que os bens jurídicos são “dados imprescindíveis para a livre e pacífica convivência dos seres humanos sob a garantia de todos os direitos assegurados pela Constituição” (2014, p. 108). Portanto, o que JAKOBS considera como “objeto da ação”, ROXIN o considera como “bem-jurídico”, o que aproxima a concepção de ROXIN da conceituação tradicional.

Para ROXIN, a função de proteção da confiabilidade da norma proposta por JAKOBS não é acompanhada da análise valorativa sobre o conteúdo da norma a ser estabilizada (2014, p. 105). Nesse sentido, a proteção da norma vazia de conteúdo incursiona em terreno perigoso, pois a confiabilidade normativa poder ser colocada da mesma maneira a partir de

uma legislação democrática ou de uma legislação autoritária. A norma sem a valoração de seu conteúdo é o mesmo que um corpo sem alma, o que fragiliza a concepção de JAKOBS aos olhos de um Direito Penal que se pretende democrático⁵⁹.

Já para ROXIN não é qualquer situação de ofensa a bem-jurídico que deve ser protegida pelo Direito Penal, mas apenas as situações que não podem ser apaziguadas pelos demais ramos do Direito. Trata-se da expressa adoção do princípio da subsidiariedade - em outras palavras, o Direito Penal, por ser a *ultima ratio*, só pode ser acionado quando frustrados todos os demais meios de controle menos gravosos. Como bem descreve PRADO, o Direito Penal é um “arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente irrelevante” (2003, p. 149).

ROXIN propõe uma metamorfose da culpabilidade para o conceito de responsabilidade, agregando elementos normativos atinentes à verificação da real necessidade de pena. O referido autor descarta a função da culpabilidade como vínculo psicológico (causalismo clássico), como reprovabilidade (neokantismo) ou como imputação realizada para garantia da norma (funcionalismo sistêmico-radical de JAKOBS). Para ele, a culpabilidade é a realização do injusto pela pessoa capaz de possuir dirigibilidade normativa (2014, p. 111).

Todavia, além da culpabilidade como dirigibilidade normativa, ROXIN exige a filtragem acerca da necessidade concreta de aplicação da pena, dando origem ao que ele designa como responsabilidade, ou seja, para ROXIN responsabilidade é o mesmo que culpabilidade acrescida da necessidade concreta de pena.

Segundo minha teoria, a categoria sistemática que se segue ao injusto é não apenas a culpabilidade, como supõe a doutrina tradicional, mas também a necessidade preventiva de uma punição. Eu englobo esses dois pressupostos da punição num conceito superior: a responsabilidade (ROXIN, 2014, p. 113).

Haverá situações que, segundo ROXIN, mesmo perpassando as clássicas categorias jurídico-penais do delito, ainda assim não estará legitimada a aplicação de uma pena. Tais situações devem ser aquilatadas caso a caso, diante da realidade concreta. Em 2004, por exemplo, o chefe da polícia de Frankfurt ameaçou torturar um sequestrador para que ele entregasse a localização da vítima que, naquela altura, já se encontrava morta. Nesse caso

⁵⁹ “Evidentemente essa postura tem o mérito de afastar-se da do livre-arbítrio e da ideia de poder atuar de outro modo, em compensação, parte do criticável pressuposto da legitimidade absoluta da norma” (BUSATO, 2011, p. 256).

ROXIN entende que não seria necessária a imposição de uma pena, apesar de o chefe de polícia possuir dirigibilidade normativa (ROXIN, 2014, p. 115).

A primeira crítica que se faz à teoria de ROXIN pode ser condensada na explanação de que a ausência de balizas mais claras para a definição de quais situações estariam abarcadas pela necessidade ou não de uma sanção abre um flanco para um perigoso subjetivismo. É bem verdade que a funcionalização do Direito Penal tem substrato na limitação do poder de punir, porém a história nos mostra que outras soluções que na origem tiveram a mesma intenção se desgarraram de seus criadores para ser utilizadas como instrumentos do aparato repressor.

A reprovabilidade nascida em FRANK, por exemplo, tinha o condão de ser um dosador da culpabilidade a partir da verificação das “circunstâncias concomitantes”. As referidas circunstâncias que gravitam em torno do delito poderiam, em determinados casos, excluir até mesmo a culpabilidade, como no precedente *Leinenfänger* julgado pelo Tribunal do Império no final do século XIX. Sucede que o conceito de reprovabilidade ganhou asas, possibilitando modernamente julgamentos morais de cariz nitidamente subjetivistas, como sói acontecer com a noção de periculosidade ou da crescente existência de medidas de defesa social preventivas, em detrimento daquele que demonstra uma conduta reprovável.

Assim, como adverte PALMA (2005, p. 25), essa funcionalização do Direito Penal é problemática por introduzir na teoria do delito um terreno instável. A falta de clareza para a determinabilidade do conceito de necessidade de pena deixa a cargo do julgador, a partir de um senso comum de justiça, o reconhecimento da responsabilidade do agente, o que provoca rupturas no sistema, com a existência de soluções díspares para casos análogos.

Como se não bastassem as críticas de ordem teleológica, subsistem ainda críticas de ordem lógica, diante da desfuncionalidade do sistema proposto por ROXIN. Isso porque o sistema de responsabilidade proposto insere na análise da teoria do delito elementos referentes à consequência do delito, que é a pena. Portanto, há uma subversão de sentido ao incluir como pressuposto do delito aquilo que é consequência dele, a pena.

A grande fragilidade do conceito funcionalista de Roxin está na inversão das premissas do Direito Penal. Quando o autor propõe que a culpabilidade somente acarretará a pena se for concretizado um juízo de valor normativo acerca da necessidade preventiva da sanção penal, ele está, por conseguinte, afirmando que a culpabilidade precisa ser confirmada pelo juízo de valor normativo referente à finalidade da pena. Logo, como a culpabilidade é elemento do crime, o próprio crime fica condicional à necessidade da pena. Ora, nesta teoria há inversão das premissas da dogmática penal porque a pena, enquanto consequência jurídica do crime, não pode ser pressuposto deste último, que é a sua causa (BRANDÃO, 2015, p. 125).

No mesmo sentido:

Tampoco es posible sustituir la culpabilidad mediante los fines propios que se adscriban a la pena, pues ello implica un error en el planteamiento, ya que los fines de la pena no pueden sustituir sus presupuestos (RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 329).

Sobre a responsabilidade dos adolescentes, ROXIN admite expressamente que eles, na maioria das vezes, possuem dirigibilidade normativa. Observa, no entanto, que os adolescentes estão excluídos da responsabilidade penal porque os atos infracionais cometidos não representam uma ofensa socialmente relevante “aos olhos dos adultos”.

Lo correcto es estimar que se trata de una regulación de la exclusión de la responsabilidad que puede basarse bien en que el niño todavía no era normativamente asequible o bien que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. La experiencia de la vida enseña que los niños mayores la mayoría de las veces saben perfectamente que romper a pedradas cristales de ventana, hurtar, etc., no está permitido. A menudo los niños están también del todo en situación de poderse motivar por esas prohibiciones, de modo que la culpabilidad en sí habría de afirmarse. Pero como los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivoespecialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad (ROXIN, 2006, p. 847).

É indubitável que a realidade latino-americana demonstra que o adolescente pode se motivar pelas proibições; entretanto, como veremos no Capítulo 5, diferentemente das concepções de ROXIN, entendemos que não fica excluída a responsabilidade do adolescente por seus atos análogos a crimes ou contravenções. O adolescente responsável exige a construção de uma teoria própria, sobretudo porque os seus atos delituosos não são desprovidos de consequências e podem levá-lo, inclusive, à privação da liberdade.

A par das críticas, se o sistema proposto por ROXIN enfrenta dificuldades para ser aplicado a uma dogmática penal hermeticamente construída, as conclusões sobre a necessidade de aplicação de uma sanção podem adaptar-se aos atos infracionais. Importa destacar que o próprio ECA já traz dispositivos como a “remissão” (BRASIL, 1990, art. 126) e a “capacidade de cumprimento” (BRASIL, 1990, art. 112) que indicam a possibilidade de se avaliar, no caso concreto, a necessidade de aplicação de uma sanção socioeducativa.

3.4.3 A reprovabilidade forense de Winfried HASSEMER

A premissa de desenvolvimento do Direito Penal para HASSEMER está atrelada à orientação a ser adotada. Em vez de uma orientação voltada para a retribuição pelo delito e

expição da culpa, ele defende que o Direito Penal deve ser orientado por suas consequências (HASSEMER, 1984, p. 31). Para HASSEMER os fins do Direito Penal congregam tanto a estabilização das expectativas quanto a proteção de bens jurídicos; porém, diferentemente de JAKOBS, ele entende que o Direito Penal está voltado para a proteção dos bens jurídicos individuais⁶⁰.

HASSEMER sustenta que o injusto (tipicidade e antijuridicidade) apenas dá noção fragmentária do sujeito atuante, pois, ainda que exija conhecimento do autor, só o faz para qualificar o fato. Assim, apenas a culpabilidade é capaz de conceber um conhecimento sistemático sobre o autor (HASSEMER, 1984, p. 266). Sobre os elementos que compõem a culpabilidade, HASSEMER se baseia no direito positivo:

Sin embargo, el dolo y la imprudencia no son suficientes para fundamentar la imputación subjetiva. Igualmente elementales son otros tres presupuestos: el agente tiene que ser, en base a su desarrollo corporal (§ 19, StGB) y su salud corporal y mental (§ 20, StGB), capaz de culpabilidad, es decir, estar en situación de comprender la ilicitud del hecho y dirigir su actuar conforme a esa comprensión. Debe haber estado en situación de conocer la prohibición o el mandato que infringe con su acción (§ 17, StGB). Y, finalmente, debe también ser exigible el comportamiento obligado por el Derecho (ejemplos, p. §§33, 35, StGB) (HASSEMER, 1984, p. 268).

A imputabilidade, para HASSEMER, remonta aos clássicos elementos intelectualivo (capacidade e entendimento) e volitivo (capacidade de agir conforme). O adolescente, para o autor, estaria excluído do Direito Penal já que, por sua pouca idade, “carece de capacidad de conocer y dirigir” (1984, p. 268).

HASSEMER reconhece que a teoria do delito se estabilizou nas discussões dogmáticas acerca da tipicidade e da antijuridicidade, mas diz que a culpabilidade remanesce como uma categoria jurídico-penal indefinida:

El concepto de culpabilidad es una excepción entre los presupuestos de la punibilidad, constituyendo uno de los instrumentos más difíciles y oscuros del sistema juridicopenal (HASSEMER, 1984, p. 270).

⁶⁰ “É importante ressaltar, por fim, que o fato de Hassemer centrar a finalidade do Direito Penal na proteção de bens jurídicos individuais não significa que o autor seja contrário à tutela de bens supraindividuais. Ele não desqualifica, mas defende que estes sejam delimitados da melhor maneira possível, funcionalizados a partir de uma perspectiva individual” (OLIVEIRA, 2013, p. 58).

“Evidentemente, um código penal não pode renunciar, justamente, neste momento, aos bens jurídicos universais. Defendo para isso que eles sejam formulados tão precisamente quanto possível e que se deva funcionalizá-los a partir dos bens jurídicos individuais” (HASSEMER, 2007, p. 207).

Na relação conflituosa entre Direito Penal e política criminal, HASSEMER remonta a LISZT para dizer que o Direito Penal é a Carta Magna do delinquente. Para ele o Direito Penal deve servir de limite à política criminal, freando seus avanços ilegítimos (1984, p. 292)⁶¹. HASSEMER ressalta a importância da dogmática penal, já que ela representa mais um filtro à segregação⁶², pois a imputação pessoal tem a tarefa de obstaculizar medidas penais (HASSEMER, 2007, p. 203). Assim, a política criminal desenvolvida sem o anteparo e o limite da dogmática pode subjugar o infrator a interesses que pretendam corrigi-lo, tratá-lo ou dele se servir como intimidação para os demais (HASSEMER, 1984, p. 292):

[...] enquanto o sistema jurídico-penal impuser a supressão da liberdade (prisão preventiva, pena privativa de liberdade), a imputação individual do injusto e da culpabilidade será um elemento irrenunciável do Direito Penal do Estado de Direito (HASSEMER, 2008, p. 15).

Entregar o destino do infrator à política criminal, que pode ser moldada conforme os interesses preponderantes em determinada época e sociedade, é um caminho perigoso segundo HASSEMER⁶³. A um só tempo HASSEMER critica a concepção normativa de culpabilidade e a concepção funcionalista⁶⁴, já que a primeira abriu espaço para os interesses da política criminal:

El concepto normativo de culpabilidad ni frena, ni obstaculiza ya a nadie con sus confusos y difusos criterios y, en todo caso, no limita el potente interés policicriminal en el tratamiento y intimidación (HASSEMER, 1984, p. 293).

O ponto chave da concepção da culpabilidade como reprovabilidade é a liberdade de ação consubstanciada, segundo a construção de FRANK, GOLDSCHIMDT e FREUDENTHAL, pelo poder agir de outro modo. Porém HASSEMER recusa o normativismo da culpabilidade e, não podia ser diferente, busca atacar seu âmago ao concluir que “lo que tú hubieras hacer, no lo sabemos. [...] Pero para el tipo de reproche que hacemos, no tenemos ninguna necesidad de saber todo esto” (1984, p. 296). Assim, ele entende que é

⁶¹ Sob outro ponto de vista, a criminologia crítica opõe forte resistência à dogmática penal, sustentando que ela não foi capaz de entregar a promessa iluminista de segurança e igualdade, cumprindo na essência objetivos ocultos, os quais são aflorados a partir da seletividade penal (ANDRADE, 2014, p. 221).

⁶² “Para a concepção clássica, embora seja o Direito Penal uma medida de violência, ele é, porém, ao mesmo tempo, um instrumento da liberdade do cidadão” (HASSEMER, 2007, p. 194).

⁶³ “A solução por mim privilegiada dos problemas do Direito Penal moderno consiste no fato de que se retire, em parte, a modernidade do Direito Penal” (HASSEMER, 2007, p. 206).

⁶⁴ “[...] o Direito Penal moderno se desenvolveu até um determinado ponto no qual ele se tornou contraprodutivo, até mesmo anacrônico” (HASSEMER, 2007, p. 189).

impossível adentrar o interior do homem para saber se naquela situação concreta ele poderia atuar de outro modo.

Para fugir da indemonstrabilidade do livre-arbítrio HASSEMER chegou a cunhar a expressão *reprovação forense*, pois não é acessível ao julgador saber sobre a liberdade alheia: “Del mismo modo que hay una ‘verdad forense’, puede haber también un ‘reproche forense’” (1984, p. 297). A inacessibilidade cognitiva do poder agir de outro modo não impede, segundo HASSEMER, à luz do processo de conhecimento, que se faça a “justa imputação” (HASSEMER, 2013, p. 222).

Em razão da indemonstrabilidade da possibilidade de ação por outro modo, HASSEMER se apega à legislação alemã para dizer que a norma positiva não exige tal verificação, mas apenas que se apure a ausência de alterações que fundamentariam a incapacidade de culpabilidade. Conclui que, em vez da necessidade de verificação positiva, se naquele caso o agente podia agir de modo diverso, o procedimento é negativo: basta a ausência de alterações que fundamentassem a incapacidade de culpabilidade (HASSEMER, 2013, p. 223).

A visão de HASSEMER sobre a teoria do delito é uma visão de regressão às origens da dogmática como instrumento de contenção do poder punitivo estatal, e essa contenção deve ser patrocinada diante de balizas claras e afastadas da elasticidade da política criminal. Winfried HASSEMER poderia ser classificado como um dos autores que, em nome do garantismo, buscam um “retorno à posição fetal iluminista”⁶⁵.

Apesar de buscar, como seus pares, a superação de uma culpabilidade moral lastreada no juízo de reprovabilidade, a proposta do professor de Frankfurt tem o inconveniente de desconsiderar a complexidade do autor do ato delincente. Isso porque esvazia o conteúdo material da culpabilidade, limitando-a a uma verificação forense da capacidade de agir a partir de uma normalidade psíquica.

Especificamente em relação ao adolescente, como vimos, HASSEMER adota a mesma linha da maior parte dos penalistas, partindo do mito da incapacidade de entendimento acerca do teor das normas proibitivas e da impossibilidade de agir conforme esse entendimento. Entretanto, descartando tal concepção, que entendemos como equivocada, ainda assim subsiste um interesse na concepção de HASSEMER para a compreensão de uma teoria do ato infracional. Isso porque a transposição do direito substancial para o processual, ou seja, a

⁶⁵ “É nesse campo que também assistimos à emergência reativa de um movimento jurídico-penal garantista, um retorno à posição fetal iluminista, em que todos se dizem defensores dos direitos humanos contra a barbárie punitiva” (ANDRADE, 2014, p. 164).

verificação *ex post* da inexistência sobre circunstâncias que representem um prejuízo para a liberdade de ação, também pode ser feita para a análise do ato delincente do adolescente.

Ademais, HASSEMER critica o moderno Direito Penal, o qual perdeu sua essência como direito de garantias por excelência, tanto no âmbito da tipificação de condutas quanto no das garantias processuais. Assim, a regressão às origens apenas demonstra a necessidade de teorizar o delito a partir de elementos sólidos, que garantam a proteção do indivíduo contra o poder punitivo estatal.

Essa proteção é ainda mais fragilizada, quando não inexistente, em relação ao adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional, já que o Direito Infracional é esquecido pela dogmática. Se em relação aos adultos a contemporaneidade desvirtuou as balizas de um Direito Penal libertário, quiçá em relação ao adolescente, área na qual a teoria do delito sequer chegou a fincar estacas. Essa sentida ausência da dogmática penal em relação ao adolescente apenas reforça o controle fundado em uma política criminal ilimitada e autoritária.

3.4.4 O sujeito responsável de Juan Bustos RAMÍREZ

Percebendo o esgotamento da culpabilidade como reprovabilidade, Juan Bustos RAMÍREZ, com a contribuição de Hermán Hormazábal MALARÉE, assim como ROXIN, também conceitua a culpabilidade como responsabilidade. Entretanto, critica ROXIN por aquilo que concebe como erro de abordagem, já que não há como inserir na teoria do delito a pena, que é a consequência da verificação da prática delitiva.

Em análise da evolução acerca da teoria do delito, RAMÍREZ e MALARÉE identificam que a discussão sempre girou em torno do determinismo e do livre-arbítrio, sendo que ambos os elementos se caracterizam pela impossibilidade de verificação (1999, p. 327). Referidos autores compactam com essa conclusão e, assim, buscam a construção de sua teoria da culpabilidade a partir de balizas diversas.

O conteúdo da reprovação da culpabilidade implica sempre a constatação de que o culpável tinha alternativa para a conduta que lhe é reprovada, segue-se que a reprovação se assentará sempre sobre um indemonstrável livre-arbítrio, sem o qual não se pode falar em alternativa para a conduta e, por consequência, em reprovação (NASCIMENTO, 2011, p. 60).

Os autores defendem que o injusto por si só é incapaz de fornecer um aparato garantista em benefício do indivíduo e que, portanto, é necessária a existência de outra

categoria jurídico-penal, tradicionalmente chamada de culpabilidade. Asseveram, no entanto, que a culpabilidade foi erroneamente tratada a partir de premissas relacionadas com a discussão do livre-arbítrio e do determinismo, ambas, como já citamos, de cariz indemonstrável.

Luego, junto a la tipicidad y la antijuridicidad, tiene que surgir un nuevo aspecto, que cobra también un carácter cognitivo y garantizador. Éste se ha denominado tradicionalmente culpabilidad y se ha intentado explicarlo bien desde el libre albedrío, bien desde el determinismo. Pero este planteamiento es falso pues tanto uno como otro son indemostrables, luego no existen (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 328).

Para uma teoria do delito verdadeiramente garantista eles consideram que é necessário investigar o conteúdo material da culpabilidade, ou seja, dizer “porqué a ese autor se le aplica una sanción punitiva” (1999, p. 330). Refutam, entretanto, que o fundamento material esteja no livre-arbítrio, no determinismo ou nas finalidades da pena.

Assim, a inovação proposta passa pela consideração do indivíduo inserido em um contexto social concreto, como pessoa politicamente e temporalmente localizada. Todavia, antes de localizar o papel do indivíduo na sociedade é preciso verificar como são formalizadas as etiquetas atinentes ao delito e ao delinquente.

O fenômeno criminal tradicionalmente considera como conduta desviada aquela que se afasta das normas penais e, modernamente, aquela que se afasta das expectativas sociais. Devemos assinalar, quer seja a partir do espectro das normas penais, quer do espectro das expectativas sociais, que o fenômeno criminal surge de uma “concepción totalitaria de la mayoría” e, portanto, parte de uma estrutura de poder (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 331).

Não há nenhum ato que seja intrinsecamente criminoso. O que faz de qualquer ato um crime é o modo como a sociedade (ou um de seus seguimentos) o define (MAGALHÃES, 2006, p. 43).

Portanto, o crime é um rótulo dado a partir de uma construção de valores e interesses. Por exemplo, a contrafação de mídias é uma conduta tipificada no artigo 184, § 2.º do Código Penal, que bem representa o *lobby* da indústria fonográfica. Referido interesse poderia ser protegido por leis não penais, porém, na medida em que o interesse foi tipificado no Código Penal, ele passou a ter o rótulo de crime.

O crime nada mais é, nessa perspectiva, que um processo de atribuição, diga-se de passagem não exclusivo das instituições de controle, pois se espraia por todo o tecido social,

como algo decorrente dos processos comunicativos entre os homens. Por processos de atribuição entende-se qualquer designação, como feio e bonito, normal e anormal etc. (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 332).

Bustos RAMÍREZ e Hormazábal MALARÉE partem desse contexto, ou seja, de que a a definição de crime e criminoso são reflexos de uma atribuição social feita pela maioria, para cunhar a “teoria do sujeito responsável”. Se a definição das condutas criminosas é realizada por um grupo dominante, há, por outro lado, outros grupos marginalizados que não têm acesso aos valores consagrados pelo grupo majoritário. Assim, para definir a responsabilidade do sujeito deve-se inicialmente identificar a qual grupo ele pertence e se, em sua situação concreta, teve a possibilidade de acesso aos valores defendidos pelo grupo dominante.

Para a teoria do sujeito responsável culpabilidade é responsabilidade, porém a responsabilidade é analisada a partir do sujeito inserido em seu meio. Isso porque a consciência sobre as formas de conduta se adquire através de um percurso histórico-social, desde o nascimento. A teoria do sujeito responsável afasta-se, portanto, do tratamento até então dado pela teoria do delito à culpabilidade, que legitimava a reprovabilidade a partir de uma opção racional calcada no livre-arbítrio.

La conciencia no es primeramente una cuestión psíquica sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, el relación a la psiquis do individuo, su conciencia, desarrollo histórico-social y conciencia son términos inseparables (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 333).

Importa destacar que a teoria do sujeito responsável, ao se referir à consciência internalizada a partir de um processo histórico-social, não quer restringir a culpabilidade a uma espécie de Direito Penal do autor. Ao revés, ela apenas introduz um filtro diverso para aquilatar a gradação da consciência do indivíduo. Assim, a partir do injusto punível introduz-se outro filtro, o da responsabilidade da pessoa inserida em sua situação social concreta.

Al plantear que culpabilidad es responsabilidad, necesariamente hay que descender al individuo concreto y, por tanto, se trata de examinar al sujeto responsable en esa actuación. Por eso hay una teoría del injusto (el delito) y en forma diferente y autónoma una teoría de la responsabilidad (el sujeto o delincuente), en que ambas están unidas por um mismo elemento común, que tanto el injusto ha de referirse a un hecho (no al autor) y la responsabilidad ha de ser también en relación al sujeto respecto de su hecho (y no respecto al sujeto en relación a su personalidad, carácter o forma de vida). (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 333).

Esse processo histórico-cultural que possibilita ao homem ter consciência dos valores eleitos pelo grupo majoritário pressupõe que o Estado lhe oportunize os meios de acesso para tanto, sem os quais não se pode exigir do cidadão tal consciência.

El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por lo demás exigida también por el sistema, por ejemplo, el respeto a la norma (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 333).

Isso impinge ao Estado uma co-responsabilização pelo fornecimento dos meios para que aqueles que pertençam a grupos marginalizados consigam ascender aos ditames do grupo hegemônico. Se o acesso aos valores defendidos pelo grupo dominante for um obstáculo intransponível, de tal monta que há uma verdadeira cisão de mundos, a solução será considerar o sujeito como não responsável. Isso acontece, por exemplo, com os indígenas que vivem em isolamento, com os “loucos” e, em alguma medida, com alguns adolescentes.

BUSTOS RAMÍREZ e MALARÉE tratam a imputabilidade como “exigibilidade sistêmica”, pois esse elemento da responsabilidade põe em relevância o homem como ser cultural, inserido em determinada época e em dado grupo que nem sempre se coadunam com os valores hegemônicos do sistema.

Desde el punto de vista de la sociología de las subculturas, se logra precisar que el individuo actúa en grupo, a veces en vários grupos, y que estos grupos reciben una conciencia valorativa y de acción que puede coincidir, diferenciarse o rechazar el planteamiento valorativo que sea hegemónico en ese momento en el Estado (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 340).

A inexigibilidade sistêmica ou inimputabilidade surgiria quando o sujeito, considerado em seu próprio mundo, encontrasse uma barreira crônica em relação ao sistema social estabelecido de forma majoritária:

[...] la imputabilidad no es sino un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 341).

É também nesse sentido que se apura a responsabilidade dos adolescentes que possuem determinado nível sociocultural. Bustos RAMÍREZ, decerto também com parcela de contribuição de MALARÉE, é o penalista que, finalmente, não trata a questão da inimputabilidade pela idade com reducionismos, como se o jovem não tivesse capacidade de entender o caráter ilícito do fato (elemento cognitivo) e de comportar-se conforme esse

entendimento (elemento volitivo). Essa velha cantilena, surrada e sem profundidade, é repetida como mantra pela maioria dos penalistas, como uma presunção absoluta de que o adolescente não teria capacidade de inteligência das normas proibitivas.

Tal mantra possibilitou, ao longo da trajetória da legislação infracional e das práticas judiciais correlatas, que se visse o adolescente como alguém incapaz que precisasse ser tutelado pelo Estado. Ressalte-se que sob o véu da proteção, como já foi analisado no capítulo anterior, se cometeram as maiores atrocidades em detrimento da infância pobre e desassistida. Não há como fechar os olhos para a realidade: o adolescente atualmente, em situação de “normalidade” psíquica, sabe muito bem o que faz.

Resultaría hoy totalmente absurdo una total ficción plantear sin más que el menor no tiene capacidad para conocer el injusto o no tiene capacidad para actuar en consecuencia con su conocimiento. Tal planteamiento carecería de toda fundamentación e implicaría negar la complejidad de la realidad del menor (BUSTOS RAMÍREZ, 1989, p. 5).

A consideração da inimputabilidade pela idade, segundo Bustos RAMÍREZ, deve ser avalizada em dois níveis, o primeiro deve considerar os adolescentes como pessoas que gozam de dignidade e, portanto, exige que lhes sejam assegurados durante o processo de incriminação todas as garantias materiais e processuais; o segundo deve considerar que a capacidade de resposta do adolescente sofre influxo de sua peculiar situação dentro do sistema social (BUSTOS RAMÍREZ, 1989, p. 5).

Especificamente sobre o segundo nível, nos parece ser isso que o artigo 6º do ECA quer dizer ao consagrar que toda interpretação deve levar em consideração a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento. Bustos RAMÍREZ, portanto, defende que a submissão do adolescente à legislação específica leva em conta sua relação com o meio social em que está inserido, o que pode ser amparado no direito positivo pela principiologia do artigo 6º do Estatuto.

Para nós, todavia, a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento, conforme está melhor detalhado no capítulo 5, não se limita, como quer Bustos RAMÍREZ, à relação que o adolescente estabelece com o meio social, mas, também, inclui elementos de seu desenvolvimento psicofísico. Portanto, a relação comunicativa que se estabelece entre o adolescente, o meio e seu desenvolvimento psicofísico são elementos que se correlacionam dentro da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

En definitiva, por tanto, el juicio de inimputabilidad del joven respecto de hecho injusto por él cometido, no significa ‘irresponsabilidad’, ya que siempre se le aplica una sanción, aunque sea un fraude de etiquetas (señalándose que es una medida tutelar o benéfica y no una pena). Se produce en razón del hecho injusto (delito) una intervención coactiva del Estado respecto del joven. Es por eso que no se puede hablar de irresponsabilidad del menor, al menor se le hace evidentemente responsable por sus hechos, de ahí la medida coactiva, y ello porque ciertamente es responsable, porque es persona y, por tanto, sus actos son plenos de significación dentro del sistema social. De ahí entonces que resulte un burdo fraude de etiquetas plantear que al menor no se le aplica un derecho penal, sino otra cosa (BUSTOS RAMÍREZ, 1989, p. 7).

Bustos RAMÍREZ, a partir da crise da culpabilidade identificada como reprovabilidade, busca traçar um novo panorama para essa categoria jurídico-penal. Demanda a análise da responsabilidade do indivíduo partindo de sua localização na sociedade. Considerando que os processos de criminalização primária por vezes contemplam valores de grupos dominantes, a responsabilidade do sujeito depende da verificação concreta da acessibilidade aos valores consagrados pela norma penal. Essa acessibilidade somente é possível quando a sociedade e o Estado disponibilizam os meios para que o indivíduo desempenhe o seu papel na sociedade.

En la concepción de Bustos Ramírez el elemento central de la dimensión política de la culpabilidad se ubica en la co-construcción social de la conducta criminal, tanto por la definición hegemónica de las prohibiciones penales (que expresan la “racionalidad” dominante) como por la medida en que el sistema social-estatal ofrece o deja de ofrecer al individuo condiciones suficientes para que éste pueda responder al papel que se le ha asignado (COUSO, 2009, p. 165).

A concepção de BUSTOS RAMÍREZ, não obstante ser inovadora ao deslocar a culpabilidade para um patamar político-social que se afasta da velha disputa entre determinismo e livre-arbítrio, não é indene a críticas. Isso porque pressupõe que o sujeito será responsável se conseguir ascender às normas do grupo hegemônico, sem qualquer discussão sobre a legitimidade de tais normas.

Es decir, la imputabilidad, y la culpabilidad en general, no dependen en absoluto de la calidad democrática de los procedimientos de producción de la razón hegemónica, sino sólo de las capacidades individuales del sujeto de acceder a sus contenidos, es decir, de comprenderlos, por más alejados que estén de su propia racionalidad, por más hegemónico que sea el poder que los construyó y que le asignó el papel de tener que conformarse a ellos desde su posición de (sub)cultura marginal (COUSO, 2009, p. 166).

Portanto, as mesmas críticas feitas a JAKOBS sobre a proteção da norma como bem jurídico-penal cabem, em alguma medida, aqui. Isso porque não se discute a natureza, a

legitimidade e a profundidade da norma, mas tão-somente a possibilidade de aquiescência pelos grupos marginalizados às normas impostas pela estrutura hegemônica. Assim, a norma, como decorrente de uma estrutura de poder, teria a função de atribuir e não de descrever. Entretanto, forçoso é criticar tal conclusão, pois, se é verdade que em alguns casos ela pode referir-se a uma estrutura de poder como no citado exemplo da falsificação de DVD's, em outros casos ela é descritiva da realidade, como na norma que sanciona o homicídio.

Ao imaginarmos pessoas reunidas para firmar um contrato tendente a disciplinar o modo de vida comum, é inegável que as demandas apresentadas por pessoas ou grupos seriam influenciadas pelas posições ocupadas pelos negociantes (SANDEL, 2012, p. 177). Decerto a posição de dominação política ou econômica sobressairia em desfavor dos grupos marginalizados, o que se encaixa perfeitamente na concepção que BUSTOS RAMÍREZ tem da legislação, que se demonstra como mero exercício de poder.

Entretanto, caso os negociantes desse contrato estivessem encobertos por um "véu de ignorância" (SANDEL, 2012, p. 178), ou seja, caso as referidas pessoas não soubessem de sua localização na estrutura da sociedade a ser regida por essas regras (se dominante ou marginalizado), ainda assim algumas regras centrais seriam estatuídas. Considerando essa situação de equidade inicial, os negociantes não hesitariam em criar (como todas as sociedades) um modelo penal, pois em primeiro lugar elegeriam a necessidade de proteção dos bens jurídicos mais caros a serem eventualmente violados por terceiros. Em segundo lugar, ante a possibilidade de ocuparem eventualmente o lugar do infrator, defenderiam que a eventual punição seja razoável e dentro de regras previamente estabelecidas.

Assim, a estrutura do sujeito responsável de BUSTOS RAMÍREZ é apenas uma meia verdade, pois se aplica quando a norma tem conteúdo político, com a imposição do grupo hegemônico aos demais grupos, desprezando seus valores, crenças. Entretanto, adotando-se uma concepção minimalista do Direito Penal, forçoso é concluir que há normas penais que representam um limite necessário para a sobrevivência da própria sociedade.

3.4.5 A culpabilidade por vulnerabilidade de Eugenio Raúl ZAFFARONI

ZAFFARONI procura conduzir o postulado ético da culpabilidade a um novo patamar, ou seja, é mais um jurista empenhado na desconstrução da culpabilidade como reprovabilidade. Isso porque, segundo ele, a criminologia demonstrou que o Direito Penal seleciona os vulneráveis de sempre como alvos de intervenção.

Esta constatación provoca un vaciamiento ético de la doctrina jurídico penal. Incluso los planteos tradicionales, que elaboraban la conexión punitiva por la vía de la culpabilidad de acto, quedan huérfanos de eticidad material, limitándose a recoger sólo la forma de la ética tradicional: el reproche pierde legitimidad ética cuando se le formula sólo a unos pocos seleccionados entre los más vulnerables (ZAFFARONI, 2002).

A influência criminológica na obra de ZAFFARONI é intensa, motivo pelo qual ele busca afastar-se de toda construção teórica que sirva para legitimar o poder punitivo, já que este se traduz em mero ato de dominação. A construção da dogmática de ZAFFARONI também é voltada para as consequências, o que pode ser percebido no esforço de conexão entre o delito e a pena, sendo ele um dos representantes da teoria agnóstica⁶⁶. Reconhece a pena como um ato de poder e admite que ela não cumpre qualquer função, o que demanda a criação de mecanismos severos para a sua contenção.

O projeto de minimização do sofrimento imposto pela pena, agregado à negação das violências pública e privada ilegítimas, possibilita a negativa explícita de qualquer modelo justificacionista, relocando o problema da sanção penal da esfera jurídica à política. Neste quadro, a estratégia de redução de danos capacita o direito no seu papel de limite à política, atuando como barreira de contenção da ação punitiva, judicial ou administrativa (CARVALHO, 2013, p. 265).

Não obstante o discurso de imunização constitua a base da pretensão de universalização da dogmática jurídico-penal, ZAFFARONI combate esse aspecto ilusório de assepsia, pois vê em toda construção dogmática uma decisão política, embora nem sempre declarada.

O sistema demanda uma decisão política prévia que lhe permita sua construção teleológica baseada em uma função manifesta, porque, do contrário, seria igualmente irracional (um caminho sem objetivo), violentaria a realidade (ao pretender que seus conceitos não têm função política apenas porque não a expressam) e, além do mais, seria politicamente negativo (pretenderia servir para qualquer objetivo, incluindo os estados de polícia). Mesmo porém com todas essas precauções não se garante um sistema teleológico racional, pois tudo dependerá do conteúdo da mencionada decisão, isto é, da função manifesta que lhe seja atribuída. No estado constitucional de direito o objetivo do Direito Penal deve ser a segurança jurídica, ameaçada pelo exercício ilimitado do poder punitivo (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 170).

⁶⁶ “Partiendo de lo que está verificado, o sea, de la necesidad de la función limitante del derecho penal para preservar el estado constitucional de derecho, creemos que lo más racional es reelaborarlo partiendo de una teoría agnóstica de la pena. El sentido metafórico de la expresión agnóstica sirve para poner de manifiesto la idolatría en que han caído las teorías legitimantes del poder punitivo, que sostienen su omnipotencia y lo convierten en un ídolo adorado por muchos fanáticos” (ZAFFARONI, 2002).

ZAFFARONI acaba por declarar a opção política de sua construção, circunscrevendo sua dogmática à necessidade de contenção do ilegítimo e seletivo poder punitivo. Ele busca investigar em que medida os processos seletivos denunciados pela criminologia crítica influenciam no conteúdo material da culpabilidade. Rompe, portanto, com os liames da dogmática tradicional para dar espaço à denúncia dos processos criminalizantes, fazendo com que sua construção teórica seja criminologicamente fundamentada.

Para ZAFFARONI a culpabilidade de ato em detrimento da culpabilidade de autor é louvável por apresentar um limite, porém ele sustenta que é necessário ir além, já que o Direito Penal continua a ser seletivo.

Queda claro, pues, que los tipos penales describen conductas, pero sabiendo que los tipos de acto abren en la práctica un espacio de arbitrariedad para seleccionar personas. El discurso penal es de acto, pero el ejercicio del poder punitivo es de autor” (ZAFFARONI, 2002).

Um primeiro esforço de correção é representado pela co-culpabilidade, porém ZAFFARONI acredita que ela também é insuficiente⁶⁷, pois a vinculação da pobreza à causa dos delitos não é capaz de afastar o jogo de poder levado a efeito pelas classes hegemônicas. E ele prossegue, dizendo que o processo de seleção é feito não apenas pela situação de pobreza mas pela localização marginalizada do autor, podendo ser decorrente (para além da pobreza) por ser ele pertencente a um grupo minoritário. Assim, imigrantes ou minorias sexuais seriam exemplos de autores vulneráveis.

Defende, portanto, que a culpabilidade deve avaliar o “esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad” (2002). Numa visão contrafática, a proposta de ZAFFARONI visa equalizar a seletividade penal calcada em esterótipos, cuja mira é voltada para o público vulnerável. O limite é o ato; verificada a prática do ato, analisa-se a situação concreta para se conceber a culpabilidade por vulnerabilidade, e assim, se a pessoa que cometeu o ato delituoso se encontrar numa situação de vulnerabilidade que a coloque como alvo preferencial das agências de controle (etiqueta), sua culpabilidade deverá ser atenuada.

⁶⁷ “Siendo la culpabilidad de acto sólo un límite, no puede señalar la cuantía del poder punitivo en cada caso sin tomar en cuenta el dato de selectividad. No es ético ni racional por parte de la doctrina proponer a las agencias jurídicas que ignoren por completo la falla ética más notoria de la culpabilidad, sobre la que se llama la atención desde hace más de dos siglos, con los correctivos que convergieron en la llamada co-culpabilidad y que proceden de MARAT y del buen juez MAGNAUD, pero que no son suficientes para incorporar el dato” (ZAFFARONI, 2002).

La culpabilidad por la vulnerabilidad no es un correctivo de la culpabilidad por el acto, sino su contracara dialéctica, de la que surgirá la culpabilidad penal como síntesis. Dado que la culpabilidad por la vulnerabilidad opera como antítesis reductora, nunca podrá la culpabilidad penal resultante de la síntesis superar el grado indicado por el reproche de la culpabilidad por el acto (ZAFFARONI, 2002).

A fluidez da proposta de ZAFFARONI expõe a ausência de condições palpáveis para aferição da culpabilidade por vulnerabilidade. Em quais situações concretas seria possível aferir a culpabilidade por vulnerabilidade? Ela representaria uma forma de gradação da pena na situação concreta ou teria o condão de excluir até mesmo a culpabilidade? São questões que seguem indefinidas na proposta de ZAFFARONI. Aliás, como reconhecido pelo próprio autor, sua construção representa uma orientação política que, portanto, pode caminhar ao sabor das escolhas de seus intérpretes.

Defender a vulnerabilidade como um “conserto ou ajuste de rota ético” é tão arbitrário e perigoso quanto as qualidades atribuídas ao autor ao sistema penal que ele visa criticar. Metaforizando, é como se Zaffaroni olhasse a realidade lá do alto e pudesse determinar que a sua construção teórica fosse a, objetivamente falando, verdadeira, onde todo o resto estaria “aos seus pés”, tudo isso graças a sua origem elevada, que saiu da caverna e da sombra e pôde observar a luz. (SIQUEIRA, 2016, p. 145).

O discurso da vulnerabilidade como forma de legitimar a espoliação e a violência, como se as pessoas fossem impelidas ao crime, somente se pode dar cinicamente por aqueles que não vieram da desigualdade, como se a complexa realidade pudesse ser compreendida por um expectador isento e distante. Certo é que, para desviar da criticada vinculação entre crime e pobreza proposta pela co-culpabilidade, ZAFFARONI prefere o termo *vulnerabilidade*, que embora mais amplo quer na essência se referir exatamente à seletividade focada na pobreza. Entretanto, importa destacar que nas ditas “comunidades”, eufemismo para favela, o mais incauto se surpreenderá com o grau de oportunidades, com o ritmo de vida que muito se assemelha ao de cidades do interior, da cultura que corre pelos becos e vielas. Só quem não é da comunidade ou quem se permite um discurso de vitimização para entender quão equivocados estão os teóricos que buscam tal vinculação.

Certo é que ao analisarmos a concepção de ZAFFARONI logo nos lembramos do adolescente, pois ele, inegavelmente, se enquadra no conceito de vulnerabilidade. Entretanto, em nosso sentir, a principal falha de ZAFFARONI, como sucede com a co-culpabilidade, é introduzir elementos para desresponsabilização do sujeito, elementos esses que não contribuem para a formação do cidadão. Não se olvide que os processos criminalizantes são

em demasia seletivos, porém, presente o ato definido como crime ou contravenção penal, o não vulnerável e o vulnerável, incluindo o adolescente, demanda uma responsabilização.

Qualquer ação humana não é desprovida de consequências. Considerar que a situação de vulnerabilidade é um dos elementos centrais da culpabilidade é caminhar na contramão da emancipação do sujeito. A ressignificação do ato (ou mesmo a persistência no agir indicativa de resistência ao sistema) só é possível quando o adolescente sai em busca de uma inscrição, de seu lugar no mundo. Para isso é preciso apontar o ato e a sua consequência, não sendo o rótulo de vulnerável dado pelo outro que vai contribuir para o processo de inscrição do adolescente na sociedade. A responsabilização do adolescente, é bem verdade, nem sempre tem espaço na seara infracional, mas isso não quer dizer que a sua situação de vulnerabilidade lhe permita atuar sem consequências.

4 LIBERDADE, LIVRE-ARBÍTRIO E DETERMINISMO

A história do juízo de imputação, atribuição ou culpabilidade, desde o Direito Penal arcaico, sempre oscilou entre o livre-arbítrio e o determinismo. Com o adolescente não é diferente e, embora em relação ao ato infracional o jogo esteja sendo ganho pelo determinismo diante da pseudo “incapacidade de conhecer e querer”, é preciso analisar outras particularidades.

O problema, antiquíssimo, é a alternativa entre determinismo e livre-arbítrio, opção que tem penetrado a história do pensamento filosófico ocidental. Segundo as hipóteses deterministas e suas múltiplas variantes (fatalistas, teleológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas etc.), todo fenômeno - e, portanto, não só as ações mas também a intenção (ou seja, a soma de conhecimento e vontade) de realizá-las - é efeito necessário e, por isso, inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social, condicionadas, por sua vez, por outras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes e condicionadas, numa espécie de espiral para o infinito. Contrariamente, segundo a hipótese do livre-arbítrio, a vontade humana é normalmente livre e incondicionada, no sentido de que todos os seres racionais têm a faculdade de autodeterminar-se e são donos de suas ações (FERRAJOLI, 2002, p. 394).

Os extremos, quer seja o do livre-arbítrio caracterizado como uma capacidade incondicionada de autodeterminação, quer o do determinismo, pressupondo nossas ações como reflexos inevitáveis de circunstâncias condicionantes, são diretrizes danosas para o Direito Penal. FERRAJOLI já alertava para o perigo da culpa sem resultado (livre-arbítrio) e do resultado sem culpa (determinismo) (FERRAJOLI, 2002, p. 395).

El libre albedrío se refiere a un HOMBRE - en mayúsculas -, como um ente de cualidades absolutas, luego fuera de tiempo y lugar, y por ello irreal, metafísico, al margen, por tanto, del ámbito científico. El determinismo, por su parte, se refiere a un hombre - en minúsculas - atado a una causalidad ciega, concebida también dogmáticamente, como no discutible e inalterable y, por lo tanto, también fuera del tiempo y del espacio, una irrealidad, y por ello mismo acientífica (BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 328).

Portanto, é preciso transcender a bipolaridade entre livre-arbítrio e determinismo para verificar qual o conceito de liberdade necessário ao juízo de imputação de um resultado lesivo a seu autor. Assim, os conhecimentos produzidos pelas ciências afins⁶⁸ podem auxiliar na desmistificação do conflito entre deterministas e indeterministas, ao mesmo passo que

⁶⁸ “A transdisciplinaridade é o caminho promissor e necessário para a compreensão das profundas transformações contemporâneas que diuturnamente se operam nos diversos setores das teorias e das práticas humanas” (RAMIDOFF, 2011, p. 20).

contribuem para a construção do conceito de liberdade, que não se subsume a referidos extremos.

4.1 Contributo da criminologia

Não há uma conduta que seja essencialmente criminosa. A conduta desviada consiste em uma etiqueta colocada pela sociedade a partir da análise de valores e interesses dominantes. Embora a doutrina preveja balizas a serem consideradas no processo legislativo de tipificação de condutas, no mais das vezes baseadas na concepção da proteção de bens jurídicos, o que de fato diferencia a conduta desviada de qualquer outra conduta é o rótulo atribuído pela tipificação.

Crime não traduz, portanto, um conceito, porém um rótulo, um julgamento, uma atribuição, como, aliás, se encontra marcado em sua etimologia. Álvaro Pires chama a atenção para a semântica da palavra *crime*, que se origina do vocábulo latino *crimen*, que significava, em sua origem, decisão judicial. *Crimen*, por sua vez, remonta ao *Krimein* (grego), cuja tradução é julgar, escolher, separar (TANGERINO, 2014, p. 32).

Entretanto, importa destacar que entre as múltiplas condutas previstas na lei como crime há as que expressam uma especial violência do agente, o que conduz ao questionamento sobre quais, afinal, são as “sementes da violência⁶⁹”. O comportamento desviado, sobretudo o violento, tem raízes tanto no indivíduo quanto em fatores externos a ele, não obstante a linha determinista exiba uma clara preferência pelos fatores externos como condicionantes do crime.

Las raíces del crimen violento se plantan en los primeros años de la vida, en el seno del hogar. Se cultivan en un medio social impregnado de desigualdades y frustraciones, y crecen avivadas por valores culturales que glorifican las soluciones agresivas de los conflictos entre las personas (MARCOS, 1995, p. 105).

O fenômeno criminal é complexo e não admite reducionismos subjetivistas ou deterministas, sendo as formas de controle das condutas tidas como desviantes tema premente na história da civilização. Há certo consenso sobre a existência de duas instâncias, por

⁶⁹ “Las raíces del crimen son múltiples y complejas. A lo largo de los siglos las causas de los delitos violentos han sido objeto de un sinfín de especulaciones y teorías dispares. Las diversas hipótesis suelen ser defendidas ardientemente por una amplia gama de expertos y profanos, que están con frecuencia interesados en exponer a través de ellas su visión personal o ideológica de los grandes males de la humanidad” (MARCOS, 1995, p. 95).

excelência, de controle social, as instâncias informal e formal. A primeira se circunscreve à família e ao corpo social de uma maneira mais geral, enquanto a segunda é representada pelo Estado.

Para Emilio García MÉNDEZ (1998, p. 42), a existência dos mecanismos formais de controle se apoiam em um tripé consubstanciado na necessidade de fazer face à vingança privada, na necessidade de dar visibilidade a determinados conflitos sociais “inevitáveis”, como a “violência sexual ou doméstica”, e por fim criar mecanismos de defesa dos setores mais débeis da sociedade. Por sua vez, Salo de CARVALHO (2013, p. 258), numa perspectiva minimalista, reconhece que o abolicionismo poderia dar azo “à conversão do controle social em sistemas desregulamentados de tendência disciplinar ou à proliferação da violência privada decorrente da ausência do Direito Penal”. Firmada a necessidade da existência do Direito Penal, a criminologia voltou os seus esforços tanto para a descoberta da origem do fenômeno criminoso como para a sua forma de controle e, ainda, em seu viés crítico, para a contenção/eliminação do poder punitivo.

Importa destacar que foge ao objetivo do presente trabalho desvelar toda a evolução da criminologia, desde a escola clássica até a criminologia contemporânea. Assim, a passagem por alguns posicionamentos cunhados pela criminologia buscam somente dar subsídios para a futura construção da teoria do ato infracional.

4.1.1 O surgimento da criminologia

A célebre obra *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Bonesana, conhecido como marquês de Beccaria, introduziu os ideais iluministas-racionalistas na seara penal, sendo ele o principal expoente da Escola Clássica. O ideário iluminista possuía viés predominantemente atrelado ao livre-arbítrio, pois o homem racional era capaz de atuar conforme as suas escolhas.

A escola clássica parte da concepção do homem como um ser livre e racional que é capaz de refletir, tomar decisões e atuar em consequência. Em suas decisões, ele realiza basicamente um cálculo racional das vantagens e inconvenientes que lhe vai proporcionar a sua ação e atua ou não segundo prevaleçam umas ou outras; em sua terminologia, “o prazer e a dor” são os motores da conduta humana (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 85).

Entretanto, não foi o livre-arbítrio da Escola Clássica que deixou marcas indeléveis na análise do ato infracional, mas sim o determinismo da Escola Positiva. O êxito

experimentalista das ciências naturais também foi utilizado para buscar esclarecer a origem do crime, o que deu origem ao nascimento da criminologia positiva. O método científico para estudo do delito tem como seu principal representante o médico italiano Cesare LOMBROSO, que em sua obra *O Homem Delinquente* concluiu pela existência de vários tipos de infratores, nato, louco, moral, epilético, de ímpeto ou paixão, ocasional (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 98).

Dentre as tipologias de LOMBROSO, foi a concepção de “criminoso nato”, como um ser com características predeterminadas biologicamente para a prática do delito, que suscitou o caráter determinista da criminologia. Como o criminoso é determinado ao crime por circunstâncias biológicas natas, estaria legitimada a adoção do controle *ex ante*, através do acionamento de medidas preventivas de defesa social. Em outras palavras, identificado o indivíduo com características de propensão ao crime, seria possível ao Estado agir até mesmo antes do fato, evitando a ocorrência do delito e “protegendo” a sociedade⁷⁰.

A influência da Escola Positiva está incrustada no inconsciente dos menoristas, que diante do ato infracional acionam mecanismos de defesa social, de tratamento do “menor delinquente”. Como bem assevera Alexandre Morais da ROSA (2005), as ideias que floresceram no positivismo criminológico sobre o criminoso nato que requeria tratamento continuam fortemente presentes no imaginário daqueles que instrumentalizam o direito⁷¹.

Essa situação não se verifica somente em relação à costumeira confusão entre medidas protetivas e medidas socioeducativas, pois transcende também para a aplicação de sanções sem o adequado anteparo no ato infracional. Até mesmo no plano do avançado texto legal do ECA é possível perceber reminiscências da influência da Escola Positiva quando, por exemplo, se prevê a internação “por prazo indeterminado”, reforçando a ideia da medida socioeducativa como tratamento, como instrumento de normalização e, por consequência, de defesa social.

⁷⁰ Exemplo contemporâneo da adoção de medidas de defesa de índole lombrosiana é o caso de Roberto Alves Aparecido Cardoso, o “Champinha”, que ficou nacionalmente conhecido quando, aos 16 anos, assassinou um casal de namorados. Após cumprida a medida de internação, “Champinha”, mesmo tendo completado 21 anos, não foi liberado, permanecendo segregado até os dias de hoje (2016) com base em laudos psiquiátricos que acusam o risco de cometimento de novos delitos.

⁷¹ “Não obstante o descrédito das ideias na Europa, no Brasil, principalmente pela ‘legitimação discursivo-ideológica’ decorrente, a ‘Escola Positiva’ foi acolhida nos discursos, dentre outros, de Viveros de Castro, Tobias Barreto, Paulo Egídio, Moniz Sodrê de Aragão, Noé de Azevedo, Nina Rodrigues e mantém sobrevida no imaginário do senso comum teórico, bastando que se folheie alguns ‘Manuais’, decisões ou mesmo alegações finais para que se perceba que o discurso vive muito bem, consoante se infere nas Liberdades Assistidas, aferições de periculosidade, aplicações de internações indeterminadas, enfim, em todas as fases de aplicação de medidas socioeducativas” (ROSA, 2005, pp. 37, 38).

4.1.2 Criminologia contemporânea

A criminologia contemporânea passa pela mesma discussão entre livre-arbítrio e determinismo que permeou as escolas clássica e positiva. No seu esforço para compreender o fenômeno criminal, a macrossociologia buscou justificá-lo a partir de fatores ambientais, ou seja, dando ênfase ao determinismo que o meio impõe ao indivíduo. De outro flanco, teorias como a do autocontrole e a da escolha racional sustentam que a escolha pela prática da conduta desviante nasce no indivíduo e, portanto, tais doutrinas trilham caminho contrário, qual seja, de preferência pelo livre-arbítrio.

4.1.2.1 A ênfase determinista

A Escola de Chicago e teorias como da associação diferencial, da anomia e da subcultura delinquente são representantes da chamada macrossociologia, a qual, em superação ao positivismo lombrosiano, buscou uma mudança de paradigma envolvendo seus estudos não mais para o indivíduo, e sim para a sociedade que o cerca.

A Escola de Chicago⁷² constituiu-se a partir da observação do espaço urbano e da influência que ele exerce sobre o fenômeno criminógeno, sendo a cidade um fator produtor da delinquência (CALHAU, 2009, p. 61). Lastreada nessa forma de observação, o Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago cunhou o conceito de *ecologia humana*, que visa observar o homem em seu *habitat*, ou seja, na cidade. O objetivo era descrever a ligação dos seres humanos com o ambiente urbano, como e onde as pessoas residem, trabalham, criam suas rotinas de lazer e como essas relações influenciam a criminalidade⁷³.

Já a Teoria da Associação Diferencial, representada por Edwin SHUTERLAND, sustenta que a conduta delituosa se aprende em interação com outras pessoas mediante processo de comunicação, sobretudo no círculo mais íntimo. Em suma, SUTHERLAND

⁷² A Universidade de Chicago foi criada em 1892, mesmo ano em que se estabeleceu, naquela universidade, o primeiro Departamento de Sociologia dos Estados Unidos.

⁷³ Em complemento à “teoria ecológica”, BURGESS criou a teoria das “zonas concêntricas”, demonstrando que a cidade americana se organiza a partir do centro, onde fica a zona de negócios, seguida de uma zona de transição ocupada por trabalhadores e, por fim, das áreas suburbanas, nas quais se fixam a população mais abastada (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 108). Acentua-se que a forma de organização das metrópoles estadunidenses é diversa da maior parte das cidades latino-americanas; lá a área suburbana é voltada para as classes mais abastadas, enquanto aqui tradicionalmente a periferia foi destinada às classes mais pobres. Não obstante, atualmente a crescente implementação de condomínios fechados está deslocando grandes contingentes populacionais da classe média para fora das cidades.

defende que o crime, assim como a conduta virtuosa, se aprende em contato com o meio social.

De acordo com a teoria da associação diferencial, o delito é uma conduta que, como qualquer outra, se aprende. Então, como acabamos de dizer, a origem da criminalidade não é hereditária, e, por sua vez, qualquer um pode chegar a cometer algum ato delitivo. A aprendizagem – na verdade, de qualquer conduta – ocorre basicamente mediante processos de interação, de comunicação com outras pessoas, em especial nos pequenos grupos íntimos e nas relações diretas, tanto verbais como gestuais (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 116).

Importa destacar que, apesar de defender que a conduta criminosa se aprende através da interação com as demais pessoas, SUTHERLAND se afasta de um perfil estritamente determinista, pois sustenta que a opção pela conduta desviante depende do modo como o agente interpreta a comunicação ao seu redor.

Para Sutherland, os significados decorreriam de experiências particulares, o que explicava que pessoas diferentes agissem de maneiras distintas em situações similares e permitia concluir que o fator-chave para a violação da lei seria o significado que o indivíduo conferia às condições sociais nas quais se encontrasse, e não às condições sociais propriamente ditas (NASCIMENTO, 2011, p. 37).

Robert MERTON, explicando a Teoria da Anomia, argumenta que há um desequilíbrio nas sociedades capitalistas modernas que, por vezes, é combatido pelos indivíduos através do desvio. O sociólogo americano defende que a sociedade exige do indivíduo, com muita ênfase, a perseguição de metas culturais, como sucesso profissional, aquisição de bens, prestígio, porém nem sempre os meios legítimos para a consecução de tais metas estão disponíveis. Essa situação proporciona o surgimento do ambiente ideal para aquilo que MERTON chamou de anomia, ou seja, quando as metas culturais são altamente exigidas e os meios legítimos são escassos, há propensão para o surgimento do comportamento desviante (CALHAU, 2009, p. 68).

Em complemento às concepções da teoria da anomia de MERTON, a Teoria da Subcultura Delinvente preconiza que dentro do círculo cultural dominante subsistem subculturas que nem sempre têm valores e regras compatíveis com a cultura central.

Desde este punto de vista, la teoría de las subculturas criminales niega que el delito pueda ser considerado como expresión de una actitud contraria a los valores y a las normas sociales generales, y afirma que existen valores y normas específicos de diversos grupos sociales (subculturas). Éstos, a través de mecanismos de interacción y de aprendizaje en el seno de los grupos, son interiorizados por los individuos pertenecientes a ellos y determinan, pues, su comportamiento en concurrencia con

los valores y las normas institucionalizados del derecho o de la moral “oficial” (BARATTA, 2004, p. 71).

As teorias subculturais afastam-se do monismo sustentado por muitos setores da sociologia, que defendem a existência de valores universalmente consagrados. A subcultura delinquente, portanto, funda-se na premissa da hiperbolização de comportamentos e de valores, fatores que devem ser considerados na complexa e dinâmica sociedade pós-moderna.

À ideia de pluralidade normativa, desenhada pelas teorias das subculturas criminais, adiciona ao *labeling approach* um novo ingrediente: não existem propriamente valores *per se*, porém valores de quem observa contrastados com o daquele que é observado. Essa mudança paradigmática desloca o foco da axiologia para o poder de definir situações como desviantes ou não. Reforça, assim, a crítica à universalidade axiológica dos bens jurídicos, na medida em que despe ainda mais o fenômeno criminal de qualidades intrínsecas, a saber, essencialmente, do crime como lesão a um valor que “é”, adotando-se antes a perspectiva do crime como uma ação “tomada como” lesiva àquilo que se mostra, do ponto de vista discursivo, como um valor, ou seja, um valor “assumido como sendo” (TANGERINO, 2014, p. 160).

A advertência pluralista realizada pelas teorias subculturais⁷⁴ tem total pertinência, pois tratar o desvio como mero descumprimento de valores universais internalizados através da comunicação em sociedade representa um reducionismo que merece ser corrigido com foco na multiculturalidade.

A evolução das teorias socioculturais demonstra que o meio social pode, inegavelmente, influenciar a conduta tida como desviante. Entretanto, uma análise mais acurada é capaz de demonstrar que influência não se confunde com determinação incondicional do meio, segundo a qual o indivíduo se mostraria incapaz de resistir. As teorias criminológicas, a partir de certo rigor científico, apenas permitem concluir que o meio influi no ato desviante, mas que não é sua causa exclusiva, embora possa ser a causa primeira em muitas situações.

A realidade brasileira desigual demonstra que o adolescente é bombardeado por metas culturais relacionadas com galgar prestígio dentro de seu grupo. Essas metas culturais exigem a demonstração de um elevado padrão de consumo, representado por festas, roupas de grife, veículos e smartphones⁷⁵. Entretanto, como os chamados meios legítimos são escassos, por

⁷⁴ As teorias subculturais dão o pano de fundo para a *Teoria do Sujeito Responsável*, defendida por Juan Bustos Ramírez, como vimos no capítulo anterior. Aliás, importa destacar que a existência de valores diversos entre os grupos da sociedade também é o mote para Bustos Ramírez entender que o adolescente pode ser responsabilizado, segundo as regras próprias destinadas ao seu grupo.

⁷⁵ Exemplo disso é um estilo musical que faz sucesso entre os jovens chamado “funk ostentação”, no qual as letras fazem a apologia da aquisição de bens de consumo como forma de demonstração de poder perante o grupo. Para se ter uma ideia, colacionamos a letra do funk-ostentação “Passei de Oakley” do “MC Dedé”:

vezes o adolescente se rende à pressão, praticando sobretudo crimes patrimoniais e tráfico de drogas.

Por isso, não há como esconder o sol com a peneira, como se a tentação de consumo impingida pelo voraz modelo capitalista, aliado à gritante desigualdade social brasileira, não influísse no comportamento do adolescente. Todavia, certo é que influir não é o mesmo que determinar.

4.1.2.2 A ênfase subjetivista

Trilhando caminho diverso das teorias socioculturais, a Teoria do Autocontrole e a Teoria da Escolha Racional dão ênfase ao enfoque subjetivista, representado pelo livre-arbítrio.

*“Gelo, uísque e Red Bull
Na banca não pode
Calma, calma, calma aê, moleque
Cê é doido?
Essa aí já foi*

*Mais um guerreiro da vida sofrida
Olha como o moleque tá hoje
O Sol nasce, uma Juju na face
O moleque na brisa do doce*

*Já subiu minha foto no Face
O iPhone vai descarregar
Mas no pulso Patek Philippe
Avisa a hora de chegar*

*Toda Oakley que o moleque lança
A molecadinha gosta
Sua loja lucra, morador usa
Nós continua ditando moda*

*Ela passa na favela instigando todo mundo
O alvo dela é os pica do bagulho*

*Passo de Oakley, de Armani
Eu vou de Gucci, vou de Lacoste
Mas se der milho com nós
Nós vai soltar no bigode*

*Manda de Red, a de Black
Jack Daniel's, manda de Gold
Nós tá o ódio
E o papai tá forte hoje”.*

Tanto a criminologia clássica como a neoclássica veem no delinquente um ser racional, um ser livre para tomar decisões baseadas em custos e benefícios que uma conduta vá, presumivelmente, lhe proporcionar. Um indivíduo tende a tomar a decisão de infringir a lei quando o balanço exceda os benefícios que espera receber de sua ação ante os custos, tudo isso conforme ele perceba subjetivamente ditos benefícios/custos. Entre os custos se incluem as possíveis sanções formais, mas também outros custos potenciais, assim como a utilidade que poderá extrair dedicando seus esforços a atividades lícitas (SERANO MAÍLLO, 2013, p. 229).

Na Teoria do Autocontrole (*self-control*), GOTTFREDSON e HIRSCHI sustentam que a constituição motivacional para o desvio se funda no interesse do indivíduo, que busca um caminho mais fácil através do sopesamento entre custos e benefícios. Entretanto, reconhecem que cada indivíduo possui graus diversos de autocontrole, que também é determinado por meio da socialização, sobretudo através do processo educativo no bojo da família (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 297).

Assim, para que o crime ocorra não basta que o agente tenha baixo autocontrole; a receita adequada pressupõe, ainda, que o referido agente tenha uma oportunidade. A ocorrência da conduta desviante pressuporia um agente motivado (baixo autocontrole), uma vítima disponível e baixa vigilância (MAGALHÃES, 2006, p. 31).

A Teoria da Escolha Racional, por seu turno, não despreza as conquistas das teorias socioculturais, mas defende que elas precisam agregar o fator individual, na medida em que subsiste para o indivíduo a escolha racional. Em suma, a Teoria da Escolha Racional não nega que fatores ambientais (socioculturais) têm influência sobre o sujeito, porém não são a causa da criminalidade. Isso porque a grande maioria dos indivíduos que não têm acesso aos “meios legítimos” para atingir as “metas culturais” não delinque, ficando evidente a impossibilidade de imputação da criminalidade ao meio. Portanto, o fator ambiental é apenas um componente para a escolha racional e não o seu fator determinante.

A posição que o indivíduo ocupa na estrutura social pode fazer com que o crime seja uma alternativa válida. Se os empregos disponíveis são ruins e remuneram mal, o agente pode preferir atividades que, mesmo que não impliquem ascensão social ou ganhos materiais relevantes, exigem menos disciplina e proporcionam mais prazer (MAGALHÃES, 2006, p. 38).

As teorias criminológicas que surgiram ao longo do século XX ora dão maior ênfase à influência que o meio exerce sobre o indivíduo, quer a partir da exigência de metas culturais, quer pela internalização de valores deturpados de determinado grupo através da comunicação, ora se apoiam na escolha individual e racional do criminoso, que enxerga na prática da conduta desviada um meio eficaz para alcançar objetivos com menor esforço. Nessa toada se

verifica que também a criminologia não consegue superar os extremos deterministas e subjetivistas, o que apenas reforça a conclusão de que a ação delituosa é um fenômeno complexo, que não pode ser tratado isoladamente.

Entretanto não se pode olvidar que a miscelânea proposta pelas teorias criminológicas citadas influencia a caracterização da responsabilidade do adolescente, pois com mais razão o adolescente se vê exposto às influências dos meios familiar, comunitário e social.

4.1.3 A criminologia crítica

A criminologia crítica⁷⁶ caminha para lado diametralmente oposto ao da criminologia tradicional, a qual funda sua análise na identificação das causas do fenômeno criminal e nas formas de “tratá-lo”⁷⁷. Entretanto, importa deixar consignado que a criminologia crítica é um movimento amplo e heterogêneo, apesar de todas linhas beberem na mesma fonte original da luta de classes, fundadas em concepções marxistas da criminalidade.

Um estágio avançado da criminologia radical norte-americana e da nova criminologia europeia, englobando um conjunto de obras que, desenvolvendo um pouco depois as indicações metodológicas dos teóricos do paradigma da reação social e do conflito, e os resultados que haviam chegado os criminólogos radicais e novos, chegam, por dentro desta trajetória, à superação deles. E, nesta revisão crítica, aderem a uma interpretação materialista - e marxista, certamente não ortodoxa - dos processos de criminalização nos países de capitalismo avançado (ANDRADE, 2014, p. 89).

⁷⁶ Como já advertido anteriormente, os limites do presente trabalho não permitem - e não se insere no nosso objetivo - efetuar a análise das mais variadas vertentes criminológicas. Assim, foge ao objeto do presente trabalho discutir todo movimento representado pela criminologia crítica, motivo pelo qual ele é traçado em linhas amplas, apenas para situar a responsabilização (ou não) do adolescente que cometeu um ato infracional.

⁷⁷ “Os movimentos e as escolas criminológicas, desde a constituição das ciências penais da Modernidade, estiveram centrados no binômio criminalidade e criminalização. A primeira perspectiva, de tradição determinista, conglobou distintas teorias explicativas da criminalidade, modelos micro ou macrocriminológicos - centrados no *homo criminalis* ou na estrutura socioeconômica, respectivamente -, os quais, por mais dicotômicos que fossem desde a orientação ideológica, mantiveram a mesma metodologia e a mesma finalidade: realizar o diagnóstico da causa da delinquência e sugerir o prognóstico para sua contenção” (CARVALHO, 2013, p. 70).

“Como se recordará, ésta buscaba la explicación de los comportamientos criminalizados partiendo de la criminalidad como dato ontológico preconstituido a la reacción social y al derecho penal. Se recordará, asimismo, que tal criminología - que cuenta todavía con no pocos epígonos - pretendía estudiar en sus ‘causas’ tal dato, independientemente del estudio de la reacción social y del derecho penal.” (BARATTA, 2004, p. 166)

A criminologia crítica, partindo do pressuposto de que a conduta etiquetada como criminoso é ontologicamente igual a qualquer outra conduta humana, foca sua análise na reação social diante da prática do crime.

Con la perspectiva de la criminología crítica, la criminalidad no es ya una cualidad ontológica de determinados comportamientos y de determinados individuos, sino que se revela más bien como un estatus asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de los bienes protegidos penalmente, y de los comportamientos ofensivos a estos bienes considerados en las figuras legales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2004, p. 167).

O divisor de águas para a criminologia crítica origina-se na teoria do etiquetamento (*labelling approach*)⁷⁸, que em linhas gerais se refere ao processo de escolha social dos indivíduos que serão eleitos como alvos do aparelho repressor estatal, sendo o crime um rótulo que as classes dominantes impõem através de um processo de sujeição.

O enfoque do etiquetamento chama a atenção sobre a importância que a reação tem para o delito. O enfoque do etiquetamento quer dizer basicamente duas coisas. Em primeiro lugar, que não existe quase nenhum ato que seja delitivo em si mesmo, mas delitivo ou desviado é aquilo que se define como tal pela comunidade ou pelos órgãos do sistema de Administração da Justiça. A chave para que algo seja delitivo, portanto, não reside tanto em suas características intrínsecas, mas no etiquetamento que dele se faça (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 319).

Assim, em conclusão preliminar, é possível verificar que a criminologia crítica verte seus esforços não mais para as causas do crime, mas para os processos sociais de qualificação do criminoso como tal.

[...] é quando o enfoque macrosociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele, em especial o processo de criminalização, que o momento crítico atinge sua maturação na Criminologia, e ela tende a transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal (CALHAU, 2009, p. 80).

A criminologia crítica propicia o conteúdo material à etiqueta do *labelling approach*, identificando quais pessoas serão alvo de rotulação. A questão econômica marca tanto a escolha do bem jurídico a ser protegido (criminalização primária) quanto a seletividade concreta no processo de conhecimento e execução da pena (criminalização secundária). Esse processo de criminalização seletivo tem sua marca desde o processo legislativo até a execução

⁷⁸“Con las teorías de la criminalidad y de la reacción penal basadas en el *labelling approach* y con las teorías conflictuales tiene lugar, en el ámbito de la sociología criminal contemporánea, el paso de la criminología liberal a la criminología crítica” (BARATTA, 2004, p. 165).

da pena, demonstrando que o Direito Penal é baseado em um mito iluminista de racionalidade e igualdade que não se coaduna com a realidade (BARATTA, 2004, p. 168).

O objetivo declarado do princípio da legalidade em matéria penal, representado pelo brocardo latino *nullun crimem, nulla poena sine previa lege*, é a igualdade de todos perante a lei. Assim, aquele que tem a potencial consciência da ilicitude de uma conduta e, mesmo assim, decide praticá-la, incide nas penas a ela cominadas. Portanto, a lei em sentido estrito emanaria a todos, indistintamente, o comando de observância ao mandamento nela contido.

Todavia, para se saber sobre a universalidade e a igualdade é preciso ir além do texto posto, ir além da letra fria da lei. A pergunta que deve pautar o jurista é: Qual o processo de escolha dos bens jurídicos tutelados pela lei penal? Quem dita quais interesses entram e quais permanecem de fora da proteção penal? É exatamente nas investigações das respostas a essas perguntas que fica demonstrado, segundo a criminologia crítica, o processo de criminalização primária, quando são eleitas condutas que alcançam, majoritariamente, indivíduos pertencentes a grupos marginais⁷⁹.

Uma vez eleitos os bens e interesses consagrados pelas leis penais, nasce para a criminologia crítica outra etapa de criminalização, a chamada criminalização secundária, que se refere ao processo de sujeição criminal. A seletividade da criminalização secundária se realiza, por exemplo, com o posicionamento do policiamento nas áreas urbanas, identificando vilas e favelas como zonas quentes de criminalidade, embora nos condomínios da zona sul também haja incidência de delitos graves.

Identificado o alvo, por vezes jovens pobres, o processo de sujeição criminal se inicia com a acusação formal e com o rótulo a ele destinado pela sentença de condenação⁸⁰. Esse

⁷⁹ Entretanto, a criminologia crítica não consegue responder satisfatoriamente ao punitivismo das esquerdas. Vera ANDRADE, por exemplo, tenta imputar ao capitalismo essas pautas progressistas e cita o meio ambiente ecologicamente equilibrado que, embora interesse a todos, interessa “também ao próprio capitalismo, pois, se é condição de sustentabilidade da vida, também o é da própria estrutura social e da ordem que ela constitui” (ANDRADE, 2014, p. 173). A verdade é que, quando grupos progressistas emplacam suas pautas criminalizantes (homofobia, racismo, sexismo, misoginia, ecologia), o criticismo perde suas balizas, pois não deveria mais se valer da bengala da luta de classes para afastar a legitimidade do Direito Penal. Porém, continuam forçadamente buscando encaixar tudo a partir da concepção marxista da criminalidade. O raciocínio de Vera ANDRADE é que o capitalismo causa tais “assimetrias sociais”, sendo por isso responsável pelas demandas criminalizantes tidas como progressistas. A vinculação realizada é tão remota que se assemelha a tornar responsável o marceneiro que construiu a cama utilizada no adultério.

⁸⁰ Essa relação entre o Estado e o indivíduo incriminado é reconstruída numa perspectiva histórico-filosófica por Giorgio Agamben: “Observemos agora a vida do *homo sacer*, ou aquelas, em muitos aspectos similares, do bandido, do Friedlos, do *acquae et igni interdictus*. Ele foi excluído da comunidade religiosa e de toda vida política: não pode participar dos ritos de sua gens, nem (se foi declarado *infamis et intestabilis*) cumprir qualquer ato jurídico válido. Além disso, visto que qualquer um pode matá-lo sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpétua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro. Contudo, justamente por ser exposto a todo instante a

processo se aperfeiçoa quando o próprio alvo da criminalização secundária internaliza aquela qualificação outrora negativa (bandido) como uma qualificação positiva, passando a utilizar-se dela e perceber que aquele é o seu lugar⁸¹.

Uma experiência social ou uma trajetória de vida qualquer, na medida em que é tratada como uma transgressão de alguma norma, terá sido alvo de uma acusação social. Quando essa acusação é respaldada pela lei penal pode então ser “criminada”. Para que a “criminação” resulte em uma “incriminação” jurídica é preciso que se dê início a um processo oficial de incriminação. Considerando que o objeto do processo não é apenas a transgressão à lei, mas o próprio indivíduo transgressor, dá-se a “sujeição criminal”, ou seja, a “construção social do agente de práticas criminais como um “sujeito criminoso” (MAGALHÃES, 2006, p. 42).

A capacidade de desconstrução da criminologia crítica é impressionante, como se todo o pensamento dogmático produzido em torno do crime, sobretudo na evolução da teoria do delito, de nada adiantasse⁸². Os ensinamentos doutrinários se esfacelam como um castelo de cartas diante da contundente observação sobre os processos de criminalização primária e secundária. É inegável reconhecer a seletividade do Direito Penal denunciada pela criminologia crítica. Assim, será que resta apenas pedir ao último a sair para apagar as luzes?

A criminologia crítica indica a ferida, representada pela disfunção de um Direito Penal seletivo. Entretanto, ela própria não é indene a críticas, sobretudo por adotar um *non liquet*⁸³ sobre as causas da criminalidade⁸⁴. Ao pensar sobre as causas políticas do delito, os criminólogos críticos se esquecem dele mesmo⁸⁵.

uma incondicionada ameaça de morte, ele encontra-se em perene relação com o poder que o banuiu. Ele é pura zoé, mas a sua zoé é capturada como tal no bando soberano e deve a cada momento ajustar contas com este, encontrar o modo de esquivá-lo ou de enganá-lo. Neste sentido, como o sabem os exilados e os banidos, nenhuma vida é mais ‘política’ do que a sua” (AGAMBEN, 2007, p. 189).

⁸¹ “A sujeição criminal é o processo social pelo qual identidades são construídas e atribuídas para habitar adequadamente o que é representado como um “mundo à parte”, o “mundo do crime”. Há sujeição criminal quando há reprodução social de “tipos sociais” representados como criminais ou potencialmente criminais: bandidos. [...] Quando uma trajetória pessoal vem a se transformar em identidade, ela terá que ser - ainda que intimamente - valorizada positivamente pelo agente, o que significa metamorfosear uma identidade atribuída, socialmente negativa, em diferença positivamente auto-avaliada. A passagem da trajetória para a identidade conclui o processo da sujeição criminal e, a meu ver, constitui a chave para a compreensão de sua reprodução social” (MISSE, 1999, p. 72).

⁸² “A dogmática penal, apesar da profunda e irreversível crítica realizada pela criminologia sociológica, constantemente procura elementos novos e renovadas perspectivas legitimadoras para que siga revigorada a (falsa) crença em sua programação e funcionalidade” (CARVALHO, 2013, p. 198).

⁸³ Fernanda PALMA usa a expressão para demonstrar a posição dos pós-finalistas ao se furtarem à discussão sobre a liberdade no Direito Penal (PALMA, 2005, p. 34).

⁸⁴ A proposta da criminologia crítica é, em sua essência, um mundo de fantasia, enquanto o mundo real carece de discussões que sejam capazes de influenciar verdadeiramente as antigas práticas. De outro lado, criminólogos críticos respondem assim à acusação de utopia: “O criticismo é historicamente acusado de não oferecer alternativas ao sistema penal, viáveis em curto e médio prazos, o que evidencia a posição de leitores que nunca chegaram às últimas páginas de suas leituras, ou, se chegam, não as compreendem, precisamente porque as decodificam com as lupas de sua própria cegueira. Portadores de epistemologias mecanicistas,

Ora, se é certo que algumas condutas eleitas de antemão representam um processo de criminalização primária levada a efeito pelas classes dominantes, não é menos certo que o feixe de normas incriminadoras abarca condutas também perpetradas pelas classes dominantes, como a criminalidade econômica e tributária, a corrupção, os delitos contra o meio ambiente ou os crimes contra a organização do trabalho. Outras ações, por seu turno, representam um indiferente em relação à concepção marxista de luta de classes encampada pela criminologia crítica, como ocorre com o homicídio, com a violência doméstica, com a lesão corporal, com os delitos de trânsito e com os crimes contra a dignidade sexual, para citar apenas alguns exemplos.

Assim, o discurso romântico da criminologia crítica se deixa inebriar por uma orientação político-ideológica extremista⁸⁶ que diminui o seu importante valor na contenção dos excessos punitivos. Toda razão subsiste à criminologia crítica quando ela denuncia a existência de pautas criminalizantes e de processos de criminalização secundária notadamente seletivos. Porém sem razão quando induz seus seguidores a concluírem serem estas as únicas pautas, como se o Legislativo, as polícias, o Ministério Público e o Judiciário conspirassem contra os grupos marginalizados⁸⁷. Portanto, conclui-se que, embora existentes os processos de criminalização seletivos denunciados pela criminologia crítica, o espectro de bens jurídicos protegidos pelas leis penais ultrapassa em muito essa restrita concepção, alcançando também estamentos mais abastados da sociedade.

Não se olvide que durante o processo legislativo há *lobby* de grupos dominantes para que a punição dos delitos por eles cometidos seja simbólica, como ocorre com a previsão de extinção da punibilidade do crime tributário pelo pagamento do imposto devido, por exemplo.

matrizes da dicotomia problema-solução e incapazes de apreender o caráter processual da realidade e do conhecimento, eles não veem a ‘solução’ senão no marco dos seus códigos maniqueístas e dicotômicos, rotinizados no duplo ‘dogma da pena’ e ‘dogma da criminalização provedora’. Eles perguntam por perguntar, porque têm sempre a (mesma) resposta (mais pena) na mão” (VERA, 2014, p. 101).

⁸⁵ Certo é que há dentro da criminologia crítica movimentos isolados como o realismo de esquerdas, que denuncia o equívoco da criminologia crítica em pensar uma “criminologia sem delito”. “A criminologia realista, também conhecida como realismo de esquerdas, vê em raciocínios desse tipo, aos quais se refere como idealismo de esquerdas, um reducionismo grave e até um erro crasso, porquanto esquece que, sem dúvida, o delito causa dano e dor a suas vítimas, que se encontram paradoxalmente concentradas nas classes mais desfavorecidas, de forma que se trata de uma entidade real sobre a qual se deve fazer algo concreto e pragmático” (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 349).

⁸⁶ “[...] a substituição de um sistema moral por outro, caso ocorra, não passa de uma imposição da ética vencedora, que é, da mesma maneira, dotada de discricionariedade por parte daquele que o inventa, e não uma criação que perpassa o tempo, a época e o contexto” (SIQUEIRA, 2016, p. 145).

⁸⁷ Salo de Carvalho chegou ao ponto de acusar a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário de estarem irmanamente coesos em uma trama para a seletividade: “O encarceramento de pessoas que praticam delitos sem violência contra o patrimônio privado talvez seja um dos quadros mais dramáticos e representativos da trama de seletividade que envolve a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário nacionais” (CARVALHO, 2015, p. 637).

Entretanto, o movimento legislativo é, como a vida, heterogêneo, não havendo espaço para se afirmar que ele se apresenta como uma ação deliberada e linear contra os grupos marginalizados.

Os congressistas ora cedem às pressões midiáticas e populares para o endurecimento em relação aos crimes que alcançam grupos marginalizados, ora cedem a pressões para o endurecimento em relação aos crimes de “colarinho branco” ou para adoção das pautas criminalizantes de grupos progressistas.

Certo é que nessa disputa de interesses os grupos marginalizados não estão adequadamente representados, ocasionando uma fragilidade no processo de eleição dos bens jurídicos. A luta, portanto, deve ser focada na equalização das forças, mas isso não quer dizer que para equilibrar as demandas criminalizantes entre grupos diversos, quer sejam dominantes ou marginalizados, se crie cada vez mais tipos penais ou se agravem as penas dos crimes existentes. Ao revés, é preciso aperfeiçoar instrumentos para a contenção da libertinagem legislativa através da adoção de um conceito de bem jurídico crítico para o legislador (ROXIN, 2014), da descriminalização de condutas e do afastamento da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

Caso fosse possível graduar responsabilidades pela seletividade penal, a eleição dos bens jurídicos responderia por uma parcela menor, sendo a criminalização secundária a grande responsável. Apesar da exatidão na denúncia sobre a seletividade penal, há uma questão na criminalização secundária que não é elidida pela criminologia crítica em sua essência. Isso porque, ressalvadas as situações de erro de subsunção ou de análise da prova⁸⁸, a conduta descrita como homicídio, tráfico ou roubo ocorreu. Assim, se os méritos da criminologia crítica estão em desvelar que a estrutura real é seletiva, suas deficiências estão em não conseguir refutar a existência da conduta criminosa.

Qual é, então, a explicação racional para a punição somente daqueles mal-aventurados que por uma conjuntura específica (seletividade) caíram na teia do aparelho repressor estatal? Decerto, a pena criminal tem um caráter simbólico⁸⁹, dado o seu reduzido grau de abrangência

⁸⁸ Salo de CARVALHO, jogando luz na seletividade do sistema penal, se refere a *standards* decisoriais que os julgadores muitas vezes utilizam para qualificar uma conduta como tráfico de drogas e não posse para uso próprio, se refere a termos como “atitude suspeita”, “presença em área de tráfico” e “antecedentes criminais” (CARVALHO, 2015, p. 633).

⁸⁹ “A mistura explosiva entre a grande ‘necessidade de atuação’ social, de uma crença disseminada da eficiência dos instrumentos penais permite o surgimento do perigo de que o Direito Penal se recolha no engano de que ele poderia realmente solucionar seus problemas. O Direito Penal simbólico é, a curto prazo, um alívio, porém, a longo prazo, ele se torna devastador” (HASSEMER, 2007, p. 202).

em concreto, não parecendo justo que esse simbolismo recaia somente sobre os mal-aventurados de sempre.

Diante da prática de crime grave pouco importa o grupo a que pertence o autor⁹⁰, pois a partir de sua conduta racional ele abriu espaço para a aplicação legítima da sanção, desde que firmada sua culpa em um processo judicial que garanta o contraditório e a ampla defesa. A criminologia crítica, portanto, pela argumentação da seletividade não é capaz de elidir o crime, mas apenas denuncia que a repressão está prioritariamente focada em grupos marginalizados. O argumento que pretende substituir o sistema penal formal por outros meios de controle não leva em conta a real possibilidade de resistência do agente a esses meios, o que pode conduzir a um rápido retorno à barbárie, como porta escancarada para a vingança privada e o aumento da violência.

Plena concordância com a criminologia crítica se o foco da seletividade fosse apenas o autor pertencente a grupos marginalizados, como ocorria com as vetustas contravenções de mendicância e vadiagem. A seletividade exclusiva de autor merece ser veemente rechaçada pelo sistema judiciário, a quem incumbe afastar prisões arbitrárias e destituídas de provas concretas. Entretanto, a seletividade de autor, aquela sem o fato delituoso, não pode ser equiparada à ação do Estado diante da existência de crime grave⁹¹, aquela é injustificável, mas esta permanece legítima dentro do Direito Penal.

O que é disfuncional no sistema não é a punição de indivíduos que pertençam a grupos marginais que praticaram crimes graves⁹², mas sim a punição apenas destes, enquanto os criminosos de classes abastadas permanecem protegidos por uma redoma criada pelo sistema sociocultural, político e jurídico. O equilíbrio do sistema penal pode assim estar na desconstrução dessa redoma, o que apenas será possível quando a seleção dos sujeitos a serem incriminados não se der pela polícia a partir de critérios de cor da pele, local de moradia, renda ou trabalho⁹³. A seletividade, portanto, deve partir de opções político-criminais

⁹⁰ Claro que deve ser levado em consideração na análise da culpabilidade a capacidade de dirigibilidade normativa. Assim, uma vez fixada tal capacidade, aspectos externos impostos pelo meio social influenciarão apenas na gradação da culpabilidade.

⁹¹ A expressão *crime grave* é utilizada para designar crimes violentos e crimes que ofendam bens jurídicos individuais (ou com reflexos individuais) que sejam essenciais para a manutenção da vida em sociedade.

⁹² Certo é que a culpabilidade, mesmo na sua acepção neokantista de reprovabilidade, é diminuída ou até mesmo afastada em determinadas situações concretas em que o Estado não disponibiliza os meios para que o indivíduo possa compreender o conteúdo proibitivo da norma. Esse tema foi abordado por BUSTOS RAMÍREZ (2007), conforme a teoria do sujeito responsável demonstrada no Capítulo 3.

⁹³ Após mais de quinhentos anos de exercício pelo sistema penal da seletividade clássica, notadamente voltada para jovens pobres e do sexo masculino, atualmente há um movimento - ainda tímido - para mudança desse paradigma. O sistema penal, notadamente através das forças policiais, sempre exerceu a seleção de casos a partir da vulnerabilidade do agente (ZAFFARONI, 2002). Entretanto, o Ministério Público brasileiro, a partir

construídas democraticamente e que não tenham o foco no sujeito, mas sim no fato praticado⁹⁴.

Não é correto dizer que a maioria das condutas criminais é “resolvida” pelas esferas informais, pois tais condutas são tão somente toleradas pelo corpo social sem grandes fissuras. Isso quer dizer que, embora simbólico, o Direito Penal contribui para o equilíbrio do sistema. Como bem adverte Ferrajoli (2002), um Direito Penal democrático, balizado por um sistema garantista “SG”, é uma segurança do indivíduo não só contra os abusos do poder punitivo do Estado mas também contra a legitimação da vingança privada.

Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur*, mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas. Nesta perspectiva a pena “mínima necessária” de que falavam os iluministas – compreendida “pena” no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa – não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja, aquele da minimização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idôneo a indicar, em razão da sua homogeneidade como meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

As correntes que preveem a abolição da pena estatal como resposta às condutas desviantes traçam um panorama utópico de uma sociedade ideal inalcançável. A autorregulação de um sistema abolicionista abriria um perigoso espaço para a vingança privada, conduzindo a um rápido retorno à barbárie. É o que, em certa medida, assistimos hoje no Brasil, quando pessoas comuns do povo e sem histórico de violência se envolvem em episódios de linchamento de suspeitos apanhados em pilhagem ou outras condutas criminosas.

A criminologia crítica, apesar de nossas reservas, tem papel preponderante ao apontar a desfuncionalidade do sistema penal, colocando em evidência processos de sujeição criminal de grupos marginalizados. É inegável que os adolescentes-alvo de intervenção judicial, como foi possível perceber durante o percurso histórico do Direito Infracional, sobretudo no período

da percepção da impossibilidade de apuração e responsabilização de todos os crimes (cifra oculta), vem percebendo a necessidade da escolha racional dos casos a serem judicializados. Trata-se de uma espécie de “seletividade *gourmet*”.

⁹⁴ A discussão sobre o abandono da obrigatoriedade da ação penal passa por uma seleção das pautas pelo Ministério Público através de um processo democrático. Essa seleção de casos a partir de uma clara e divulgada política institucional que se coaduna com a missão institucional do Ministério Público, prevista no artigo 129 da CR, seria capaz de mitigar os efeitos da criminalização secundária. O Chile, por exemplo, já flexibilizou o princípio da obrigatoriedade da ação penal implementando uma “política criminal clara y consistente, que posibilite un uso eficiente de los recursos (siempre escasos) de la fiscalía, destinando las capacidades técnicas e investigativas a aquellos casos que efectivamente necesitan ser judicializados” (CHILE, 2012).

da situação irregular, são exatamente aqueles pertencentes a classes sociais economicamente desfavorecidas. Assim, uma teorização sobre a responsabilidade do adolescente não pode furtar-se a analisar o problema da seletividade, sob pena de ratificar processos de exclusão.

4.2 Contributos da psicanálise e da psicologia

A adolescência, mais que qualquer outra etapa da vida, apresenta grandes transformações não apenas do ponto de vista físico mas também do ponto de vista psíquico. Puberdade, palavra de origem latina que remonta ao nascimento de pelos e, portanto, à transformação física, indicia o rompimento do indivíduo com seu corpo de criança. Para além das visíveis transformações no corpo, a mudança mais significativa reside no psiquismo do adolescente. É quando ele inicia o percurso de abandono do Outro⁹⁵, visando alcançar sua própria subjetividade.

Essa etapa não é transposta sem desafios, sendo angustiante a busca de respostas. O tempo biológico, sem o anteparo do Outro que o conduzia na infância⁹⁶, faz com que o adolescente se veja errante, por estradas tortuosas e desconhecidas, e não raras vezes ele adotará uma postura desafiadora, como também o é o mundo que se descortina aos seus olhos.

A postura experimentalista do adolescente em algum momento poderá esbarrar naquilo que as leis penais descrevem como crime ou contravenção. Porém a infração à norma nessa etapa da vida não permite qualquer prognose de uma criminalidade futura - ao revés, na maior parte das vezes é apenas um sintoma típico da adolescência que irá desaparecer naturalmente com o amadurecimento.

[...] quase todos os jovens cometem algum delito, ainda que seja pequeno. Tanto é assim que Cuello Contreras sugeriu, talvez algo exagerado, que o delito nessa idade é algo tão normal que somente se considera uma conduta desviada porque se aplicam normas dos adultos, não dos jovens (SERRANO MAÍLLO, 2013, p. 134).

Não se defende, todavia, que se deve deixar ao talante do adolescente o simples descumprimento de regras sem que haja uma intervenção sob o argumento de que tal situação é inerente à adolescência. Assim, embora o comportamento desviante possa ser considerado

⁹⁵ A adolescência como momento em que o indivíduo se esforça na direção de elaborar o real das mudanças corporais e de se separar das posições e das formas de satisfação infantis constitui uma passagem, e não uma ruptura.

⁹⁶ Importa salientar que para educar é preciso que os adultos ocupem o lugar de referência. Entretanto, é cada vez mais comum na sociedade hodierna, sobretudo na latino-americana, que a referência do Outro, do adulto, seja frágil, quando não inexistente.

muitas vezes como fenômeno natural, é importante perceber que tal comportamento significa um sintoma de que algo não vai bem e, portanto, reclama uma intervenção.

De certa forma, inclusive na perspectiva da autonomia do sujeito, o desafio ao proibido, a sua dimensão crítica, se constitui em algo importante, dado que o submetimento alienado à proibição não auxilia na sua emancipação. Eventuais reiteraões são a oportunidade de explicações dialogadas dos interditos. Estes movimentos de desafio são constantemente realizados pelos adolescentes, sendo necessário constituir-se uma resposta que não ampute a autonomia que ele está procurando (ROSA, 2005, p. 88).

Nessa etapa as infrações são comuns, fazendo nascer a necessidade da intervenção que o adolescente demanda, porém tal intervenção não pode ser realizada a partir de um mero silogismo penal. Exatamente por isso a responsabilização na seara do ato infracional difere da simples resposta penal, dada pela aplicação do preceito secundário do tipo. Assim, a resposta ao ato infracional deve avaliar as particularidades do adolescente, permitindo a sua ressignificação, o que apenas é possível, quer nos meios de controle informais, como a família, quer na imposição de uma sanção pelo Estado, quando o adolescente participa do processo⁹⁷.

Todos passamos pela adolescência e, sem medo de errar, é possível dizer que muitos de nós, em algum momento dessa etapa, praticou alguma conduta que se subsume a um tipo penal. Brigas na escola (vias de fato ou lesão corporal), pequenos furtos, crimes contra a honra (injúria, calúnia ou difamação), ameaça a professores e colegas, desobediência à ordem legal de funcionário público, delitos de trânsito (dirigir sem habilitação gerando perigo de dano), uso de documento falso (passando-se por maior de idade), posse de droga para uso, talvez sejam alguns dos exemplos mais recorrentes. Mas será mesmo que todas essas condutas, embora abstratamente cominadas na lei penal, merecem uma intervenção do Estado na sua face repressora representada pelo sistema de justiça?

A responsabilização pelo Estado em relação ao ato infracional deve ser cercada de extrema cautela para que o indivíduo não fique marcado, já na adolescência, por um processo de sujeição criminal. O *streptus iudicii*⁹⁸ por vezes já é suficiente para deixar marcas nessa etapa do desenvolvimento do adolescente e, em vez de afastá-lo de uma trajetória infracional, possivelmente pode atraí-lo para esse caminho. Isso porque o processo de sujeição criminal

⁹⁷ “É por isso que é necessário oferecer aos adolescentes lugares de conversação, onde eles possam agarrar uma nova palavra que lhes permita, enfim, traduzir suas sensações e dizer sobre essa delicada transição” (LACADÉE, 2007).

⁹⁸ Constrangimento causado pelo processo judicial que pode ser traduzido de maneira assemelhada como o “barulho do processo”.

começa quando a própria escola trata casos de indisciplina como casos de polícia. Não é raro que uma ameaça em sala de aula ou uma briga de alunos resulte na condução do adolescente pela polícia militar até a autoridade policial, que lavrará um boletim circunstanciado de ocorrência ou, dependendo das circunstâncias concretas, até mesmo um auto de apreensão em flagrante de ato infracional. Inicia-se aí o processo de sujeição criminal.

À pergunta anteriormente feita, portanto, conduz à resposta de que nem toda conduta infracional necessita de uma sanção socioeducativa. Não se discute que em muitas situações professores se veem acuados diante da postura agressiva de alguns adolescentes, porém devemos jogar luz no tema da violência escolar, que na maioria das situações não é uma questão de polícia e de justiça.

As Diretrizes de Riad, como norma diretiva para interpretação do ordenamento interno, já indicava que o comportamento desviado muitas vezes faz parte do processo de amadurecimento⁹⁹. Outro não é o entendimento de Juarez Cirino dos SANTOS:

Em oposição à ideologia oficial, a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal (com exceção da grave violência pessoal, patrimonial ou sexual), que desaparece com o amadurecimento: infrações de bagatela e de conflito do adolescente seriam expressão de comportamento experimental, e transitório dentro de um mundo múltiplo e complexo, e não uma epidemia em alastramento, cuja ameaça exigiria estratégias de cerco e aniquilamento. As ações antissociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos e estupros, por exemplo: o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a fase da chamada *Peack-age* e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação (SANTOS, 2001, p.99).

A justiça por atacado, definitivamente, não dá conta da singularidade do adolescente. Isso porque ela não distingue entre casos, limitando-se a realizar a subsunção típica através de um silogismo rígido, sem buscar perceber o que há por trás da conduta infracional.

No ano de 2009, quando ainda tínhamos uma visão maniqueísta do Direito, a postura da gestora de uma das casas de semiliberdade de Belo Horizonte nos fez entender que alguns atos infracionais são reflexos típicos da adolescência e que, portanto, não requerem a intervenção do aparelho penal.

⁹⁹ “[...] reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade.” (ONU, 1990, item 4-e).

No episódio referido, um adolescente, após ser advertido por uma questão banal, adentrou furioso a sala da gestora dizendo que iria matá-la. Assim, na limitada visão do Direito o adolescente cometeu um injusto sancionável na seara infracional, motivo pelo qual deveria ser conduzido pela polícia, representado pelo Ministério Público e condenado a nova medida socioeducativa pelo Judiciário. Entretanto, a resposta real proposta pela gestora, uma psicanalista de formação, surpreendeu, pois ela, calmamente, se virou para o adolescente e disse algo do tipo: “Estou muito ocupada e não posso te atender agora, venha mais tarde para conversarmos”. O adolescente, sem reação, saiu da sala e, como era de se esperar, não consumou a ameaça.

A perspicácia da gestora em compreender que aquela ação de enfrentamento era uma reação típica da adolescência deu fim à história, sem que houvesse a necessidade de nova incursão em um procedimento infracional. É exatamente essa distinção que os atores que trabalham com adolescentes a quem se atribuem a autoria de ato infracional devem ter às claras, ou seja, não é toda conduta prevista na lei penal como crime ou contravenção que legitima uma intervenção da polícia e da justiça.

Certo é que a descrição da conduta em abstrato não poderá ditar o tom da necessidade de intervenção, mas sim as circunstâncias concretas da ação praticada. Assim, no mesmo contexto de ameaça é possível identificar uma ação concreta que se insira no âmbito da necessária intervenção do sistema de justiça infracional. Por exemplo, diferentemente do ato já citado, imagine-se um adolescente que possua ascendência no tráfico de drogas em determinada localidade e que, utilizando-se de uma arma de fogo, intimide moradores a deixarem suas casas para que naqueles locais sejam implantadas novas “bocas de fumo”. Esta segunda ameaça, embora se subsuma ao preceito primário do tipo legal tanto quanto a primeira, difere em relação à gravidade e à necessidade de intervenção, e aqui se torna legítima a intervenção do Estado em sua face repressora.

É inegável que a psicanálise nos auxilia a compreender o fenômeno do desvio em relação ao adolescente e que, guardadas as especificidades de cada ciência, é capaz de fornecer substratos para a teorização do ato infracional e de sua reação social. Já dissemos que muitas das condutas do adolescente classificadas como desviantes se inserem no contexto de seu processo de desenvolvimento, entretanto é preciso também compreender as motivações que levam ao proibido.

Para a psicanálise, o desejo de transgressão nasce *pari passu* com a criação da proibição¹⁰⁰, pois, como salienta FREUD, “não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com maior ênfase deve ser algo que é desejado” (FREUD, 1996, p. 82). A situação não é diferente no Direito, que prevê proibições como forma de contenção do gozo desenfreado, ou seja, o Direito busca conter os impulsos mediante a ameaça de sanção (ROSA, 2005, p. 72).

Uma reflexão sobre nossos pensamentos é capaz de demonstrar que todos temos fascinação pelo proibido, porém esse desejo de transgressão permanece latente na maioria das vezes, pois não nos permitimos o seu gozo. A contenção do gozo desenfreado é tema de advertência feita por FREUD porque, caso todos revertissem os seus impulsos em ação, a vida em sociedade seria conflituosa ao extremo:

Já falamos da hostilidade com a civilização, produzida pela pressão que esta exerce pelas renúncias do instinto que exige. Se se imaginarem suspensas as suas proibições - se, então, tomar a mulher que se quisesse como objeto sexual; se fosse possível matar sem hesitação o rival ao amor dela ou qualquer pessoa que se colocasse no caminho, e se, também, se pudesse levar consigo pertences do outro homem sem pedir licença -, quão esplêndida que a sucessão de satisfações seria a vida! É verdade que logo nos deparamos com a primeira dificuldade: todos os outros têm exatamente os mesmos desejos que eu, e não me tratarão com mais consideração que eu os trato. Assim, na realidade, só uma única pessoa se poderia tornar irrestritamente feliz através de uma tal remoção das restrições da civilização, e essa pessoa seria um tirano, um ditador, que se tivesse apoderado de todos os meios de poder. E mesmo ele teria todos os motivos para desejar que todos os outros observassem pelo menos um mandamento cultural: “Não matarás” (FREUD, 1974, p. 26).

A sociedade capitalista contemporânea também exerce influência sobre a conduta infracional do adolescente, mas de modo inverso, com uma exigência de gozo. Aquilo que tratamos na criminologia, sobretudo a partir das teorias socioculturais e da criminologia crítica, como metas culturais oriundas de um capitalismo avançado pode ser visto para a psicanálise como “objetos de gozo ou de consumo” (LACADÈE, 2011, p. 256). Assim, o adolescente, sobretudo o das periferias dos grandes centros urbanos, se vê confrontado diariamente com *objetos de gozo ou consumo* (roupas, dinheiro, prestígio) que não lhe são acessíveis.

¹⁰⁰ “O tabu é uma proibição primeva forçadamente imposta (por alguma autoridade) de fora, e dirigida contra os anseios mais poderosos a que estão sujeitos os seres humanos. O desejo de violá-lo persiste no inconsciente; aqueles que obedecem ao tabu têm uma atitude ambivalente quanto ao que o tabu proíbe. O poder mágico atribuído ao tabu baseia-se na capacidade de provocar a tentação e atua como um contágio porque os exemplos são contagiosos e porque o desejo proibido no inconsciente desloca-se de uma coisa para outra. O fato de a violação de um tabu poder ser expiada por uma renúncia mostra que esta renúncia se acha na base da obediência ao tabu” (FREUD, 1996, p. 51).

A combinação entre as mudanças pubertárias, o fascínio pelo gozo e o consumismo decerto não determinam o adolescente a praticar o ato infracional, como se fosse atuado por um conjunto de forças irresistíveis. Entretanto, também não se pode negar que tais circunstâncias influenciam na escolha do adolescente, sobretudo pela sua concepção focada nos prazeres imediatos em detrimento de uma visão de longo prazo.

Ao discorrer sobre o mal-estar nas sociedades contemporâneas, SAVIETTO (2007, p. 441) esclarece: “Trata-se de uma cultura que privilegia a satisfação imediata, na qual os indivíduos buscam incessantemente suprimir a dor, o que incita a saídas de caráter imediatista e absoluto como o recurso às passagens ao ato”. Sucede que a busca irrestrita da satisfação “tem levado os jovens à morte” (VIDIGAL, 2010, p. 24).

Cada día, especialmente en los ambientes urbanos de los países industrializados, más gente joven resuelve sus diferencias y conflictos triviales empuñando navajas o recurriendo a pistolas y matándose unos a otros a tiro limpio. A menudo, tanto los agresores como las víctimas son demasiado jóvenes o inmaduros para darse cuenta de que la muerte no es reversible, no es un truco del cine o de la televisión, no es algo que se puede hacer y deshacer en un abrir y cerrar de ojos (MARCOS, 1995, p. 92).

Por um lado, é possível identificar o desejo de transgressão exteriorizado pelo adolescente como uma resposta típica da adolescência que não merece maiores consequências na seara infracional. Por outro, o desejo de transgressão desenfreado, de gozo ilimitado indica que algo não vai bem, apontando para família, para a sociedade e também para o Estado que o adolescente está reclamando uma intervenção¹⁰¹.

Sobre a passagem ao ato, o psicanalista Phillipe LACADÉE (2011, p. 258) explicita que “diante do excesso de gozo que invade o seu corpo, deixando-o fora do discurso, o adolescente pode optar por uma errância verbal ou física”. E complementa:

Quanto à verdade imediata do ser, cada um dá a melhor versão possível mediante uma invenção, um estilo de vida e, no pior dos casos, revela a sua parte impossível de ser suportada através de um sintoma ou de uma passagem ao ato (LACADÉE, 2011, p. 263).

Ao que se percebe, o desejo de transgressão¹⁰² é uma constante para todos os indivíduos, mas se reflete com maior intensidade na adolescência, fase em que o indivíduo

¹⁰¹ O adolescente, na falta de palavras, atua de outra forma em busca de uma inscrição, utilizando-se da violência, do uso de drogas e de álcool, da prática de atos infracionais.

¹⁰² O adolescente tem um desejo de transgressão que vem da necessidade de se separar do Outro da infância, que por sua vez representava uma autoridade. Porém a transgressão também pode significar uma tentativa de

perde sua referência no Outro que o amparava na infância. Assim, a transgressão nessa etapa da vida representará na maior parte das vezes uma etapa do processo que não deve ser potencializada pelas instâncias de controle penal¹⁰³. A intervenção através da aplicação de uma medida socioeducativa, por sua pesada carga sancionatória, deve ser realizada como *ultima ratio* e não como forma de expiação, mas sim como forma de apontar ao adolescente as possibilidades de resignificação em relação ao ato cometido.

A resposta jurídica, adstrita ao dogmatismo penal, com suas estruturas compartimentadas e estanques, não é capaz de apreender as nuances da riquíssima construção psíquica que se desenvolve durante a adolescência. Além do forte desejo de transgressão decorrente do processo de libertação do adolescente em relação ao Outro na busca de sua própria subjetividade, é importante destacar que a internalização dos valores sociais do grupo¹⁰⁴ também sofre a influência da idade.

Todos os modelos penais utilizam parâmetros de racionalidade para a responsabilidade do agente que pratica uma conduta descrita como criminosa (TANGERINO, 2014, p. 120). Assim, além das questões já analisadas, como o desejo de transgressão e a busca do gozo desenfreado, é preciso perquirir se o adolescente tem condições de compreender o caráter ilícito do fato e de se orientar pela norma.

No campo da psicologia, o processo de internalização de normas é proposto por JEAN PIAGET a partir de uma gradação evolutiva moral do indivíduo que se iniciaria a partir de uma fase de anomia (pré-moral), passando por uma fase de heteronomia (na qual as normas são internalizadas, porém sem racionalização) e chegando finalmente, caso o indivíduo passasse pelas fases anteriores, à autonomia (TANGERINO, 2014, p. 123).

Indo além da concepção de PIAGET, Lawrence KOHLBERG sistematizou as etapas da moralidade a partir dos níveis pré-convencional, convencional e pós-convencional, cada um deles contendo dois estágios evolutivos. Porém o que mais chamou atenção nos estudos de KOHLBERG foi a realização de uma pesquisa com aproximadamente cem entrevistados nos Estados Unidos, conduzida ao longo de décadas e na qual ele buscou classificar os entrevistados a partir da consciência moral adquirida em relação à idade (TANGERINO, 2014, pp. 124-129).

tratar esse gozo que transborda em seu corpo e que ele não sabe nomear.

¹⁰³ Isso não quer apontar para uma desresponsabilização do adolescente; um ato não é sem efeitos e mesmo que não seja acolhido pelo sistema de justiça criminal a transgressão precisa ser tratada em alguma instância, seja na família, na escola, na igreja etc.

¹⁰⁴ Aqui abstraímos da discussão sobre valores divergentes em relação aos diversos grupos dominantes ou marginais, para demonstrar apenas os níveis de vinculação a determinado grupo durante a adolescência.

Analisando o gráfico fruto do trabalho de KOHLBERG, é possível constatar que a imensa maioria dos indivíduos observados com idade entre 12 e 18 anos se encontravam entre os níveis 1 e 3, o que significa dizer que ou estavam na fase pré-convencional ou no primeiro estágio da fase convencional, logo não alcançando o estágio pós-convencional ou de autonomia. É certo que o experimento de KOHLBERG pode ser criticado por não se enquadrar em parâmetros universais, já que foi realizado em ambiente restrito, de uma certa cultura, porém os méritos se mantêm incólumes ao identificar através de método empírico, e não apenas culturalmente aleatório, os níveis de moralidade individualizados por um grupo, dando-nos parâmetros para a análise da baixa tolerância a regras durante a adolescência.

Portanto, quer a partir da análise psicanalítica, quer a partir das concepções de PIAGET e KOHLBERG, é possível perceber que as pessoas entre 12 e 18 anos se encontram em uma fase de transição que influi no seu atuar. A ação do adolescente pode ser expressa em grande parte das vezes como um movimento natural decorrente do processo de amadurecimento que não influirá na vida adulta. E, mesmo quando a atuação do adolescente se revela como um gozo desenfreado, a resposta socioeducativa deve levar em consideração que aquele indivíduo ainda se encontra nos primeiros níveis de internalização de regras e valores e que, portanto, sua responsabilização deve ser realizada considerando-se as suas peculiaridades.

Aliada às constatações acima, mesmo as recentes descobertas neurocientíficas, como veremos mais detidamente no próximo item, demonstram que o cérebro do adolescente passa por mudanças, o que demanda uma forma de punição diversa da utilizada para os adultos.

Especialy needed are studies that link developmental changes in decision making to changes in brain structure and function... In our view, however, there is sufficient indirect suggestive evidence of age differences in capacities that are relevant to criminal blameworthiness to support the position that youths who commit crimes should be punished more leniently than their adult counterparts (STEINBERG; SCOTT *apud* GREENE, 2004, p. 1779).

Assim, mais danosa que a tolerância ao ato infracional pelo tecido social é o etiquetamento precoce do indivíduo como criminoso. Isso porque, como já vimos, a postura infracional do adolescente pode representar, para a psicologia, parte do processo de amadurecimento ou, para a psicanálise, como um sintoma que precisa ser tratado. Em ambas as hipóteses, no entanto, a resposta estatal não deve submeter-se a um mero silogismo penal, aplicando-se sempre medidas de cunho predominantemente punitivo.

Exatamente por isso precisam ser revisitados os elementos da teoria do delito, para que funcionem como mais um filtro para a rotulação de adolescentes como criminosos. Decerto a dogmática não é um fim em si mesmo, como se a simples teorização de limites da responsabilidade infracional fosse capaz de dissipar o etiquetamento de adolescentes como delinquentes quando inexistente um potencial lesivo individual e social da conduta. Entretanto, não nos podemos abster de discuti-la.

4.3 Contributo das neurociências

Importa não desconhecer as perspectivas do passado para a construção das concepções do futuro. Assim, devemos recordar que no século XIX o médico italiano Cesare LOMBROSO inaugurou a Escola Positiva de Direito Penal a partir da concepção de antropologia criminal. Utilizando-se do mesmo método positivista largamente festejado pelas ciências naturais, LOMBROSO partiu da observação de cadáveres para cunhar sua tese sobre o criminoso nato. Segundo seus estudos, alguns indivíduos sofriam de características atávicas indicativas de um estágio evolutivo primitivo, e esses indivíduos tinham propensão para o crime.

Para a antropologia criminal da Escola Positiva, o delinquente é produto de características inatas que determinariam a ação desviada. A antropologia criminal de LOMBROSO foi e ainda é alvo de severas críticas, pois, se o criminoso é dotado de características inatas, identificáveis por meio do método científico positivista, as teorias da pena, quer em sua face preventiva especial, quer em sua face preventiva geral, teriam pouca ou nenhuma utilidade para a desmotivação do agente.

Diante da determinabilidade biológica para a ação delinquente, segundo a concepção lombrosiana, as medidas adequadas para o enfrentamento da criminalidade seriam aquelas voltadas para a defesa social, sobretudo as de caráter preventivo, ou seja, estaria legitimada a segregação de pessoas com “tais características” antes mesmo da ocorrência da ação criminosa.

Quase dois séculos depois dos “avanços” apresentados pela antropologia criminal lombrosiana, tal concepção é novamente reportada, agora sob a feição das prematuras descobertas das neurociências¹⁰⁵. Os avanços neurocientíficos apontam, a partir de análises do

¹⁰⁵ “[...] revigoramento das pesquisas etiológicas sobre violência (notadamente as baseadas na Neurociência) uma assustadora regressão ‘atávica’ lombrosiana” (ANDRADE, 2012, p. 166).

cérebro humano, que uma série de conexões determina o curso das ações humanas, reduzindo-se ainda mais o âmbito daquilo que se conhecia como livre-arbítrio¹⁰⁶.

Tais descobertas deixaram cientistas do mundo inteiro empolgados, abrindo novos flancos de investigação do comportamento criminoso, sobretudo o violento. No Brasil, por exemplo, até mesmo adolescentes homicidas foram objetos de proposta de investigação do departamento de neurologia e genética da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Tal estudo foi abandonado em razão da forte reação social, que taxou a proposta como um retorno, sob “novas máscaras, a velhas práticas de extermínio e exclusão” (ALEIXO, 2012, p. 96).

As descobertas neurocientíficas apontam para uma determinabilidade biológica de nossas ações, mas será mesmo que a prática de um homicídio, de um roubo ou de um estupro é predeterminada por nosso cérebro, havendo pouca ou nenhuma margem de ação para o agente?

A partir da década de 1990, com a evolução da ressonância magnética, os neurocientistas começaram a submeter o cérebro humano a estímulos e, em paralelo, a observar, através das imagens obtidas, o modo como ele se comportava. Benjamim LIBET¹⁰⁷ percebeu, através do monitoramento do cérebro humano por ressonância magnética, que determinadas partes do cérebro eram ativadas em fração de milissegundos antes da decisão consciente para a prática do ato.

I have taken an experimental approach to this question. Freely voluntary acts are preceded by a specific electrical change in the brain (the “readiness potential”, RP) that begins 550 ms before the act. Human subjects became aware of intention to act 350–400 ms after RP starts, but 200 ms before the motor act. The volitional process is therefore initiated unconsciously. But the conscious function could still control the outcome; it can veto the act. Free will is therefore not excluded. These findings put constraints on views of how free will may operate; it would not initiate a voluntary act but it could control performance of the act. The findings also affect views of guilt and responsibility. But the deeper question still remains: Are freely voluntary acts subject to macro-deterministic laws or can they appear without such constraints, non-determined by natural laws and ‘truly free’? (LIBET, 1999, p. 47).

¹⁰⁶“A constatação empírica de que os fenômenos de consciência que exprimem desejos e intenções são antecedidos de alterações físicas no cérebro quando se desenvolve o processo que conduz a um acto voluntário deixa no ar a interrogação sobre o verdadeiro papel da consciência na acção voluntária” (PALMA, 2005, p. 48).

¹⁰⁷ LIBET não se encontra isolado. HASSEMER, por exemplo, cita os estudos do neurocientista Gerhard Roth, o qual escreveu que “o ato de vontade consciente [não poderia] de forma alguma ser causa do movimento, porque esse movimento já houvera sido determinado por meio de processos neuronais” (HASSEMER, 2013, p. 217).

Tal como LOMBROSO séculos antes, LIBET utiliza-se do método científico para concluir que o cérebro inicia o processo antes da decisão voluntária nesse sentido (1999, p. 49). Não obstante as conclusões científicas de LIBET, parece-nos temerário conceber os seres humanos como marionetes nas mãos de um organismo com vontade própria.

O que as neurociências nos revelam, através de um rigor científico positivista, nada mais é do que aquilo que as ciências sociais aplicadas, em especial a filosofia, já nos diziam há séculos. Os seres humanos, como os outros animais, são dotados de instintos que por vezes determinam, sim, o curso da ação, porém o que nos diferencia é a sapiência, ou seja, a capacidade de dominar tais instintos, racionalizando-os.

Numa visão compatibilista entre as neurociências e a responsabilização penal, Joshua GREENE (2004, p. 1775) defende que as novas descobertas das neurociências terão influência na mudança de percepção sobre o livre-arbítrio como elemento fundante da valoração moral da responsabilidade criminal. Isso porque historicamente o Direito Penal se incumbiu de estabelecer a responsabilidade do agente a partir da possibilidade de atuar de outro modo, o que pressupõe a liberdade de escolha entre diversos cursos de ação. Ele sustenta que a legitimação da pena ou é fundada na *consequentialist justification*, que pune para melhorar o indivíduo, ou na *retributivist justification*, que busca dar às pessoas o que elas merecem a partir de ações passadas (GREENE, 2004, p. 1776).

Assim, considerando que o sistema de justiça criminal possui índole predominantemente retributiva, porque fundado num suposto livre-arbítrio, ele sustenta que as descobertas das neurociências que negam o livre-arbítrio podem conduzir a uma alteração de paradigma. Em vez de ser preponderantemente retributiva, a punição continuaria a ser viável na sua face consequencialista, ou seja, voltada para o bem-estar futuro do condenado (GREENE, 2004, p. 1776).

Para justificar seu ponto de vista, GREENE dirige seus olhos ao passado, dizendo que a responsabilização criminal sempre exigiu um parâmetro mínimo de racionalidade, cuja definição, historicamente, foi construída por ciências afins, como a Psiquiatria. Assim, se no passado e no presente o Direito se vale de ciências afins para a análise da normalidade psíquica, também não deve ser diferente com as neurociências.

Portanto, GREENE sustenta que as neurociências, à luz do caso concreto, poderão ajudar a entender se no momento da ação o agente possuía ou não essa racionalidade

mínima¹⁰⁸. Segundo ele, o rechaço da dogmática penal às neurociências é fincado em premissa equivocada, como se a causalidade anormal fosse suficiente para desculpar o agente. Por isso ele identifica que as *neurosciences changes nothing*, pois elas não são suficientes para desculpar o infrator.

Em suma, GREENE argumenta que as descobertas da nova ciência não são capazes de exculpar o indivíduo por suas ações porque os fatores biológicos e ambientais são parte indissociável do indivíduo. Nesse ponto a sua conclusão é assertiva, pois não há como conceber que o cérebro atuou sozinho, já que “there is no little man, no ‘homunculus’, in the brain that is the real you behind the mass of neuronal instrumentation” (GREENE, 2004, p. 1779).

Ora, se o cérebro, segundo os estudos de GREENE, é parte indissociável do indivíduo, o que faz com que ele remanesça responsável por suas ações, será que subsistiria algum ponto relevante de interlocução entre as neurociências e o Direito Penal? GREENE apresenta um discurso tentador a essa pergunta, pois além da já defendida possibilidade de identificar parâmetros mínimos de racionalidade na atuação concreta, ele sustenta que a principal mudança está no âmbito do modo como concebemos a punição. Isso porque nosso sistema retributivo de responsabilidade está calcado no inexistente livre-arbítrio. Assim, os avanços neurocientíficos seriam capazes de demonstrar que a noção de responsabilidade criminal deveria ser pautada em parâmetros consequencialistas, ou seja, com o olhar voltado para o futuro, desconectado de julgamentos morais retributivos¹⁰⁹.

Entretanto, a exemplo de LOMBROSO, parece-nos que a perspectiva de GREENE pode representar uma porta aberta para o atraente discurso das medidas preventivas de defesa social¹¹⁰. Vale dizer, nem o próprio LIBET está certo de que as descobertas neurocientíficas

¹⁰⁸ “The law assumes that people have a general capacity for rational choice. That is, people have beliefs and desires and are capable of producing behaviour that serves their desires in the light of their beliefs. [...]. Thus, the argument goes, new science can help us to figure out who was or was not rational at the scene of the crime, much as it has in the past, but new science will not justify any fundamental change in the law’s approach to responsibility unless it shows that people in general fail to meet the law’s very minimal requirements for rationality” (GREENE, 2004, p. 1778).

¹⁰⁹ “Free will as we ordinarily understand it is an illusion generated by our cognitive architecture. Retributivist notions of criminal responsibility ultimately depend on this illusion, and, if we are lucky, they will give way to consequentialist ones, thus radically transforming our approach to criminal justice. At this time, the law deals firmly but mercifully with individuals whose behaviour is obviously the product of forces that are ultimately beyond their control. Some day, the law may treat all convicted criminals this way. That is, humanely” (GREENE, 2004, p. 1784).

¹¹⁰ “Do campo das neurociências, onde se examina o processo de formação das decisões humanas, alcança-nos, penalistas, há alguns anos, o canto das sereias: venham para cá, ouçam-nos, nós temos algo importante a lhes dizer, algo que vai mudar seu mundo - assim eles nos chamam [...] Tanto em termos de conteúdo, quanto estratégica e retoricamente, o canto me lembra as duas ondas que alcançaram o Direito Penal, e sobretudo a sua ciência, no passado recente, os antropometristas italianos, como Lombroso e Ferri, que com a

excluem o livre-arbítrio, pois, segundo ele, mesmo que o processo se inicie involuntariamente, subsiste para o indivíduo a possibilidade de vetar a prática do ato. Admite ele que entre o início do processo (involuntário) e a enervação muscular incide um lapso temporal suficiente para a decisão consciente de obstar a prática do ato.

The initiation of the freely voluntary act appears to begin in the brain unconsciously, well before the person consciously knows he wants to act! [...] To answer this it must be recognized that conscious will (W) does appear about 150 msec before the muscle is activated, even though it follows onset of the RP. An interval of 150 msec would allow enough time in which the conscious function might affect the final outcome of the volitional process. [...] Potentially available to the conscious function is the possibility of stopping or vetoing the final progress of the volitional process, so that no actual muscle action ensues. Conscious-will could thus affect the outcome of the volitional process even though the latter was initiated by unconscious cerebral processes. Conscious-will might block or veto the process, so that no act occurs (LIBET, 1999, p. 51).

Os avanços pontuais das neurociências não devem ser transportados como verdades inexoráveis para o Direito, já que os experimentos são limitados e não possuem força para expurgar o livre-arbítrio, motivo pelo qual LIBET continua a acreditar na escolha racional até que, conforme suas próprias palavras, “uma real evidência contraditória apareça”¹¹¹.

As experiências feitas por neurocientistas acerca da ação humana isolam o ato para análise em fração de milissegundos, porém tal isolamento provoca uma deturpação do ponto de vista do observador, que se vê limitado pelo método adotado¹¹². Não se pode olvidar que o ser humano é um indivíduo cultural, que se contrói ao longo do tempo pela comunicação, pela interação com outras pessoas. Assim, a limitação do método de análise neurocientífico acaba por esquecer que o ato decisório envolvendo a prática de uma conduta desviada não é construído em fração de milissegundos, mas sim culturalmente, ao longo da vida.

autoconfiança e o vigor das jovens ciências naturais exatas miraram no coração do Direito Penal da culpabilidade ao criar e levar adiante a figura do ‘criminoso nato’, e psicólogos e cientistas sociais como Arno Plack, que na onda intelectual da crítica institucional e da fragmentação de sistemas dos anos 70 defendiam a abolição do Direito Penal e não tinham nada melhor a oferecer como alternativa do que um direito de medida de segurança aflitivo e decididamente menos amigável” (HASSEMER, 2013, p. 212).

¹¹¹ “My conclusion about free will, one genuinely free in the non-determined sense, is then that its existence is at least as good, if not a better, scientific option than is its denial by determinist theory. Given the speculative nature of both determinist and non-determinist theories, why not adopt the view that we do have free will (until some real contradictory evidence may appear, if it ever does)” (LIBET, 1999, p. 56).

¹¹² HASSEMER, sobre a influência do determinismo concebido pelas neurociências na responsabilidade penal, conclui que há um claro erro que ele denomina “categorial”. Isso porque “cada ciência vislumbra somente aquilo a que seus instrumentos permitem ter acesso e somente encontra uma resposta no campo em que seu instrumentário lhe permite formular perguntas que correspondem, categorialmente, a uma resposta” (2013, p. 217).

Já no finalismo de WELZEL, por exemplo, há uma expressa defesa de que os impulsos podem ser controlados, pois a análise do ato finalisticamente dirigido transcende o momento exato de sua prática (TANGERINO, 2014, p. 93). JAKOBS, ao discorrer sobre a intencionalidade no finalismo, observa:

Com isso, quer-se dizer que uma pessoa é capaz de antecipar em pensamento as consequências de seus movimentos corporais, selecionar os processos causais para obtenção do objetivo tencionado e “impor” as condições necessárias para a evolução dos processos (JAKOBS, 2009, p. 193).

As fases para a prática de uma determinada ação delituosa, o chamado *iter criminis*, pressupõem, antes do efetivo início da execução, a cogitação e a preparação. No âmbito da cogitação, é preciso ter em mente que a decisão para a prática de uma ação delituosa não surge do nada, mas da relação que aquele indivíduo constituiu ao longo de sua trajetória de vida, em comunicação com outros indivíduos.

Kant sustenta que, embora o homem seja um ser senciente, movido por instintos, o que o distingue dos demais seres vivos é que ele também é sábio, ou seja, transita no mundo inteligível sem ter a necessária obediência cega ao mundo sensível.

[...] porque ser livre é não depender de determinações do mundo sensível (e isso é que a razão deve sempre atribuir a si mesma) [...]. Já que somos parte, simultaneamente, de ambos os domínios - o da necessidade e o da liberdade - existirá sempre uma lacuna potencial entre o que fazemos e o que devemos fazer, entre como as coisas são e como deveriam ser (SANDEL, 2012, p. 161).

Parece-nos perfeitamente possível uma visão que, sem descurar da influência dos fatores biológicos, como os denunciados pelas neurociências, acredita remanescer ao indivíduo a capacidade de se orientar, pois “uma decisão que não esteja condicionada por nada é o acaso e, por isso mesmo, não pode ser imputada ao autor” (ROXIN, 2014, p. 112).

Quem - seja por qual motivo - nega que a pessoa possa ser responsável por aquilo que ela faz retira uma pedra angular não apenas de nossa ordem jurídica, senão também do nosso mundo. Atinge, assim, as bases normativas de nossos contatos sociais, o reconhecimento como pessoa. A base desse reconhecimento é a expectativa mútua de que o encontro humano ocorre não como um sistema de ossos, músculos e nervos, mas que o outro nos percebe igualmente como pessoa e se guia de acordo com essa percepção (HASSEMER, 2013, p. 221).

Portanto, as descobertas realizadas pela neurociência, sobretudo a partir da década de 1990, conquanto propiciem um importante passo para entender o funcionamento do cérebro humano, não respondem ao dilema do livre-arbítrio *versus* determinismo. Isso porque,

conforme vimos, a evolução até então experimentada apenas comprova o funcionamento do ato humano naquela fração de milissegundos, sem, no entanto, efetuar uma análise mais abrangente, que abarque a motivação pretérita e a formação cultural do indivíduo, assim entendida como a relação de interação que o indivíduo constituiu com o meio ao seu redor através da comunicação.

Se as primeiras impressões de reforço ao determinismo impostas pelas descobertas das neurociências pouco influem na responsabilização do agente pelo seu ato, com mais razão a introdução de tais parâmetros na responsabilidade do adolescente se vê prematura. Não se duvida que em grande parte o adolescente, tomado por uma força pulsional, efetua a passagem ao ato sem antes *efetuar o trabalho psíquico de processamento*” (SAVIETTO, 2006, p. 25). Entretanto, à míngua de evidências concretas sobre a real extensão da racionalidade, deve ser o adolescente reconhecido como pessoa e, portanto, responsabilizado por seus atos que possuam real carga de violação das normas aceitas pelo grupo.

Quer em relação ao adulto, quer em relação ao adolescente, o que as incursões na criminologia, na psicologia ou nas neurociências nos indica é que o livre-arbítrio é uma ilusão, não havendo atitude verdadeiramente livre na origem. Entretanto, o que basta para a responsabilização do agente por um ato seu é que o indivíduo tenha liberdade, conceito que não se confunde com o extremado livre-arbítrio.

Cada indivíduo é um ser único e culturalmente construído, sendo evidente a existência de comportamentos díspares até mesmo por gêmeos idênticos submetidos à mesma criação. Assim, a liberdade para ser responsável é um conceito intimamente ligado à pessoa; negar a liberdade é o mesmo que negar a humanidade ao indivíduo.

“La persona sólo puede hablar, pensar, amar o alegrarse porque se siente como dirigente y no sólo como dirigida” (HASSEMER, 1984, p. 286). Isso não quer dizer que diversos fatores de ordem ambiental, biológica e social não influenciem na tomada de decisão do adolescente, mas apenas que tais elementos não se revertem em limitações deterministas intransponíveis para a responsabilização. Negar a capacidade de liberdade do adolescente é o mesmo que volver os olhos para o passado, para o menorismo, como se o adolescente fosse um objeto a ser tutelado por ausência de vontade própria.

5 O ADOLESCENTE RESPONSÁVEL

O ato infracional não é conceituado como qualquer conduta do adolescente, tida como “desviante”, que se afaste dos padrões “normais” criados pela expectativa social, mas somente aquelas descritas em abstrato como crime ou contravenção (BRASIL, 1990, art. 103). Entretanto, mesmo sendo tipificadas na lei penal como crime ou contravenção, determinadas condutas poderão, em algumas situações, não ensejar a aplicação de medida socioeducativa. A simples subsunção formal da conduta do adolescente à descrição da lei não é suficiente, sendo mero ponto de partida. Para se responsabilizar o adolescente no âmbito da justiça da infância e da juventude, será necessário, para além da tipicidade, a concorrência dos outros elementos do delito (antijuridicidade e culpabilidade)¹¹³.

No que toca às categorias jurídico-penais da tipicidade e da antijuridicidade, não é preciso impor grandes transformações à clássica construção da teoria do delito para adequá-la ao ato infracional, podendo ela ser transposta sem maiores dificuldades.

En relación a las características propias de la teoría del delito, esto es, tipicidad y antijuridicidad, ellas necesariamente habrían de concurrir para que se pueda imputar un delito al adolescente y, por consiguiente, la prueba del proceso girará en torno de la comprobación de estos dos elementos de la teoría del delito (BUSTOS RAMÍREZ, 2007, p. 34).

A verificação da conduta típica e antijurídica é indispensável antes da aplicação de uma sanção socioeducativa. Claro que, embora a essência dessas categorias jurídico-penais se mantenha incólume na apuração do ato infracional, isso não quer dizer que essas categorias não tenham que ser analisadas à luz do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 6.º do ECA). Portanto, a extensão de uma legítima defesa, por exemplo, deve ser aquilatada com as condições pessoais do adolescente infrator (BUSTOS RAMÍREZ, 2007, p. 34).

Como ficou dito, não há grandes dificuldades na aferição da tipicidade e da antijuridicidade na conduta perpetrada pelo adolescente, porém melhor sorte não subsiste em relação à culpabilidade, já que o pressuposto básico para se analisar tal elemento é a verificação da imputabilidade do agente.

¹¹³ “Por lo que se refiere al delito en sí, en primer lugar no se debe exigir sólo la realización antijurídica de un tipo delictivo, sino que también debe ser culpable en sentido estricto, es decir, causado en estado de motivabilidad normativa” (JÄGER, 2013, p. 103).

Para se entender a controvérsia sobre a possibilidade de análise da culpabilidade em relação ao ato infracional, é preciso rememorar a ideia de culpabilidade como reprovação, cunhada no início do século XX por Reinhard FRANK. Naquela época, fazendo alusão ao julgado do Tribunal do Império Alemão sobre o caso do cavalo que não obedecia às rédeas (*Leinenfänger*)¹¹⁴, FRANK identificou que a valoração da culpabilidade deve ser feita considerando todas as “circunstâncias concomitantes”. Assim, em dadas situações, seria até mesmo possível exculpar o agente quando lhe fosse inexigível outra conduta.

No caso *Leinenfänger* se entendeu que não era possível um juízo de reprovação ao autor, que agiu a mando de seu superior hierárquico e sob a ameaça de demissão. Em suma, o Tribunal do Império Alemão julgou que não era possível reprovar o agente por ser inexigível, diante das circunstâncias concretas, uma conduta diversa. A concepção de FRANK, portanto, se vê inexoravelmente ligada à liberdade, ou seja, quando inexistente possibilidade do agir livre, inexistente será a possibilidade de reprovação do agente.

A ortodoxia do Direito Penal, no entanto, entende que o adolescente não pode ser reprovado por um fato seu¹¹⁵. Isso porque ele não teria maturidade psíquica para compreender o caráter ilícito do fato e comportar-se conforme esse entendimento, o que resulta na ausência de um agir livre. Porém setores mais progressistas e especializados da doutrina admitem a análise da culpabilidade do adolescente, denotando que se trata de uma fraude o argumento da incapacidade.

[...] se não trabalharmos com o ferramental teórico de potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, sobre quais pressupostos iríamos assentar a reprovabilidade da conduta de crianças e adolescentes? [...] se abandonarmos completamente aquelas noções, sobrarão apenas duas opções extremas antitéticas: num polo a completa irresponsabilidade (o não sancionamento jurídico) dos penalmente inimputáveis em razão da idade em relação ao crime por eles praticado; no outro, a responsabilização subjetiva e não objetivo-subjetiva deles, fundada exclusivamente no resultado danoso da ação (MACHADO, 2003, p. 252).

¹¹⁴ Para maiores detalhes convidamos o leitor a consultar o Capítulo 3, especificamente o item 3.2, que trata do neokantismo.

¹¹⁵ “Caso o agente não tenha completado dezoito anos de idade, mesmo sendo plenamente capaz de entender a ilicitude de seu ato e de determinar-se conforme esse entendimento, não é possível a reprovação. A inimputabilidade por menoridade resulta de opção político-criminal que estabelece a presunção absoluta de incapacidade psíquica e impede a aplicação da pena. A finalidade que orientou a conduta do inimputável continua a ser socialmente inadequada, mas não se poderá reprová-lo” (GALVÃO, 2011, p. 463).

Também em sentido diametralmente oposto ao da doutrina tradicional, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo positivou, no ordenamento jurídico pátrio, a necessidade do juízo de reprovabilidade para imposição da medida socioeducativa.

Art. 1.º [...]

§ 2.º - Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

[...]

III - a *desaprovação da conduta infracional*, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei (BRASIL, 2012, grifo nosso).

A falta de clareza sobre o ato infracional permeou a histórica tergiversação em relação à responsabilidade do adolescente. A previsão legal da “desaprovação” é um passo acanhado, porém necessário, para colocar em foco o caráter predominantemente punitivo da medida socioeducativa e de sua similaridade com a pena. Por isso devemos avançar, sair da bolha, dirigir os nossos esforços acadêmicos para o ato infracional.

Enquanto o ato infracional for visto como um estranho no ninho, concepções autoritárias transvestidas de assistencialismo permanecerão com ascendência sobre o indivíduo. Ora, se a própria legislação admite um juízo de reprovação (BRASIL, 2012, art. 1.º, § 2.º, III), tal como no Direito Penal (BRASIL, 1984, art. 59), certo é que se destrói a primeira barreira da ortodoxia penal, qual seja a de que o adolescente não pode ter sua conduta reprovada por sua suposta ausência de capacidade de entender (aspecto intelectual) e querer (aspecto volitivo).

A Lei n.º 12.594/12 fincou uma importante bandeira ao desmistificar a ortodoxia penal equiparando a necessidade, também em relação ao adolescente, de ser realizado um juízo de reprovação. Seguindo a concepção “tradicional” e buscando adequá-la ao adolescente, é possível concluir que ele pode ser “reprovado” porque possui “livre-arbítrio”, ou seja, fica reconhecida a sua racionalidade mínima para a imputação de uma sanção. A utilidade do novel dispositivo, entretanto, para por aí, já que o conceito de culpabilidade como reprovação está em franco declínio.

Certo é que no Direito Penal a culpabilidade como reprovação encontra-se em aguda crise, quer pela impossibilidade de demonstração do livre-arbítrio (fundamento da reprovabilidade)¹¹⁶, quer pelo juízo moral que é feito em relação ao autor quando se fala em

¹¹⁶ “[...] impossibilidad de demostrar empíricamente que el autor de un hecho delictuoso hubiera podido obrar

reprovação à sua conduta¹¹⁷. Visando à alteração do paradigma posto, teóricos pós-finalistas como JAKOBS, ROXIN, HASSEMER, BUSTOS RAMÍREZ e ZAFFARONI encabeçam uma revolução do conceito de culpabilidade a fim de expurgá-lo de sua contaminação moral.

[...] o conceito de responsabilidade encerra significado mais adequado que o de culpabilidade [...] pela incompatibilidade filosófica entre a noção de liberdade individual de escolha (mesmo que influenciada, em maior e menor grau, por fatores multifários) e a de juízo moral, da qual o juízo de reprovação é uma espécie (REIS, 2011, p. 9).

Nessa linha, propomos dar um passo além da reconhecida similitude entre crime e ato infracional¹¹⁸ e entre pena e medida socioeducativa¹¹⁹, para cunhar elementos mínimos que permitam identificar o adolescente como pessoa responsável. Para isso não se discutem os inegáveis pontos de contato entre o Direito Penal e o Direito Infracional, porém é o *discrimen* que pauta a responsabilidade do adolescente, sobretudo porque fundada na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Contra a dogmatização do Direito Penal a criminologia crítica se insurgiu sustentando que a igualdade perante a lei se trata de um mito, pois o Direito Penal continua a ser seletivo, sendo que a teorização não conseguiu entregar a promessa iluminista de segurança jurídica¹²⁰. Essa crítica poderia ser extensível, pelos mesmos motivos, à tentativa de dogmatização do Direito Infracional que nos propomos construir. Como já observamos no capítulo anterior, a contundente crítica criminológica é difícil de ser afastada, pois fundada na observação daquilo que de fato acontece na prática da justiça penal.

As objeções que foram formuladas à construção de um sistema em Direito Penal, e à dogmática jurídico-penal em particular, especialmente no âmbito da teoria do delito, têm considerável consistência e não podem ser ignoradas, até porque a sistematização não cumpriu suas promessas (ZAFFARONI *et alii*, 2003, p. 160).

de outra manera en la precisa situación en que puso en marcha su voluntad” (DALBORA, 2011, p. 106).

¹¹⁷ “Quando se habilita o poder punitivo a partir de uma consideração moral sobre o sujeito, está-se, na verdade, penalizando o ser; está-se, na verdade, praticando uma culpabilização de autor não muito diferente daquela baseada na perigosidade; está-se, na verdade, regressando à Inquisição” (BATISTA, 2011, p. 180).

¹¹⁸ “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” (Lei 8.069/90).

¹¹⁹ As duas, de acordo com a legislação de regência, exigem a reprovabilidade como pressuposto. Entretanto, como adverte Martha Toledo: “No centro do sistema de proteção especial da liberdade de crianças e adolescentes, instituído pela Constituição de 1988, está o tratamento diferenciado a ser dado ao crime por eles praticados; ou seja, a ideia de excluí-los do sistema de sancionamento que é aplicado aos adultos” (MACHADO, 2003, p. 233).

¹²⁰ “Para se saber como a Dogmática penal funciona, temos que olhar para o real funcionamento do controle penal, indagar para quem se fecham as portas da justiça e para quem se abrem as portas da polícia e da prisão (notavelmente homens adultos jovens, pobres, de cor), e concluir que uma igualdade e uma segurança tão seletivas não correspondem ao funcionamento da Dogmática penal” (ANDRADE, 2014, p. 210).

Entretanto a criminologia crítica elegeu o alvo errado, pois a culpa da seletividade não está na dogmática penal, mas sim na estrutura sociocultural que dá sustentáculo aos processos de criminalização - é o reflexo do espelho. Certo é que a dogmática penal não é capaz de patrocinar uma inclusão universal dos indivíduos nas garras da justiça criminal, mas decididamente não é esse o objetivo da teoria do delito. O objetivo da teoria do delito é representar mais um filtro ao *jus puniendi*. Assim, criminologia e dogmática não podem permanecer em lados contrapostos, devendo a dogmática, para se humanizar, beber da fonte da realidade evidenciada pela criminologia.

Se inexistente “o” delito, inviável pensar dogmática uma, alheia aos problemas concretos e aos fatores de risco que caracterizem situações distintas. Neste sentido, imprescindível a abertura da dogmática, iniciando-se pela aproximação com a realidade da vida [...] (CARVALHO, 2013, p. 73).

Denota-se que o crime é um todo indivisível, mas o seu fatiamento em categorias jurídico-penais permite melhor compreensão teórica. E não é só: submeter a conduta desviada a um rígido sistema de verificações sucessivas (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade/responsabilidade) permite identificar que a ação não se limita à mera descrição legal abstrata. Portanto, quando a criminologia crítica mira na dogmática penal, esquece que ela é um juízo de exclusão e não de inclusão. Isso porque a teoria do delito permite, em cada um dos seus três substratos, isentar algumas condutas do rótulo de criminosas, mesmo elas se adequando formalmente ao preceito primário abstratamente previsto na legislação penal.

Uma configuração sistemática permite reconduzir a extensa matéria dos pressupostos gerais do delito a conceitos fundamentais uniformes, esclarecer as relações entre eles e, por meio de soluções calculáveis e transcendentais aos casos individuais, garantir a isonomia na aplicação do Direito (ROXIN, 2014, p. 99).

Tal como reconhecer o fato (inegável) denunciado pela criminologia crítica de que o Direito Penal é violento, seletivo e simbólico, devemos reconhecer também o fato (igualmente inegável) de que a dogmática através da teoria do delito amplia o âmbito de liberdade e não o contrário. Trata-se, portanto, de um filtro triplo que o intérprete terá que percorrer antes de conceber uma conduta como criminosa/infração. O próprio ZAFFARONI conclui que a metodologia é capaz de ser útil para a limitação ao poder punitivo.

A circunstância de que o sistema deva ser construído completando-se logicamente a partir de uma função moderadora não lhe tira o caráter de sistema: as contradições com soluções obtidas por um sistema que apenas se contrói em busca de completude lógica (supostamente livre de qualquer funcionalidade política) serão inevitáveis e

dificultarão a discussão e comunicação entre teorias, mas este é o conhecido problema da incomensurabilidade, dilema próprio da epistemologia geral e não do Direito Penal em particular (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 161).

A conclusão acerca da seletividade do Direito Penal e, por arrastamento, também do Direito Infracional não exclui a necessidade de teorizá-los, tentar agregar segurança à sua aplicação e até mesmo possibilitar a correção da seletividade quando não amparada por um fato típico, ilícito e culpável/responsável.

A proposta aqui formulada reside em saber em qual extensão a teoria do delito é aplicável ao ato infracional. Para tanto, importa rememorar que a própria legislação (Lei n.º 12.594/12) já prevê o juízo de reprovabilidade para a aplicação da medida socioeducativa. Assim, em tese não há impossibilidade de transposição também da culpabilidade para o ato infracional. Todavia, como também dissemos, a culpabilidade como reprovabilidade encontra-se em declínio, motivo pelo qual o esforço inicial deste trabalho é no sentido de esboçar uma proposta de culpabilidade/responsabilidade do adolescente desatrelada de juízos morais e que leve em consideração a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento.

A conduta desviada que fundamenta a intervenção em relação tanto ao adulto quanto ao adolescente é o crime¹²¹. Porém, a partir desse dado estéreo - subsunção da conduta à previsão formal e abstrata da lei penal -, a imputação dele ao autor deve diferir no caso do adolescente, diante da influência da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Essa situação, ou seja, a força normativa do postulado previsto no artigo 6.º do ECA¹²², leva os esforços de aproximação ou equivalência entre Direito Penal e Direito Infracional a ruírem.

A partir desse postulado, nossa proposta não se restringe à reprodução adaptada ao adolescente dos elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa), conforme proposto por SHECAIRA¹²³. Buscamos atender ao chamado de MACHADO¹²⁴ a fim de iniciar a construção de uma dogmática própria do ato infracional.

¹²¹ “O fato que está na base da intervenção do Estado quando segrega o adolescente é o mesmo que leva à segregação do adulto: o crime” (MACHADO, 2003, p. 235).

¹²² “Art. 6.º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (BRASIL, 1990).

¹²³ “Pode parecer um paradoxo que a responsabilização do adolescente seja sustentada exatamente com base no instrumental do Direito Penal, quando é ele próprio que nega a capacidade penal, ou seja, a imputabilidade. Mas se não for esse o instrumental teórico - potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa -, como se justificaria a atribuição de responsabilidade ao autor de ato infracional, quando a própria Constituição assevera serem os adolescentes pessoas com dignidade própria com diversos direitos assegurados com prioridade aos demais” (SHECAIRA, 2008, p. 157).

¹²⁴ “E, enquanto a doutrina não lograr ajustar as noções de voluntariedade, de potencial consciência da ilicitude

Reafirmando o compromisso em lançar as bases para a construção dialética e crítica de uma teoria do ato infracional, longe de esgotar o assunto, a proposta da responsabilidade infracional será fincada na construção dogmática da *imputabilidade infracional*, como uma capacidade do adolescente responsável.

Além disso, atentos à crítica criminológica, propomo-nos dar alguns passos na direção da construção de elementos da dogmática infracional que caminhem lado a lado com a subjetividade do adolescente atuante. Nessa trilha, as categorias anunciadas nas próximas linhas - *sociabilidade* e *necessidade* - representam uma tentativa inicial e inacabada para superação da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. Certo é que esta construção, que se propõe ser realizada *pari passu* com a realidade circundante do adolescente, não se encaixa no hermetismo da dogmática classicamente considerada como um sistema estéreo, aplicável universalmente sejam quais forem as peculiaridades concretas.

Pode-se levantar o argumento de que este Direito Penal requererá sempre uma certa atitude emocional frente ao problema. É certo, posto que para fazer um Direito Penal com fundamentação antropológica e para interpretá-lo com base nessas fundações será requerido um “encontro” com o outro que se acha ameaçado em suas possibilidades de realização. Este “encontrar-se” como o temor alheio à frustração é uma atitude que abre o mundo, embora também possa haver um “não encontrar-se” que o fecha [...]. Este “encontrar-se” é uma atitude anímica e não é definível, mas é perfeitamente identificável saber quando abre e quando fecha em matéria penal: o que quer ouvir se dará conta disso, mas o que quiser permanecer surdo jamais se aperceberá, perdendo-se na idolatria (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2013, p. 334).

Exatamente por isso reconhecemos que, aos olhos da visão tradicional da dogmática penal, a proposta de criação dos elementos *sociabilidade* e *necessidade* é fluida. Entretanto, não nos furtamos à discussão acerca da criação de novas balizas para contenção do arbítrio punitivo.

5.1 Imputabilidade infracional

A ideia de imputação tem origens no Direito Arcaico, época na qual, embora presente uma relação de causalidade, não se indagava sobre a compreensão dos fenômenos, ou seja, imputava-se um evento exterior a algo ou a alguém, mas não se entendia o vínculo causador

e exigibilidade de conduta diversa às particularidades da personalidade juvenil, temos de necessariamente utilizar o ferramental teórico-normativo já existente e aplicável para o adulto, embora ele comporte algum grau de imprecisão ou de inadequação. É que, seja histórica seja hipoteticamente, nunca foram criados outros parâmetros, que não estes invocados, com potência suficiente para contrapor a responsabilidade criminal objetiva” (MACHADO, 2003, p. 262).

daquele resultado. Com a evolução do pensamento, os gregos adotaram uma razão explicativa para os fenômenos e com ela passaram a buscar a compreensão das causas. Assim, os resultados externos deixaram de ser vistos por uma mera causalidade mecânica para abarcar a pesquisa sobre a intenção do agente causador, movimento que também se verificou no Direito Romano com a ciência do *dolus*¹²⁵.

É possível concluir que, desde os antecedentes mais remotos, imputar significa vincular, atribuir algo a alguém. A evolução do pensamento demandou que, para se atribuir a responsabilidade de um evento a uma pessoa, era necessário, além da mera causalidade, verificar se essa pessoa, dada a sua racionalidade, poderia compreender o caráter do ato praticado e dominar a sua ação. Excluía-se a imputabilidade, portanto, dos indivíduos que não tinham biologicamente a capacidade psíquica de entender o que estava acontecendo.

Os precedentes romanos da imputabilidade pela idade isentavam de responsabilidade penal os indivíduos menores de 07 anos, por se entender que as crianças não tinham a compreensão da ilicitude dos fatos. Já os chamados impúberes, aqueles que tinham entre 07 e 14 anos, poderiam ser penalizados caso fosse verificado que tinham agido com malícia. Nesse sentido, não há como negar que a imputabilidade foi cunhada ao longo dos séculos como capacidade psíquica (biológica) de ascender às normas proibitivas e comportar-se de acordo com elas.

Claro que essa capacidade psíquica é variável de indivíduo para indivíduo, não sendo possível classificá-la dentro de um *standard* predeterminado de “normalidade”. Isso porque, sobretudo na contemporaneidade, o conceito de “normalidade psíquica” é controverso (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2013, p. 562). Em sociedades cada vez mais multiculturais, formadas por grupos dos mais diversos matizes, torna-se impossível definir o que seja “normal”, já que esse é um conceito comparativo. Como se não bastasse a diversidade, a sociedade hodierna intenta ser cada vez mais inclusiva¹²⁶, o que apenas corrobora a ausência de limites entre o “normal” e o “anormal”.

A noção de justiça como equidade visa diminuir os obstáculos da desigualdade, inclusive em relação à imputabilidade, pois não é legítimo responsabilizar alguém que não tenha capacidade de discernir tal como se faz com aquele que tenha plena capacidade. Assim,

¹²⁵ A evolução da culpabilidade e, por conseguinte, da imputabilidade é tratada no Capítulo 3.

¹²⁶ Importante marco normativo dessa alteração é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Embora seja uma lei cível, traz a compreensão de que o deficiente é diferente, mas não desigual. (BRASIL, 2015).

o que se exige para que o indivíduo seja imputável é que ele, no momento do fato, não sofra de uma perturbação tal que esta seja obstáculo à compreensão do que esteja acontecendo.

No Brasil, a análise da imputabilidade penal dos adultos adota o critério biopsicológico ou misto, sendo apresentada no Código Penal nos seguintes termos:

Art. 26 - 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. (BRASIL, 1984).

A leitura do *caput* do artigo 26 do nosso Código Penal é elucidativa, pois o dispositivo sustenta que não basta que o agente tenha *doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado* (dado biológico) - é exigido também que ele no momento da ação não tenha entendimento da ilicitude do fato nem capacidade para comportar-se conforme tal entendimento (dado psicológico).

Já para os menores de 18 anos o Código Penal consagrou o critério meramente biológico para a imputabilidade penal, conforme dicção do artigo 27, o qual dispõe que “os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Com efeito, a partir deste dispositivo, que inclusive tem assento constitucional (BRASIL, 1988, art. 228), é inequívoco que os menores de 18 anos não se submetem ao sistema penal, porém isso não significa que também estão excluídos da dogmática, são coisas diversas. Nesse sentido, propomo-nos analisar a história do Direito Infracional e discutir a aplicação da dogmática ao adolescente concebendo a existência de uma imputabilidade diferenciada.

Desde a análise histórica do Direito Infracional, advertimos que a fixação da idade penal é feita acriticamente, por opção político-criminal desamparada de aporte empírico. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade, pouco importando se diante do caso concreto o adolescente tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento.

Com efeito, a “adolescência” é biopsíquico e socialmente uma condição fluida, seja porque o cidadão individualmente considerado a encerra ou supera num momento diverso de seu desenvolvimento etário, seja ainda porque não há consenso científico, filosófico, cultural ou político sobre o que seja a “adolescência”, muito menos sobre o momento etário médio em que ela deixa de existir (MACHADO, 2003, p. 275).

Para a imputabilidade dos adultos o Código Penal exige uma dupla verificação que é tratada como critério biopsicológico, junção dos aspectos biológico e psicológico. Primeiro se

verifica se ao tempo da ação o agente era portador de algum problema de saúde mental, ou seja, a análise inicial é centrada em uma questão puramente biológica. Determinada a presença da questão de saúde mental, passa-se à análise do segundo elemento, se o agente era incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento (aspecto psicológico). Portanto, mesmo um esquizofrênico pode, em tese, ser considerado como imputável caso no momento da ação não se encontre em surto e tenha a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento¹²⁷.

A inimputabilidade do menor de 18 anos, por sua vez, adota apenas o critério biológico, a partir do qual se presume de maneira absoluta o aspecto psicológico, diante da suposta imaturidade pela idade. A doutrina penal tradicionalmente trata a inimputabilidade do adolescente a partir do exclusivo foco determinado pelo Código Penal, descuidando de analisar a questão da responsabilização à luz da legislação específica. Reverbera-se a suposta presunção da incapacidade de conhecer e querer como fundamento da opção feita pelo legislador em 1940.

Trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se conforme esse entendimento (NUCCI, 2009, p. 295).

¹²⁷ *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. MATÉRIA NOVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO INADEQUADO NA VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. INCURSÃO PROBATÓRIA. SEMI-IMPUTABILIDADE. TRANSTORNO DELIRANTE PERSISTENTE. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. CONTRADIÇÃO ENTRE OS LAUDOS PSIQUIÁTRICOS. CHAMAMENTO DO FEITO À ORDEM. REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME. NULIDADE DOS QUESITOS. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. INCERTEZA ACERCA DA INCAPACIDADE DE COMPREENSÃO DOS ATOS PRATICADOS À ÉPOCA DOS FATOS. DECISÃO DOS JURADOS APOIADA EM OUTRAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. O pedido de absolvição, formulado com fulcro no art. 386, V, do CPP, c/c o art. 26, *caput*, do CP não foi submetido a exame pelo Tribunal de origem. Trata-se, portanto, de matéria nova, somente ventilada nesse mandamus, em que é incabível, dada a via estreita do *writ* e a necessidade de incursão fático-probatória.

2. À vista de laudos psiquiátricos antagônicos, a inimputabilidade do paciente à época dos fatos não ficou cabalmente demonstrada, de tal sorte que a Juíza Presidente do Tribunal do Júri chamou o feito à ordem para a realização de novo exame de sanidade mental, nos termos do art. 149 do CPP.

3. Embora o último exame realizado tenha atestado que, à época dos fatos (1995), o paciente estava sob o abrigo do *caput* do art. 26 do CP, por apresentar quadro de esquizofrenia paranoide, esse mesmo laudo também concluiu que “a evolução da doença é caracterizada por surtos com remissões”, de tal sorte que não se pode ter certeza de que, após o primeiro diagnóstico da doença, o paciente fosse inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito dos atos delitivos praticados.

4. A decisão do Tribunal do Júri, que, apoiada em outras provas - depoimentos de testemunhas e interrogatório do acusado em Plenário -, além da prova pericial, decide pela condenação do réu, afastando a tese defensiva de sua inimputabilidade, não pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos.

5. Ordem denegada. (HC 139.513/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10 maio 2016, DJe 19 maio 2016).

[...] os menores de dezoito anos de idade são tidos como inimputáveis, uma vez que inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 228 CR e art. 27 CP) (SILVA, 2003, p. 123).

Adotou-se no dispositivo um critério puramente biológico (idade do autor do fato), não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se de uma presunção absoluta de imputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal. Implicitamente, a lei estabelece que o menor de 18 anos não é capaz de entender as normas da vida social e de agir conforme esse entendimento (MIRABETE, 1992, p. 208).

A fixação da inimputabilidade dos menores de 18 anos a partir do limitado critério biológico, embora traga segurança sistêmica, já que calcada num dado matematicamente aferível (a idade), de outro lado abre flanco para a discussão sobre a opção político-criminal do legislador¹²⁸. Isso porque a análise que em grande medida se faz sobre tal critério é que ele não corresponde à realidade, já que o adolescente tem consciência da proibição e, mesmo assim, opta por violá-la.

A mensagem que parte da doutrina passa à sociedade é a de que o adolescente de hoje não é o mesmo da época em que foi fixada a imputabilidade aos 18 anos.

[...] o menor de 18 anos já não é o mesmo do início do século, não merecendo continuar como pessoa que não tem noção do caráter ilícito do que faz ou deixa de fazer, sem poder conduzir-se de acordo com esse entendimento (NUCCI, 2009, p. 296).

Tal presunção, nos dias de hoje, tem gerado revolta na sociedade, que presencia, com impressionante frequência, menores de 18 anos praticando toda sorte de injustos penais, valendo-se até mesmo da certeza da impunidade que a sua particular condição lhe proporciona (GRECO, 2009, p. 399).

Já a mídia corrobora e engrossa as fileiras desse pensamento, sustentando que essa ficção jurídica resulta na impunidade e no aumento da violência. No editorial do *Jornal do Brasil* publicado em 13 de novembro de 1999 sob o título “Falsos Menores”, o diário faz uma severa crítica à faixa etária fixada pela legislação brasileira que, segundo a publicação, se baseia “na média da evolução do intelecto humano no século 19, por exemplo, quando o acesso a informações e experiências existenciais era infinitamente mais restrito do que hoje”. (JORNAL DO BRASIL, 1999).

¹²⁸ “Assim, quanto mais baixo é o marco etário fixado no ordenamento, mais imperfeito se torna o discrimen, porque potencialmente mais sujeito a erro” (MACHADO, 2003, p. 275).

Entretanto a mensagem é repassada de absoluto reducionismo, pois a questão é muito mais complexa do que possa parecer. Certo é que se efetuou um recorte objetivo, excluindo determinada categoria de pessoas da resposta penal, mas é preciso compreender que tal recorte é fundado em critérios multifários e não na simples, falsa e alardeada presunção de incapacidade de entender e querer. É uma opção político-criminal muito clara no sentido de responsabilizar por um sistema próprio, diverso do sistema dos adultos. Assim, contestar a opção político-criminal, quer pela abordagem da maturidade¹²⁹, quer pela abordagem da impunidade, é o caminho adequado para a discussão da questão a partir de premissas meramente retóricas, que não se coadunam com a especificidade da temática.

Primeiramente, a perspectiva reverberada de que o amplo acesso à informação permite que o adolescente de hoje amadureça bem mais precocemente que o adolescente de 1940 é rechaçada com maestria por Martha Toledo MACHADO. Segundo ela, é importante não confundir *informação* com *formação*, pois, embora seja indiscutível que na sociedade da informação patrocinada pelos avanços tecnológicos o adolescente tem amplo acesso a conteúdos, isso não resulta necessariamente em um amadurecimento precoce (MACHADO, 2003, p. 276-278).

Enquanto na época de nossos avós era comum o jovem assumir cedo o seu próprio destino, por vezes constituindo família quando ainda adolescente, atualmente a juventude brasileira se insere, em grande parte, na “geração canguru”¹³⁰ ou na “geração nem nem”¹³¹. A

¹²⁹ “Desde 1940, nossos professores botaram na nossa cabeça a idéia de imaturidade dos menores, o que é um absurdo absoluto, formulado de maneira tão genérica pelo Ministro Campos. Segundo ele, todos os menores de 18 anos no Brasil eram imaturos. Absurdo completo. E nós contaminamos toda a nação com esta insólita concepção (...). Os estatutistas merecem todos os encômios pela elevação à Lei Magna de uma aspiração comum, mas poderiam ter aproveitado para destruir um mito prejudicial. Os adolescentes sabem o que fazem, mas não vão para a cadeia, pois temos solução melhor para seus crimes” (CAVALLIERI, *apud* SPOSATO, 2006, p. 271).

¹³⁰ ““Geração canguru” é a denominação dada aos jovens na faixa etária de 25 a 34 anos, em média, que permanecem morando (ou voltaram a morar) com os pais por opção, mesmo tendo independência financeira. É considerado um fenômeno social recente e ainda pouco estudado, que traz mais insumos para o debate sobre as reconfigurações dos arranjos familiares. A decisão de morar com os pais pode se basear em justificativas e explicações diversas que envolvem desde questões financeiras (desemprego, custo habitacional) até questões psicológicas (comodismo, a chamada Síndrome de Peter Pan) e mesmo sociodemográficas (queda da taxa de fecundidade, aumento da idade ao casar, aumento do número de divórcios e separações conjugais), envolvendo diferentes graus de dependência econômica e familiar” (COBO, SABOIA, 2010, p. 1).

¹³¹ “Recentemente ocorre em voga no Brasil uma nova tribo urbana de pessoas que “nem estudam” e “nem trabalham” e que recebeu o nome de “Geração Nem-Nem” essa nova tribo compõe uma parte da população, especificamente jovens na faixa dos 15-24 anos. Dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) baseados na Pnad 2012 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) mostram que o número de jovens de 15 a 29 anos que não estudava nem trabalhava chegou a 9,6 milhões no país em 2012, isto é, uma em cada cinco pessoas da respectiva faixa etária. Muitos sociólogos afirmam que o índice alarmante de desemprego e a total e completa inatividade que acomete boa parte das populações jovens dos países subdesenvolvidos seriam as principais causas dessa geração. Uma parcela significativa de Nem-Nems é

“geração canguru” é representada pelas pessoas que permanecem na casa dos pais adiando *sine die*, por comodidade, a própria independência. Já a “geração nem nem” é representada por jovens que não trabalham nem estudam, grande parte da qual é composta por mães solteiras que delegam às genitoras (avós) a responsabilidade por cuidar da prole.

Tanto um quanto outro fenômeno possibilitam a mesma conclusão, qual seja a de que o jovem atualmente permanece no ninho e, diante de seu amadurecimento tardio, não se responsabiliza por suas ações. Aliás, abstraindo do âmbito criminal, é possível perceber que o amadurecimento tardio tem reflexo em outros ramos do Direito, em especial no âmbito tributário, de família e previdenciário, que em muitas hipóteses reconhece a dependência até os 24 anos. Além disso, não se pode olvidar que os pais ainda tutelam a vida sexual de seus filhos adolescentes exatamente por entenderem que eles não estão suficientemente amadurecidos.

Permiti-me tal exemplificação a respeito das duas facetas tão básicas da existência humana (o trabalho, porque é a condição social de reprodução e perpetuação da vida humana, a sexualidade, porque é a condição sociobiológica disso), sob a ótica das quais a “adolescência” está se alongando temporalmente, na tentativa de pormenorizar que a noção de “adolescência” não é um conceito no tecido social, que poderia ser considerado apenas sob o ângulo criminal; mormente porque o crime não representa a normalidade do relacionamento humano, mas sim sua exceção (MACHADO, 2003, p. 279).

Portanto, o conceito de maturidade é relativo, devendo ser avaliado de acordo com o contexto social circundante. Significa dizer que para a imputabilidade basta a verificação de uma capacidade mínima de se comportar conforme o mandamento, capacidade mínima esta que pode ser obstaculizada diante de uma imaturidade plena (o que ocorre com as crianças) e de deficiência mental que impeça o agente de compreender a ilicitude do fato.

Dizer o contrário, ou seja, que a imaturidade relativa seja suficiente para exculpar o agente implicaria numa revisão da legislação não para minorar a idade penal, mas sim para majorá-la. O jovem atualmente, embora tenha amplo acesso à informação, tem seu processo de formação postergado, fato este corroborado também pela psicologia e pelas neurociências, assim, é um erro crasso compreender que o jovem atualmente amadurece mais precocemente que no passado, quando o que ocorre é exatamente o inverso.

Além do tentador discurso que confunde *acesso à informação* com *formação*, os partidários da redução da imputabilidade penal ainda lançam mão do argumento da suposta

impunidade do menor de 18 anos por seus atos. Esse conjunto de falaciosos argumentos não resiste a uma análise holística sobre a juventude. Um outro olhar é possível tanto em relação à suposta maturidade precocemente adquirida na contemporaneidade quanto em relação à punição.

Há um claro paralelo entre as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e as penas previstas no Código Penal: transação penal para os adultos e remissão condicionada para os adolescentes; advertência para os adultos (Lei de Drogas) e para os adolescentes (sem vinculação específica); prestação de serviços à comunidade nos dois sistemas; livramento condicional para os adultos e liberdade assistida para os adolescentes; privação de liberdade para os adultos (em três regimes) e privação de liberdade para os adolescentes (semiliberdade e internação).

Assim, não se pode confundir a falta de políticas públicas para a operacionalização das medidas com a falta de possibilidades para a responsabilização do adolescente pelo ato cometido. A impunidade é injustamente atribuída pela mídia e pela população ao Estatuto da Criança e do Adolescente, quando deveria ser atribuída à demora na apreciação dos procedimentos de apuração de ato infracional pelo judiciário e à falta de implementação dos programas de execução de medidas socioeducativas pelo executivo.

Entretanto, aqueles que lançam críticas ao tratamento dado aos adolescentes em conflito com a lei nem sempre se interessam em perscrutar em que grau as medidas socioeducativas no País acompanham os balizamentos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A resposta, exibida em números nos gráficos que compõem a presente publicação, mostra que o cumprimento das medidas socioeducativas, especialmente as restritivas de liberdade – internação e semiliberdade – está muito longe do modelo do ECA: os espaços que deveriam ser de ressocialização mais se assemelham a presídios e penitenciárias, com altos índices de superlotação, em alguns Estados, e pouquíssimas oportunidades de formação educacional e profissional (CNMP, 2013, p. 3).

Na imensa maioria dos municípios brasileiros inexistem programas em meio aberto¹³², de igual monta os programas de semiliberdade e internação são escassos e conseguem atender apenas a uma parcela mínima da demanda. Portanto, a impunidade está muito mais relacionada com a inação das autoridades do que com a falta de previsão legal para a responsabilização.

¹³² Em muitos deles a execução é a realizada ao largo de um programa específico, executada diretamente pelo Poder Judiciário, pelo Conselho Tutelar ou por entidades que não possuem o programa inscrito no respectivo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Outra compreensão rasa, que encabeça os argumentos para redução da imputabilidade penal, seria a ausência de proporcionalidade entre o tempo máximo da medida socioeducativa e o ato infracional praticado. Os defensores da redução da imputabilidade sustentam que seria imperioso equalizar o tempo de internação ao tempo de prisão dos adultos previsto para condutas análogas. Entretanto, esse argumento também desmorona a partir de uma análise mais cuidadosa da realidade.

O tempo cronologicamente definido é um dado objetivo, não passível de manipulação, mas será possível contextualizá-lo, submetê-lo à percepção do indivíduo? Para começar a responder a tal questionamento vale lembrar o quão comuns são, por exemplo, expressões como “o tempo voou”, quando fazemos algo que nos dá prazer, ou “o tempo não passa”, quando estamos na fila de um banco ou na sala de espera de um consultório médico. Portanto, a noção que temos do tempo varia de acordo com o contexto em que ele é medido, e em relação ao adolescente não é diferente.

Um exercício inicial para demonstrar a relatividade do tempo seria a comparação entre o tempo e o ciclo vital. Considerando as categorias criança, adolescente, adulto e idoso, podemos fixar, ao menos normativamente, a adolescência como o período compreendido entre os 12 e os 18 anos¹³³, e a vida adulta entre os 18 e os 60 anos¹³⁴. Tais parâmetros nos permitem concluir que a adolescência é percorrida em 6 anos e a vida adulta em 42 anos.

Agora, comparando a régua do tempo da adolescência (6 anos) ao tempo máximo de privação de liberdade previsto no Estatuto (3 anos), percebe-se que o jovem, numa das etapas mais cruciais para a formação da personalidade, poderá permanecer segregado pela metade de toda a sua adolescência. Avançando na análise: para ficar privado durante metade da vida adulta, se adotarmos o mesmo raciocínio, o indivíduo deverá permanecer em regime fechado por nada menos que 21 anos. Assim, como exercício argumentativo, traçando um paralelo nessa escala de relatividade do tempo, cada ano de privação do adolescente equivale a 7 anos de privação do adulto.

Vale dizer, ainda, que para um adulto permanecer durante mais de duas décadas em regime fechado (metade da vida adulta) ele necessitaria receber uma pena superior a 50 anos por crime equiparado a hediondo¹³⁵ ou superior a 120 anos por crime considerado simples¹³⁶. Condenações de tal monta raramente são vistas, até porque as penas mais altas do Código

¹³³ Art. 2.º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 1990).

¹³⁴ A velhice se inicia aos 60 anos segundo a Lei n.º 10.741/03 (BRASIL, 2003, art. 1º).

¹³⁵ Progressão mediante o cumprimento de 2/5 da pena (BRASIL/CRIMES HEDIONDOS, 1990, art. 2º, § 2º).

¹³⁶ Progressão mediante o cumprimento de 1/6 da pena (BRASIL/LEP, 1984, art. 112).

Penal (homicídio qualificado e latrocínio) tem o máximo abstratamente cominado de 30 anos e, mesmo assim, na imensa maioria dos casos, a pena tende ao mínimo legal e não ao máximo.

Em um roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo, apenas para ficar no exemplo de um dos crimes mais recorrentes nos centros urbanos brasileiros, a pena pode ser aplicada no intervalo de 4 a 10 anos de reclusão. Entretanto, após a adoção do critério trifásico para dosimetria, a maioria das condenações é totalizada em 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial semiaberto¹³⁷. Nesse caso, o adulto que tenha respondido ao processo em liberdade não permanecerá um dia sequer no regime fechado.

Prosseguindo o nosso exemplo, imaginemos que o roubo acima foi praticado em concurso com um adolescente, o que atrai a incidência também do artigo 244-B do ECA (corrupção de menores). Isso resultaria na aplicação da regra do concurso formal entre o roubo majorado e a corrupção, ocasionando o aumento da maior das penas em 1/6, totalizando a pena definitiva em pouco mais de 6 anos¹³⁸.

Como fica, por sua vez, a situação do adolescente que concorreu para o crime juntamente com o adulto? O artigo 122, I do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a submissão do adolescente à medida extrema de internação quando o ato envolver violência ou grave ameaça à pessoa, exatamente como ocorreu no nosso exemplo. Nessa situação poderá o adolescente ficar privado de liberdade, o que corresponde ao regime fechado dos adultos, por até três anos¹³⁹.

Portanto, na nossa comparação o resultado do processo de conhecimento seria para o adulto uma pena de cerca de 6 anos em regime inicial semiaberto, pelo cometimento do roubo majorado e da corrupção. Já o adolescente estaria submetido a uma internação por até 3 anos, pelo cometimento de ato infracional análogo ao crime de roubo majorado. Porém não é só, pois a comparação da gravidade da sanção somente pode ser completa quando se verifica a forma de execução da pena e da medida socioeducativa.

¹³⁷ Uma rápida consulta na jurisprudência permite inferir, sem prejuízo da análise de circunstâncias específicas de cada caso, que a pena para tal tipo de delito é fixada no mínimo legal na primeira fase e majorada em 1/3 na terceira fase. Claro que há situações concretas que resultam em variações, como, por exemplo, circunstâncias judiciais desfavoráveis ou mesmo a reincidência. É importante, entretanto, a citação de um *standard* judicial para a análise comparativa que estamos efetuando.

¹³⁸ Pela regra do concurso formal majora-se a pena mais grave de 1/6 até a metade, ainda considerando o aumento no mínimo legal (prática de apenas dois crimes). A pena do nosso exemplo seria unificada em 6 anos, 2 meses e 20 dias.

¹³⁹ Não se desconhece que na prática muitos adolescentes que cometeram ato infracional análogo ao crime de roubo recebem medidas socioeducativas mais brandas, sobretudo porque inexistem vagas suficientes nas unidades de internação. Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente é explícito ao se referir ao cabimento da medida de internação para os crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

No caso do adulto, ele cumprirá 1/6 da pena (cerca de 1 ano) em regime semiaberto, que na maioria das comarcas brasileiras equivale ao recolhimento em unidade penal durante a noite e nos finais de semana¹⁴⁰. Após esse período será concedida a progressão para o regime aberto (domiciliar na maioria das comarcas) e, cumprido mais 1 ano no aberto, serão facultados tanto o benefício do livramento condicional quanto o do indulto de final de ano¹⁴¹, ficando a pena extinta nesta última hipótese. Já o adolescente, desde o primeiro dia da execução de sua medida socioeducativa, ficará privado de liberdade cumprindo internação.

Portanto, a alegação de que o Estatuto é *soft* em relação ao adolescente não resiste a uma análise comparativa com os direitos da execução penal. No nosso exemplo, o adulto e o adolescente praticaram o mesmo ato em conjunto e, mesmo assim, a situação do adolescente é mais gravosa. Quer temporalmente, já que o adulto poderá alcançar o indulto ou o livramento condicional após cerca de 2 anos, enquanto o adolescente pode ficar internado por até 3 anos, quer do ponto de vista da severidade, pois desde o início o adulto poderá sair durante o dia para trabalhar (semiaberto), enquanto o adolescente ficará recluso intramuros (internação).

Por qualquer ângulo que se olhe, é possível constatar que a discussão acerca da responsabilidade penal do menor de 18 anos se encontra enviezada, quer pela imaturidade, quer pelo mito de sua incapacidade de entendimento, quer pela falta de responsabilização patrocinada pelo ECA. Esta situação apenas demonstra quão importante é romper com os dogmas repetidos sem muita reflexão, sendo o primeiro deles o dogma da inimputabilidade do adolescente, cunhado a partir de uma pseudoincapacidade de entender e querer.

O Brasil, ao adotar o critério da idade para a imputabilidade penal, apenas apresentou sua opção políticocriminal de não responsabilizar os adolescentes pelo mesmo sistema penal dos adultos. Fica evidente que a opção brasileira não traduz que os adolescentes sejam inculpáveis ou que não tenham capacidade de entender o caráter ilícito do fato e comportar-se conforme esse entendimento¹⁴². A referida opção defende que os adolescentes respondam

¹⁴⁰ Diante da inexistência de colônias agrícolas ou industriais, o regime semiaberto é cumprido na maior parte do país com autorização para trabalho externo, devendo o condenado se recolher ao cárcere às noites e nos finais de semana. Em algumas unidades da Federação até mesmo se permite o cumprimento em regime domiciliar.

¹⁴¹ Diante da também ausência de casas de albergado, o regime aberto na maioria das comarcas é cumprido no próprio domicílio do condenado, mediante precária ou inexistente fiscalização. No nosso exemplo, após o cumprimento de 1/3 da pena é possível a concessão do indulto, nos termos do artigo 1.º I (BRASIL/INDULTO, 2015).

¹⁴² “A atribuição de responsabilidade pela prática de um ato infracional deve estar, igualmente, lastreada no juízo sobre a capacidade de entendimento e de autodeterminação do adolescente, caso contrário o Estado estará sendo muito mais severo com o menor de idade do que com um adulto plenamente capaz, impondo-lhe, inclusive, autêntica responsabilidade penal objetiva” (BITENCOURT, 2014, p. 476).

pelos crimes ou contravenções que cometerem por um sistema próprio, dada a condição peculiar de desenvolvimento nessa etapa da vida.

A análise da opção político-criminal da inimputabilidade pela idade pode ser feita a partir de dois pontos de vista. O primeiro representado pelos “modelos de proteção”, que consideram os adolescentes como irresponsáveis e aplicam medidas de segurança ou protetivas. Já o segundo é representado pelo “Direito Penal especial dos adolescentes”, que estabelece um modelo próprio de responsabilidade, considerando que o adolescente tem uma “especial capacidade de culpabilidade” (CILENO BRUÑOL, 2001, p. 71).

O primeiro grupo remonta à doutrina da situação irregular, que é distante de um modelo democrático e garantidor do protagonismo juvenil. Todavia, tanto no imaginário popular quanto para muitos juristas, é esse o modelo que prevalece. Trata-se de claro resquício do menorismo, no qual todos os atores envolvidos pretendem ser o bom pai de família a que se referiu BRITO LEMOS na década de 1920 (MENDEZ, 1998, p. 59). A ideia de sanção como tratamento, como já denunciado anteriormente, é a face mais perversa do sistema socioeducativo, pois coisifica o adolescente como objeto de intervenção judicial.

Já o segundo ponto de vista, alinhado com o garantismo penal e com a mínima intervenção socioeducativa, aproxima-se mais da nossa interpretação da parte infracional do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, nunca é demais ressaltar os inconvenientes da equiparação entre crime e ato infracional adotada pelo Direito Penal juvenil, motivo pelo qual estabelecemos nossa construção a partir de um Direito Infracional que, embora não autônomo, é capaz de manter salutar distância dos processos de sujeição criminal.

Os adolescentes, ou seja, aqueles que estão entre 12 e 18 anos, são inimputáveis penalmente, isso ninguém discute, porém é imperioso salientar que eles não são irresponsáveis. O Código Penal dispõe, em seu artigo 27, que os menores de 18 anos são “penalmente inimputáveis” e complementa, “ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1984). Outra não é a redação do artigo 228 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e do artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Em nenhum momento no ordenamento jurídico brasileiro é possível inferir que os adolescentes são inimputáveis: a legislação diz que não serão imputáveis *penalmente*, e o qualificativo revela toda a diferença das expressões. Trata-se de mera harmonização entre a necessidade de responsabilização e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O que o ordenamento visa permitir é uma distinção entre o adolescente e o adulto no que concerne ao preceito secundário do crime, bem como ao meio de execução da sanção.

No caso do adolescente, ao se declarar que ele é *penalmente* inimputável, está-se afirmando que por sua condição pessoal ele não fica sujeito ao preceito secundário do crime que praticou, mas sim ao artigo 112 do ECA, sendo a execução da medida socioeducativa também realizada em programa específico¹⁴³ (BRASIL, 1990). Assim, é fácil concluir que, embora não seja imputável penalmente, ele o é infracionalmente ou, como se queira, continua sendo passível de responsabilização pelos seus atos. Tanto assim que a responsabilização do adolescente é um dos objetivos da medida socioeducativa.

Art. 1.º [...]

§ 2.º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação (BRASIL, 2012).

Ao abandonarmos a dicotomia entre inimputabilidade pela idade e capacidade de entender e de querer, cai por terra o principal argumento dos defensores da diminuição da imputabilidade penal. O que diferencia o adulto do adolescente não é o fato de este não ter capacidade de entender e de querer, mas sim o fato de a capacidade de entender e de querer do adolescente sofrer o influxo de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Mesmo no âmbito jurisprudencial é possível identificar que é reconhecida a capacidade de entendimento do adolescente em relação ao caráter ilícito do fato. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já reconheceu a impossibilidade de submissão de adolescente com transtorno mental à medida socioeducativa.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RETARDO MENTAL LEVE. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. NECESSIDADE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CARÁTER MERAMENTE RETRIBUTIVO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos do § 1.º do art. 112 do ECA, a imposição de medida socioeducativa deverá considerar a capacidade de seu cumprimento pelo adolescente, no caso concreto.

2. O paciente não possui capacidade mental para assimilar a medida socioeducativa, que, uma vez aplicada, reveste-se de caráter retributivo, o que é incompatível com os objetivos do ECA.

3. Ordem concedida para determinar que o paciente seja inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida associada ao acompanhamento ambulatorial

¹⁴³ “A imputatio facti não deixa de existir por causa da menoridade. O que difere a menoridade penal da inimputabilidade penal é única e exclusivamente a consequência jurídica do descumprimento da norma ou de um dever típico: se o agente for maior de 18 anos, ser-lhe-á imposta uma pena, se menor, uma medida socioeducativa. Na realidade, por mais que se aspire ao contrário, as diferenças entre uma (pena) e outra (medida) não são notadas na prática, e pode-se dizer que são meramente terminológicas” (VIANNA, 2002).

psiquiátrico, psicopedagógico e familiar. (HC 88.043/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14 abr. 2009, DJe 04 maio 2009).

Interpretando o referido precedente, é possível compreender que o critério biológico da imputabilidade tem apenas o objetivo de afastar o sistema penal dos adultos, porém continua sendo exigível a análise da capacidade de entendimento do adolescente dentro do sistema específico destinado ao ato infracional. Assim, *a contrario sensu*, o referido julgado acabou por reconhecer que para a imposição de medida socioeducativa é essencial que o adolescente tenha capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento.

É preciso compreender a questão da imputabilidade em duas dimensões. A primeira delas é a do Código Penal, que exclui os adolescentes das consequências previstas nos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores. Já a segunda dimensão é a análise da imputabilidade dentro do microsistema do Direito Infracional, o qual também exige o critério biopsicológico para aplicação de uma medida socioeducativa.

Logo, não poderá ser submetido a uma medida socioeducativa o adolescente que, por doença mental (dado biológico) era incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de comportar-se conforme esse entendimento (dado psicológico). Em outras palavras, no procedimento de apuração de ato infracional deverá ser avaliado se o adolescente tem condições mínimas de se motivar pela norma.

A inimputabilidade fundada na idade, portanto, deve ser interpretada em seu aspecto restrito, ou seja, apenas no sentido de afastar a consequência do crime, ou seja, a pena. Os outros aspectos da imputabilidade (intelectivo e volitivo) remanescem na análise do ato infracional, sem os quais não será possível a imposição de uma medida socioeducativa (GARRIDO DE PAULA, 2006, p. 42).

Fincadas as premissas sobre a imputabilidade do adolescente, que não se confunde com a incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento¹⁴⁴, significando tão somente uma opção político-criminal de responsabilização por modelo distinto do modelo penal dos adultos, importa debruçar-nos sobre os motivos que sustentam a referida opção político-criminal.

Embora nossa proposta busque afastar-se, pelos motivos já exaustivamente expostos, da ideia de culpabilidade como reprovação, é necessário analisar o referido modelo à luz do

¹⁴⁴ “A inimputabilidade penal do adolescente não deriva dessa ausência total de capacidade ‘biopsíquica de entender e querer’: ele tem a capacidade de entender e querer, só que tal capacidade é diversada do adulto” (MACHADO, 2003, p. 263).

Direito Infracional, porquanto este é o modelo amplamente consagrado pela doutrina. Assim, mesmo se adotássemos a fórmula de FRANK, de culpabilidade como reprovabilidade, seria possível afirmar a culpabilidade do adolescente pelo ato infracional praticado.

Como vimos ao refazer o percurso histórico da culpabilidade como juízo de reprovação do agente do fato, a liberdade de escolha entre cursos de ação tem papel fundamental na reprovabilidade. Assim, também em relação ao adolescente é possível a realização de um juízo de tal espécie, já que no momento da ação, excetuados os casos de saúde mental, estão presentes os elementos intelectual e volitivo. Contudo, caberá ao nosso estudo entender se tais elementos presentes na ação do adolescente sofrem influência de alguma característica especial, capaz de afetar o grau de sua liberdade de escolha.

Considerando que não há dúvidas de que o adolescente possua capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e de comportar-se conforme esse entendimento, qual fundamento sustenta a opção político-criminal pela inimputabilidade *penal*? A nosso juízo, a referida opção está lastreada em duplo fundamento: o primeiro refere-se à compreensão da imputabilidade especial do adolescente, e o segundo tem relação com a necessidade de superação da comalida pena criminal.

Isso leva a analisar a dogmática da inimputabilidade do adolescente tanto sob o prisma da teoria do delito quanto sob o da teoria da pena. A discussão sobre a necessidade de superação da pena criminal em direção a um modelo de responsabilidade diferenciado foge ao objetivo do nosso trabalho, portanto é citado apenas para contextualização¹⁴⁵. O que nos interessa é verificar se a imputabilidade do adolescente tem algo especial que a diferencie a ponto de justificar a adoção, por política criminal, de um critério de responsabilização especial.

Certo é que “não é justo levar o desejo de prevenção até o ponto de se punir quem atua sem a capacidade normal de ser motivado pela norma” (MIR PUIG, 2007, p. 426). Porém o adolescente também pode ser motivado pela norma, embora influenciado por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 1990, art. 6º).

A adolescência é a fase marcada pela transição da vida infantil para a vida adulta. Do ponto de vista biológico a adolescência tem o traço da ebulição dos hormônios, sendo entrecortada por desafios e descobertas. É característica do desenvolvimento de todo ser

¹⁴⁵ GARRIDO DE PAULA sustenta que os defensores do Direito Penal Juvenil, no fundo, não enxergam além das penas, das sanções e dos interditos. “Estão presos às lições do velho Direito, que o percebia somente como Público ou Privado, Civil ou Penal, e que tinha nas penas, nas sanções e nos interditos as únicas ordens de respostas possíveis, imagináveis e socialmente eficazes no combate ao descumprimento de normas jurídicas”. (GARRIDO DE PAULA, 2006, p. 33).

humano, nessa etapa da vida, testar limites, buscar de maneira inconsequente novas experiências que, eventualmente, podem configurar condutas típicas.

A partir da constatação de que a liberdade de escolha do adolescente é mitigada pela sua condição de desenvolvimento, não há como conceber sua imputabilidade de maneira divorciada de tal característica. Contudo a questão não é tão simples, pois o influxo da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento na imputabilidade não torna os adolescentes irresponsáveis por seus atos típicos, mas apenas indica o reconhecimento de uma imputabilidade diferenciada, infracional.

Importa não misturar conceitos: o comportamento experimental do adolescente não se confunde com a incapacidade de entender e querer. Tal incapacidade só estará presente no adolescente que, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado¹⁴⁶, não tinha condições psíquicas de se dirigir pela norma. Já os demais adolescentes, embora sujeitos a comportamentos experimentais e a toda sorte de influxos hormonais, físicos e ambientais, continuam plenamente capazes de responder por seus atos dentro do microsistema do Direito Infracional.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não afeta a liberdade do adolescente de escolher entre cursos de ação a ponto de torná-lo irresponsável. Ao se admitir que o comportamento experimental típico da adolescência é suficiente para significar a ação do adolescente como determinada pelo meio, como se ele não atuasse, mas fosse atuado¹⁴⁷, incorreremos no perigo, assinalado por FERRAJOLI, de reconhecer resultados sem culpa (FERRAJOLI, 2002, p. 395).

A legislação brasileira não negligencia a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento para efetuar a responsabilização do adolescente autor de determinado ato infracional, tanto é assim que as características psicossociais do adolescente devem, inclusive, ser objeto de estudo interdisciplinar antes da decisão proferida no procedimento de apuração de ato infracional (BRASIL, 1990, art. 186, § 4.º). Referido estudo visa auxiliar a mensuração da responsabilidade que recai sobre o adolescente, a fim de que seja aplicada a medida

¹⁴⁶ Como nossa proposta busca a compreensão da existência de um critério biopsicológico dentro do microsistema do Direito Infracional, entendemos que o adolescente com questões de saúde mental, mas que remanesça com a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato, poderá ser responsabilizado. No entanto, nesta situação a responsabilidade deverá ser graduada conforme a influência da questão de saúde mental, aplicando-se a medida mais adequada à capacidade de cumprimento do adolescente.

¹⁴⁷ “Se a culpabilidade penal que recai sobre a conduta incriminada encontra-se fundamentada na livre vontade humana e se as incidências dos transtornos psíquicos e neuropsíquicos recaem sobre a vontade do agente, essas anomalias do psiquismo merecem a consideração jurídico-penal. Posto que a liberdade de ação não é plena, porque comprometida por perturbações que a dependem de seu grau, o infrator não age, é atuado” (DISPOSTI, 2010).

socioeducativa adequada.

O adolescente é cômico de sua ação e por ela responsável, embora suas motivações sejam influenciadas pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento¹⁴⁸. Isso quer dizer que o mito da inimputabilidade deve ser colocado em seu lugar, ou seja, a inimputabilidade serve tão-somente para a substituição da pena pela medida socioeducativa e em nenhuma hipótese significa irresponsabilidade. Assim, o adolescente que tenha capacidade psíquica de compreender o caráter ilícito do fato por ele cometido é inegavelmente imputável dentro do microsistema do ECA, embora esteja isento das consequências penais de sua conduta.

5.2 Sociabilidade

Como já assentado, toda construção da culpabilidade tem umbilical ligação com a liberdade, pois só é possível sancionar alguém se essa pessoa teve faculdade de escolha entre cursos de ação. É bem verdade que liberdade não se confunde com os extremos deterministas ou subjetivistas, pois é impensável uma ação que não seja em alguma medida influenciada por fatores internos/externos; e, de igual monta, apenas em casos extremos a ação é totalmente determinada. Assim, a liberdade é o astro-rei em torno do qual gravitam todos os elementos da teoria do delito, em especial os elementos da culpabilidade.

Quer meu desejo seja biologicamente determinado, quer seja socialmente condicionado, ele não é verdadeiramente livre. Para agir livremente, de acordo com Kant, deve-se agir com autonomia. E agir com autonomia é agir de acordo com a lei que imponho a mim mesmo - e não de acordo com os ditames da natureza ou das convenções sociais (SANDEL, 2012, p. 141).

A consciência da antijuridicidade entra nesse sistema exatamente porque não há como conceber uma escolha livre e racional quando o agente não tem sequer a possibilidade de ascender à norma proibitiva. Certo é que, como toda culpabilidade, a consciência da antijuridicidade também não passou incólume durante a evolução da teoria do delito, sendo alvo de constantes alterações que até hoje são objeto de estudo.

No causalismo clássico, ponto inicial da teoria do delito¹⁴⁹, a consciência da antijuridicidade não existia como elemento autônomo e era vinculada ao dolo. Naquela época

¹⁴⁸ “[...] as estruturas cerebrais necessárias à existência do pensamento racional como nós, os adultos, as experimentamos não estão, ainda, completamente formadas nos adolescentes, e isso dificulta particularmente o domínio da ‘emoção’ pela ‘razão’, nessa fase da vida” (MACHADO, 2003, p. 319).

¹⁴⁹ O sistema causalista foi o primeiro a identificar todos os elementos jurídico-penais que compõem a moderna teoria do delito (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

a doutrina alemã se baseou na redação original do § 59 do Código Penal de 1871¹⁵⁰ para interpretá-la como exigência de conhecimento da norma jurídica (BRANDÃO, 2015, p. 128).

Foi apenas a partir do reordenamento dos elementos do delito realizado pelo finalismo que a consciência da antijuridicidade se desgarrou do dolo para galgar seu posto autônomo como elemento de culpabilidade¹⁵¹. O dolo no finalismo passou a ser meramente natural, sendo deslocado da culpabilidade para a ação - logo, para a tipicidade. Entretanto, o dolo não foi inteiramente transportado para a tipicidade, pois deixou para trás, na culpabilidade, seu elemento normativo, agora conceituado como a consciência potencial da antijuridicidade.

Em linhas gerais, a expressão *consciência da antijuridicidade* é mais apropriada que a expressão *consciência da ilicitude*, pois tem o condão de afastar qualquer confusão sobre a exigência de se conhecer a norma proibitiva em sentido estrito. Assim, a consciência da antijuridicidade não pressupõe o conhecimento do texto da norma, mas sim a possibilidade de compreender que tal conduta é proibida pela lei. Essa diferenciação é de suma importância porque até mesmo penalistas de grande experiência não conhecem todos os mais de mil tipos penais incriminadores existentes em nossa legislação. Assim, exigir tal conhecimento dos destinatários comuns das normas seria ilusório.

Várias são as justificativas filosóficas para se compreender a existência desse elemento da culpabilidade, dentre elas a concepção de MEZGER sobre a valoração paralela na esfera do profano, a de WELZEL sobre o dever de se informar, a concepção que equipara a consciência da antijuridicidade a uma consciência ética e a que a relaciona com o agir comunicativo.

A mais tradicional dentre as fundamentações citadas é a descrita por Edmund MEZGER como “valoração paralela na esfera do profano”, que apesar do pomposo nome traz uma concepção bem simples, até mesmo autoexplicativa. Significa dizer que basta que a proibição seja acessível ao agente leigo através de sua experiência de vida:

No se trata de una subsunción formal de los hechos bajo la ley (Lehrb. 326), por cuanto la misma no puede ser exigida al profano en derecho, pero sí de una “valuación paralela del autor en la esfera del profano” (Lehrb. 328), una apreciación

¹⁵⁰ “§ 59 Si alguien en la perpetración de una conducta punible no conocía la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, o que elevan a punibilidad, no si deben imputar a él” (BRANDÃO, 2015, p. 132).

¹⁵¹ “O dolo é transferido ao injusto somente como ‘dolo natural’, nele não se incluindo o conhecimento da proibição (que no causalismo pertence ao dolo como *dolus malus*). O exame desse aspecto é relegado à culpabilidade, mas não mais com um conteúdo psicológico de conhecimento efetivo, senão como possibilidade, normativamente determinável, de tal conhecimento” (MIR PUIG, 2007, p. 415).

de la significación de los hechos en el mundo intelectual personal del autor (Grd. 110) (MEZGER, 1958, p. 234).

Edmund MEZGER não exige o conhecimento da norma pelo indivíduo, mas somente a possibilidade de que a norma seja acessível ao agente em sua própria condição. Assim, um estrangeiro ou um indígena que não tenham passado por um processo de aculturação não poderiam conhecer da antijuridicidade em determinadas situações, “el que no sabe que procede injustamente, no comete nunca un delito doloso” (MEZGER, 1958, p. 247).

Hans WELZEL, por sua vez, critica a teoria do dolo por ela exigir um irreal conhecimento atual da antijuridicidade¹⁵². Para ele a consciência da antijuridicidade é um elemento da culpabilidade apartado do dolo¹⁵³ e decorre do dever do indivíduo de se informar sobre a proibição.

Por ello, se le ha de reprochar su resolución de voluntad antijurídica no sólo cuando conocía sua antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla. [...] La teoría de la culpabilidad se basa en el principio de la responsabilidad, según el cual el hombre es responsable de la juridicidad de su decisiones, dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-social (WELZEL, 2004, pp. 166, 167).

Para justificar sua concepção acerca do dever de se informar, WELZEL cita jurisprudência do BGH segundo a qual o homem tem o dever de evitar o injusto e quem não cumpre esse dever “si se limita a omitir aquello que a sus ojos es evidentemente antijurídico” (2004:166). Importa destacar que a concepção welzeniana não significa um esvaziamento da consciência da antijuridicidade, como se todos os indivíduos tivessem o dever de se informar, e assim a ninguém seria dada a possibilidade de não conhecer da proibição. O que WELZEL defende é que o indivíduo que, por sua experiência ético-social, tinha condições de se informar e se furta a essa obrigação não poderá alegar desconhecimento da norma para se exculpar.

Já a concepção de FIGUEIREDO DIAS preconiza que o homem tem uma consciência ética que lhe é inerente pela sua própria natureza, e essa consciência permite compreender a ilicitude da violação dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade.

¹⁵² “La teoría del dolo no puede poner en práctica seriamente su tesis. El dolo requiere una conciencia (percepción o representación) real, actual, de los elementos del tipo en el momento del hecho. El autor tiene, sin embargo, raras veces una conciencia de esta índole sobre la antijuridicidad y le falta completamente en los delitos pasionales graves y con los delitos instantáneos” (WELZEL, 2004, p. 163).

¹⁵³ “[...] el conocimiento de lo injusto no es un elemento del dolo sino sólo de la reprochabilidad” (WELZEL, 2004, p. 166).

Todo homem traz originariamente consigo uma consciência ética individual, porque tal consciência ética está na estrutura fundamental do próprio existir humano. Ela está inserida na personalidade humana e permite que o homem distinga entre o bem e o mal, o lícito e o ilícito, [...] (BRANDÃO, 2015, p. 129).

Será mesmo que há uma consciência ética universal que segue uma lógica maniqueísta de diferenciação entre o bem do mal? O neurocientista e professor de Harvard Joshua GREENE trata essa consciência ética referida por FIGUEIREDO DIAS como realismo-moral, ou seja, algo seria errado em si mesmo, independente da concepção social que se faça sobre o fato. Por exemplo, qualquer pessoa ao ver um grupo de jovens rebeldes maltratando um gato de rua classificaria como errada essa conduta (GREENE, 2003, p. 849).

Entretanto, pesquisas neurocientíficas demonstraram que condutas análogas podem ou não ser reprovadas. No artigo “From Neural ‘Is’ to Moral ‘Ought’: What Are the Moral Implications of Neuroscientific Moral Psychology?” (2003), GREENE explora duas situações moralmente similares para afastar a existência de um realismo-moral. As situações abordadas por GREENE referem-se à recusa em auxiliar determinados indivíduos a terem atendimento médico assegurado.

GREENE inicialmente expõe o caso do indivíduo que ao passar de carro por uma estrada vê uma pessoa acidentada no acostamento, ferida e envolta numa poça de sangue. A vítima pede para que o motorista a leve até um hospital próximo, porém o motorista se recusa porque o acidentado sujaria o estofado do carro. Já no segundo exemplo, o mesmo indivíduo recebe uma carta de uma instituição idônea pedindo uma doação de \$200 para prestar assistência médica a pessoas pobres que vivem em outra parte do mundo. Nosso personagem, dessa vez, prefere gastar o dinheiro em outras coisas, como comer sushi. Embora as duas ações, em essência, envolvam a recusa a prestar assistência médica a um baixo custo, as pessoas submetidas ao experimento neurocientífico valoraram a primeira recusa como inaceitável, enquanto entenderam a segunda como compreensível¹⁵⁴.

Ora, se a ação moral é a mesma, como podemos dar respostas distintas? GREENE considera que a neurociência é capaz de oferecer, nessa situação, uma visão dos bastidores da moralidade humana (GREENE, 2003, p. 847). Assim, as questões acima anunciadas (socorro a acidentado e doação para assistência médica) foram apresentadas a voluntários, sendo

¹⁵⁴ “Most people say that it would not be wrong to refrain from making a donation in this case. And yet this case and the previous one are similar. In both cases, one has the option to give someone much needed medical attention at a relatively modest financial cost. And yet, the person who fails to help in the first case is a moral monster, whereas the person who fails to help in the second case is morally unexceptional. Why is there this difference?” (GREENE, 2003, p. 848).

constatado que cada uma das escolhas ativava uma parte diversa do cérebro. Referido estudo concluiu que o dilema do acidentado é uma questão pessoal e a assistência a pessoas distantes é uma questão impessoal.

Debruçando-se sobre as descobertas da neurociência, GREENE concluiu que a inclinação para o realismo-moral (consciência ética) não é um *insight* do indivíduo sobre a natureza da verdade moral, mas um produto dos processos cognitivos que tomamos nas decisões morais (GREENE, 2003, p. 849). Portanto, ao menos do ponto de vista neurocientífico, a fundamentação da consciência da ilicitude numa concepção de consciência ética universal carece de alicerces mais sólidos. Além disso, mais uma vez a crítica criminológica tem aqui o seu lugar, pois não há como conceber, diante da diversidade hodierna, a existência de valores éticos universais.

Outra concepção fundamentadora da potencial consciência da antijuridicidade é aquela relacionada com a interação social do indivíduo, a partir da qual é possível internalizar as normas do grupo. Uma das abordagens funda-se no agir comunicativo, que tem origem na doutrina de Habermas:

[...] a consciência da antijuridicidade se dará quando o indivíduo, conhecendo os valores presentes no código de comunicação do grupo a partir de seu agir comunicativo, vem a negar-lhes validade, causando um dissenso, posto que rompe a solidariedade do código de comunicação que o indivíduo integra (BRANDÃO, 2015, p. 130).

Não se pode negar que a construção da subjetividade do adolescente pressupõe a internalização de regras sociais. Porém a concepção habermasiana é lastreada no diálogo em igualdade de condições, o que é incompatível com a “posição de desigualdade fundamental” do adolescente (ALEIXO, 2012, p. 152). O processo dialógico demanda entender e ser entendido, situação sobremaneira dificultada pelas diferenças etárias, de desenvolvimento psíquico e de relações sociais do adolescente.

A ordem não é o progresso, é preciso compreender que o mundo atualmente não suporta a lógica da normalização de comportamentos, resultado de uma relação de poder na qual o indivíduo se sujeita acriticamente aos interesses do grupo dominante. A sujeição irrefletida a interesses não representa consenso, mas sim um condicionamento de corpos e mentes para que o adolescente “cumpra as regras e aguarde, em paz, a morte” (ROSA, 2005, p. 93).

Zygmunt BAUMAN critica a pseudo-harmonia do consenso universal¹⁵⁵, sustentando que “‘um e único’ transmite a uma e única mensagem: o direito ao monopólio do poder para alguns, o dever da total obediência para os outros” (BAUMAN, 1998, p. 248). *A contrario sensu*, o que BAUMAN preconiza é o respeito à heterogeneidade.

A realidade desigual latino-americana, em especial a brasileira, cria barreiras para que os extratos marginalizados participem do processo de formulação das regras. Nessa perspectiva, o autor de ato infracional se vê duplamente marginalizado, pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e pela ausência de acesso aos meios para internalizar as regras do grupo dominante.

Hay veces en las que la motivación general y la individual coinciden casi por completo, sobre todo cuando las normas rigen en una sociedad democrática y en su elaboración participan ampliamente los miembros que componen esa sociedad, o cuando el contenido de sus prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de gran valor para la convivencia que forman el patrimonio existencial de los individuos - vida, salud, libertad, etc. Pero otras veces, y se puede decir que desgraciadamente ocurre esto la mayoría de las veces, la motivación general y la individual no coinciden en absoluto o falta en algunas personas la motivación individual conforme a las normas. Esto ocurre precisamente cuando la sociedad está estructurada de un modo poco democrático o cuando los bienes que se pretenden proteger no tienen un valor fundamental para la convivencia (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 97).

As escolhas da adolescência não são fáceis. Não há como dizer que o adolescente num piscar de olhos compreenda, em patamar de igualdade, as normas do grupo e a elas adira sem questionamentos. Escolher, mesmo nessa fase da vida, traz consequências, sendo que o respeito à heterogeneidade não significa a irresponsabilidade do adolescente.

A aceitação da responsabilidade não aparece facilmente - não exatamente porque ela leva aos suplícios da escolha (que sempre impõe a privação de alguma coisa, assim como o ganho de outra), mas também porque ela anuncia a permanente ansiedade de estar - quem sabe? errando (BAUMAN, 1998, p. 249).

Não há liberdade sem angústia pelos eventuais reflexos da escolha, e essa ansiedade do que está por vir é a base da construção da cidadania do adolescente. Reconhecer que as escolhas têm consequências permite que o indivíduo ressignifique seus atos, quer para perceber que estava errado, quer para ratificar suas convicções. Ao revés, se às escolhas dos

¹⁵⁵ “O consenso do grupo sobre esses conceitos penais faz com que eles sejam aceitos como verdadeiros, pois o consenso é um dos critérios de verdade. Quando o indivíduo age, sabe que o grupo social aceita como verdade. Se ele contradiz o consenso do grupo com um ato de comunicação que negue a validade ao conceito reputado como verdadeiro por aquele, tem presente a consciência da antijuridicidade e o indivíduo será penalizado com o instrumento de reprovação da conduta individualmente considerada: a pena” (BRANDÃO, 2015, p. 130).

adolescentes forem negadas as respectivas consequências, estaremos, em última análise, negando a própria liberdade do adolescente, negando considerá-lo como pessoa.

No todo, não é certo de modo algum o que a maior parte de nós teria preferido (se fosse a escolha concedida): a ansiedade da liberdade ou o conforto da tal certeza que só a falta de liberdade pode oferecer? A questão, porém, é que a escolha não nos foi concedida, e é improvável que no-lo seja. A liberdade é o nosso destino [...] (BAUMAN, 1998, pp. 250, 251).

Basicamente, ao refutarmos a consciência da antijuridicidade do adolescente como decorrente do agir comunicativo, sustentamos que o adolescente está inserido em um grupo especial dentro da sociedade que merece um outro olhar. Deve-se respeitar a heterogeneidade, compreender que o adolescente não fez parte do processo de elaboração da norma¹⁵⁶ e que aquela situação-limite (conduta desviada) pode representar um processo de experimentação não indicativa de uma criminalidade futura. Todavia isso não quer dizer que as suas ações são irrefletidas e, por isso, desprovidas de consequências, mas sim que todo o contexto psicossocial deve ser levado em conta na apuração do ato infracional.

Também lastreado na interação do indivíduo com o meio, porém em perspectiva diversa do agir comunicativo, BUSTOS RAMÍREZ cunhou sua teoria do sujeito responsável. A ideia do jurista chileno é decorrente da sua sensibilidade social adquirida como criminólogo, advogado, professor e congressista.

As incursões acadêmicas de BUSTOS RAMÍREZ, sobretudo por seus conhecimentos criminológicos, não se limitaram a uma dogmática estéril, pois ele sempre buscou abarcar o sujeito por detrás da teorização. Primeiramente é preciso destacar que BUSTOS RAMÍREZ compreende que não existem diferenças ontológicas entre o crime e o não crime, havendo variações de condutas tipificadas entre as diversas culturas:

Resulta que entre delito y no delito y entre delincuente y no delincuente no existe una diferencia esencial sino simplemente relativa o circunstancial, en último término sólo de control. El aborto es delito en España, pero no en Holanda. El auxilio al suicidio de un pariente anciano es delito en España, pero no entre los esquimales. La bigamia es delito en el mundo cristiano occidental, pero no en el mundo del Islam (BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 19).

¹⁵⁶ “Los adultos han reformulado las reglas del juego y los procedimientos através de los cuales pueden ser tomadas decisiones de las que dependen directa o indirectamente las condiciones de los niños, pero no han admitido compartir con ellos el poder de formular las reglas del juego y los procedimientos, de nombrar los representantes, o de participar directamente de las decisiones en nombre colectivo” (BARATTA, 1999, p. 46).

Além da diversidade cultural protegida sob o manto dos Estados Nacionais, atualmente a profusão cultural está presente dentro de um mesmo território¹⁵⁷. Essa miscelânea de comportamentos e valores sob a égide de um mesmo diploma normativo, muitas vezes ditado por um grupo dominante, pode representar uma tentativa fracassada de consenso¹⁵⁸. Isso porque grupos marginalizados, conforme já relatado quando analisamos a contribuição da crítica criminológica, não têm acesso à construção das normas e positivação dos valores.

Além de não ser dado a grupos marginalizados o acesso ao processo de construção das normas, por vezes sequer é possível a tais grupos acessarem os valores consagrados pelos grupos dominantes. Assim, é inegável que essa falta de homogeneidade do tecido social e da legislação influi diretamente na legitimidade do Estado em responsabilizar penalmente os seus cidadãos.

O Estado, antes de exigir a resposta conforme a norma, deve propiciar ao indivíduo os meios para que ele possa compreender o caráter ilícito de sua ação, porém tal acesso é restrito ou mesmo inexistente em algumas ocasiões, sobretudo na desigual realidade latino-americana. BUSTOS RAMÍREZ, portanto, constrói a sua teoria afirmando que só é legítimo ao Estado exigir responsabilidade do indivíduo se a ele foram propiciados os meios para internalizar as normas do grupo.

El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por lo demás exigida también por el sistema, por ejemplo, el respeto a la norma (RAMÍREZ, MALARÉE, 1999, p. 333).

Se para FRANK “culpabilidad es reprochabilidad” (2002, p. 39), BUSTOS RAMÍREZ considera que “responsabilidade é exigibilidade” (2007, p. 36). O esforço para superação da culpabilidade como expiação baseada em juízos morais é seguido também por BUSTOS RAMÍREZ, que abandonou o termo *culpabilidade* e adotou, em substituição, o termo *responsabilidade*.

A possibilidade de o Estado exigir responsabilidade do indivíduo é analisada nessa perspectiva em dois níveis, que BUSTOS RAMÍREZ denominou exigibilidade sistêmica. Em

¹⁵⁷ “De su estudio de la teoría de las subculturas, en el que Bustos Ramírez se ocupa también del fenómeno de la coexistencia de culturas en un mismo espacio físico, este autor concluye que el individuo se encuentra situado en diferentes ámbitos culturales [...]” (COUSO, 2009, p. 161).

¹⁵⁸ “Vivemos num mundo diversificado e polifônico, onde toda tentativa de inserir o consenso se mostra somente uma continuação do desacordo por outros meios” (BAUMAN, 1998, p. 251).

um primeiro nível a exigibilidade sistêmica demanda que o indivíduo tenha capacidade psíquica de compreensão. Já o segundo nível pressupõe que o indivíduo tenha acesso às normas do grupo.

En efecto, dentro del sistema existen personas o adolescentes con una racionalidad diferente, respecto de las cuales no hay posibilidad de comunicación por parte del sistema y que por consiguiente ello implica que el sistema tiene que respetarlas. Tal es el caso de quienes presenta determinadas características mentales (las enfermedades mentales). Pero también aquellos que se mueven dentro de modelos culturales totalmente distintos, que implica la existencia de una efectiva subcultura dentro de la cultura dominante, como puede ser el caso de determinadas comunidades indígenas (BUSTOS RAMÍREZ, 2007, p. 37).

Assim, BUSTOS RAMÍREZ considera que não haverá exigibilidade sistêmica tanto quando o adolescente for portador de doença mental quanto quando o adolescente pertencer a um grupo incapaz de se comunicar com o grupo dominante prolator da proibição. A exigibilidade sistêmica assim conceituada substitui, de uma só vez, as clássicas categorias da imputabilidade e da potencial consciência da antijuridicidade.

Embora nossa teorização seja inspirada na concepção de BUSTOS RAMÍREZ, divergimos acerca da junção por ele efetuada. Isso porque, mesmo sob o manto da exigibilidade sistêmica, é preciso analisar de maneira separada os conceitos de imputabilidade infracional e sociabilidade (consciência da antijuridicidade), já que se fundam em premissas distintas. A imputabilidade infracional está relacionada com o desenvolvimento psicofísico do adolescente. Em contrapartida, a sociabilidade está fundada no seu desenvolvimento sociocultural.

Esquemáticamente, temos a exigibilidade sistêmica se ramificando em duas vertentes, a imputabilidade infracional e a sociabilidade. A imputabilidade infracional, entendida como capacidade psíquica de ser responsável, foi tratada no item anterior. Já a sociabilidade é o tema do presente tópico, e sua conceituação está embasada no reconhecimento da multiculturalidade.

A sociabilidade, por sua vez, também se bifurca em dois modelos diversos, embora ambos relacionados com a possibilidade (ou não) de compreensão da racionalidade hegemônica¹⁵⁹. O primeiro deles, de aspecto prático bastante restrito, representa os grupos

¹⁵⁹ “Para decirlo de otra manera, retomando el planteamiento de Bustos Ramírez sobre la imputabilidad: si el autor no logra acceder a la racionalidad hegemónica expresada en la norma, el ordenamiento debe tolerar esa imposibilidad, declarándolo inimputable; si el autor, en cambio, porque ha tenido suficiente contacto con una racionalidad hegemónica, aún cuando no sea la suya, logra comprenderla (“comunicarse” con ella), entonces es imputable” (COUSO, 2009, p. 166).

que possuem ínfima possibilidade de compreender a norma pela ausência de contato com os valores do grupo dominante, exemplo clássico dos indígenas que vivem em isolamento. Outra situação também defendida por BUSTOS RAMÍREZ, esta sim com grande implicação prática, refere-se aos déficits culturais que impedem ao indivíduo lograr dirigibilidade normativa.

[...] no se le exigirá cumplir con normas cuya racionalidad no puede entender por falta de acceso cognitivo a la misma (por ejemplo, cuando no ha existido comunicación entre los diversos órdenes racionales - piénsese en comunidades indígenas muy alejadas geográfica y/o culturalmente - o cuando sufre de un “problema de carácter específico”), ni con normas que no puede cumplir por falta de condiciones materiales o socioculturales para hacer frente a las exigencias que ellas le imponen (piénsese en el caso de los menores de edad que aún no han recibido del Estado ni siquiera la instrucción básica –ejemplo empleado por Bustos Ramírez, para fijar en 14 años la edad mínima de aplicación del derecho penal de menores). De estas dos formas de incapacidad o imposibilidad, en realidad, sólo la segunda se ubica en un plano político (COUSO, 2009, p. 166).

BUSTOS RAMÍREZ, na teoria do “sujeito responsável”, entende que a acessibilidade normativa é a chave para a exigibilidade. Porém, entre os dois empecilhos para a acessibilidade normativa - ausência total de comunicação entre grupos distintos e falta de condições socioculturais -, interessa-nos analisar amiúde apenas o segundo, por sua implicação prática no âmbito do Direito Infracional. Assim, o conteúdo material do elemento por nós descrito como sociabilidade visa analisar até que ponto o déficit de acesso cognitivo à norma proibitiva influencia na responsabilidade do adolescente.

Considerando que “uma norma imperativa, como é a norma primária, só tem sentido se puder ser recebida por destinatário (MIR PUIG, 2007, p. 420)”, a sociedade e o Estado devem fornecer os meios para que as pessoas possam ascender à racionalidade dominante. Imagine-se um tipo penal que para ser compreendido pressuponha conhecimentos de matemática avançada, porém apenas um seletivo grupo de professores possui a formação necessária para codificar tal mandamento. Será justo exigir de todo o restante da população a observância dessa proibição ininteligível? Claro que o exemplo é extremo, mas será que os grupos marginalizados não se veem em situações parecidas ao depararem com alguns bens jurídicos protegidos pelas normas penais?

Por exemplo, moradores de rua iletrados, na mais absoluta invisibilidade social e ignorados durante toda a vida pelo Estado, mantêm relações sexuais no canteiro central de uma movimentada avenida. Será que a eles é dado conhecer a norma por detrás do preceito

previsto no artigo 233 do Código Penal¹⁶⁰? Não nos cabe responder a esta pergunta, queremos apenas demonstrar que, assim como para muitos o tipo penal que exige conhecimentos de matemática avançada não faz sentido, algumas normas penais também não fazem qualquer sentido para determinados grupos marginalizados.

Não obstante reconheçamos os louros da dogmática penal na contenção do poder punitivo, é preciso compreender a realidade da seletividade do Direito Penal, o que se reproduz também no Direito Infracional. Assim, a interconexão entre dogmática penal e criminologia exige que na construção do conceito de sociabilidade do adolescente se tenha em mente a seletividade das agências oficiais de controle.

É crucial que ao adolescente não apenas seja possível internalizar as regras penais, mas também que tais regras façam algum sentido para ele. Isso pressupõe que haja uma flexibilização da consciência da antijuridicidade, que deverá ser analisada casuisticamente conforme o grau de sociabilidade do adolescente (MACHADO, 2003, pp. 258, 259).

Não se pode exigir de todos o mesmo grau de compreensão da antijuridicidade. Há casos em que a exigência é maior do que em outros. Isto depende do esforço que o sujeito deveria fazer para compreender - internalizar - a norma. Circunstâncias pessoais e sociais, ou mesmo uma combinação de ambas, que estará sempre em relação inversa com a reprovabilidade: quanto maior for o esforço que o sujeito deva fazer para internalizar a norma, menor será a reprovabilidade de sua conduta e vice-versa (ZAFFARONI;PIERANGELI, 2013, p. 556).

O processo de internalização das regras sociais é gradual tanto temporalmente quanto em relação aos diversos tipos penais e, também, até mesmo dentro de um mesmo tipo penal.

Temporalmente, é preciso destacar que o processo de amadurecimento varia de indivíduo para indivíduo¹⁶¹, sendo concebido através de uma junção entre as características psíquicas e a interação social. O nível de sociabilidade do adolescente só poderá ser mensurado no caso concreto, a partir da inter-relação daquele indivíduo com seu círculo de convivência próximo. Assim, uma educação emancipatória tende a um amadurecimento mais precoce e, logo, à possibilidade de internalizar as proibições, legitimando, em caso de violação, a aplicação da sanção socioeducativa. De outra via, a falta de acesso a meios para compreender a proibição (extrema pobreza, déficit educacional, isolamento etc.) poderá

¹⁶⁰ Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

¹⁶¹ “Este reconhecimento pela nova normativa da criança e do adolescente reforça que toda a pessoa, enquanto viva, está em permanente desenvolvimento de sua personalidade, porém na infância e na adolescência tal desenvolvimento é mais intenso, e, portanto, peculiar. O estágio especial do desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas sim a percepção inequívoca de diferentes níveis de desenvolvimento” (SPOSATO, 2006, p. 269).

indicar uma barreira para compreensão das regras e, em determinado nível extremo, será capaz até mesmo de isentar o adolescente de responsabilidade na seara infracional.

Numa grande síntese: o adolescente é o ser humano que está em processo de construção de suas potencialidades adultas, está formando sua personalidade (construindo estruturas mentais que possibilitam a existência dela), aprendendo os valores sociais mínimos à convivência do grupo, introjetando esses valores e constituindo os mecanismos internos de controle dos próprios impulsos para adequar sua conduta aos valores sociais (construindo a autodisciplina) (MACHADO, 2003, p. 241).

Além da análise sociocultural a que nos referimos acima, será necessário relacionar as condições de sociabilidade também de acordo com o tipo penal que se imputa ao adolescente. Mesmo em um nível de baixa sociabilidade, no qual a família, a sociedade e o Estado não tenham propiciado os meios mínimos para que o adolescente compactuasse com os valores dominantes, ainda assim seria possível atribuir responsabilidade por determinados atos infracionais, como, por exemplo, o homicídio. Dessa forma, ainda que em situações de baixa sociabilidade, é inegável que o adolescente tem consciência da antijuridicidade do “Não matarás” e, portanto, legítima é a sua responsabilização em caso de violação do mandamento. Situação diversa teríamos, por exemplo, no caso de um adolescente matuto que sempre caçou animais silvestres, sem sequer ter a possibilidade de conhecer que sua conduta se subsume a um tipo penal da Lei 9.605/98¹⁶².

A graduação da sociabilidade, entendida como capacidade de entendimento da norma proibitiva, ainda pode variar no interior de uma mesma descrição abstrata. Por exemplo, um adolescente de 16 anos que mantém relações sexuais com uma adolescente de 13 anos provavelmente não compreenderá que sua conduta se insere na descrição do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável. Entretanto, esse mesmo adolescente terá condições de verificar, por sua sociabilidade, que não deve cometer conduta análoga com uma criança de tenra idade.

[...] a transgressão das normas sociais de conduta (não necessariamente das normas criminais, que são violações socialmente mais graves) é parte inerente da construção pelos adolescentes da sua escala individual de valores e de autodisciplina que caracteriza a obediência a essas normas de conduta, ou seja, que se verifica, como regra, um processo de construção da obediência pela transgressão, que é insito ao desenvolvimento de todos os seres humanos (MACHADO, 2003, p. 309).

¹⁶² Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa (BRASIL, 1998).

Nossa proposição exige que a consciência da antijuridicidade seja aquilatada diante da particularidade social de cada adolescente. Os déficits educacionais, o lugar de morada, a estrutura familiar e outros elementos deverão ser levados em conta pela equipe técnica no momento da confecção do relatório psicossocial. À luz do relatório deverão os intérpretes buscar responder em primeiro lugar se o adolescente teve condições de acessar a norma proibitiva. Negativa a resposta, deverá ser excluída a responsabilidade infracional pelo déficit de sociabilidade. Entretanto, caso a resposta seja positiva, será possível a responsabilização do adolescente, porém com graduação da sanção socioeducativa de acordo com sua condição individual de sociabilidade.

Como já indicado, a concepção aqui apresentada é um desdobramento da exigibilidade sistêmica a que se referiu BUSTOS RAMÍREZ. Entretanto é preciso ir além da mera verificação relacionada com o adolescente ter tido (ou não) meios de acessar a proibição, sobretudo quando a proibição for um mandamento de um grupo dominante construído em desfavor de grupos marginalizados.

Nesse aspecto, Jaime COUSO (2009) formulou uma crítica à construção de BUSTOS RAMÍREZ por ela limitar-se à verificação da possibilidade de acesso normativo, sem qualquer menção à análise da legitimidade da norma para o destinatário:

En cambio, su concepción de la culpabilidad no es capaz de asegurar otra dimensión de la autonomía: la garantía de que al sujeto no se le someterá a reglas heterónomas, lo que se expresa en la condición de que las reglas cuyo cumplimiento se le exige no sean las de una razón hegemónica frente a la cual el sujeto tiene la posición de un excluido, sino reglas que en algún sentido políticamente significativo pueden considerarse sus propias reglas (COUSO, 2009, p. 166).

Portanto, a construção de uma dogmática infracional que não seja alheia à crítica criminológica¹⁶³ não pode limitar-se à exigibilidade sistêmica como mera possibilidade de ascender às normas ditadas pelo grupo dominante. Tais normas também devem ter algum sentido para o adolescente autor de ato infracional, caso contrário não haverá racionalidade na aplicação da medida socioeducativa.

Verificada uma situação concreta que a conduta tipificada demonstre ser uma simples forma de dominação do grupo marginalizado (adolescente) pelo grupo dominante, a dogmática infracional não pode furta-se a criar mecanismos de contenção. Porém não é na

¹⁶³ “O saber penal dogmático, se realmente quer resguardar sua razão de ser - e não é mero acaso o fortalecimento das correntes críticas, inclusive abolicionistas -, deve, antes de tudo, entender suas restrições, abandonando a ilusão infantil e procurando atingir grau de maturidade através do confronto de seus limites com a realidade hostil que se lhe apresenta” (CARVALHO, 2013, p. 200).

sociabilidade que a análise crítica da proibição deve ser feita, pois a sociabilidade se limita a verificar se o adolescente tem consciência da antijuridicidade de sua ação.

Assim, se um adolescente, mesmo amplamente ciente da proibição, pratica um ato infracional como forma de resistência à dominação, a questão deve ser resolvida em outro elemento da responsabilidade, que trataremos no item seguinte como *necessidade*.

5.3 Necessidade

Como temos insistido, a dogmática penal não tem o papel de combater o crime, mas sim o de proteger o indivíduo contra os excessos punitivos do Estado. Tal visão é possível quando se entende a crítica, não apenas criminológica mas também de outros saberes, como a psicanálise, a psicologia e as neurociências.

Os órgãos encarregados da persecução e da execução penal não podem vestir a capa de paladinos; devem, sim, buscar o justo equilíbrio entre as garantias do indivíduo, da vítima e da sociedade. Os homens são seres falíveis, e exatamente por isso precisam de norte, de diretrizes a serem seguidas para contenção de sua pulsão punitivista.

A fim de soffrear a tentação o transgressor invejado tem de ser despojado dos frutos de seu empreendimento e o castigo, não raramente, proporcionará àqueles que o executam uma oportunidade de cometer o mesmo ultraje, sob a aparência de um ato de expiação. Na verdade, este é um dos fundamentos do sistema penal humano e baseia-se, sem dúvida corretamente, na pressuposição de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso como na sociedade que se vinga. Nisto, a psicanálise apenas confirma o costumeiro pronunciamento dos piedosos: todos nós não passamos de miseráveis pecadores (FREUD, 1996, p. 84).

Considerando-se a natural falibilidade humana, é comum que as pessoas se apaixonem por seus trabalhos, exercendo, muitas vezes de maneira irrefletida, o papel do carrasco. A criação de balizas para a punibilidade, o que se deu em mais de um século de evolução da dogmática penal, é sempre um convite para que o jurista abandone suas paixões em prol da realidade trazida pelo caso concreto.

Isso não quer dizer que o jurista deva libertar-se da responsabilidade por suas escolhas, atribuindo a escolha à lei, descurando do indivíduo que está por trás da decisão¹⁶⁴. A

¹⁶⁴ “Daí, pois, latente no Direito Penal Juvenil a necessidade da construção de um controle, de certa uniformização legalista, haja vista que a flexibilidade de interpretações é sentida como um ataque à certeza, a ser evitado. Conquanto a lei que libera o juiz do peso da escolha, escolhendo em seu lugar, constituindo-se numa racionalização que explica o comportamento do julgador; identifica-se como uma licença legislativa para desenvolver suas atividades, sem culpa, diminuindo – se não substituindo - assim dia a dia a sua

proposta de uma dogmática criminologicamente fundamentada não é servir de desculpa para a angústia do jurista, mas sim forçá-lo a enfrentar essa angústia a partir do reconhecimento das consequências do procedimento de sancionamento/responsabilização do adolescente.

A realidade demonstra que a pena estatal é simbólica, sobretudo em razão da chamada cifra-oculta da criminalidade. A imensa maioria dos crimes não chega à identificação da autoria, o que apenas evidencia que a impunidade é a regra¹⁶⁵. Essa situação corrobora a necessidade de identificar a intervenção punitiva a partir do “absoluto respeito às regras do jogo democrático” (CARVALHO, 2013, p. 201).

Portanto, ao olhar para o autor do ato desviado deve-se ter em mente que ele faz parte de uma ínfima parcela da criminalidade e que, por alguma conjuntura específica, foi pinçado pelo aparato de controle estatal. Essa conjuntura específica pode ser explicada porque o agente se encontrava no local errado (zonas quentes de criminalidade); porque pertence, sob o aspecto socioeconômico, a classes menos favorecidas (alvos mais frequentes de abordagens policiais); ou porque teve o seu caso escolhido para ser investigado¹⁶⁶.

responsabilidade por algo que repetitivamente faz por dever de ofício - cumprir a jurisdição -, perdendo aos poucos a sua própria humanidade em lidar com assuntos próprios do ser humano. E, dessa forma, não se sente responsável, pois assumiria os riscos de ir em frente desconsiderando as individualidades - diversas de individualismos - haja vista que acredita piamente na ‘bondade’ de sua escolha. Com efeito, através desses mecanismos paliativos de descargo procura-se (re)estabelecer não só os objetos perdidos - certeza - mas também as funções perdidas - dever de cumprir a jurisdição” (RAMIDOFF, 2011, p. 51).

¹⁶⁵ “A cifra oculta da criminalidade corresponderia, pois, à lacuna existente entre a totalidade dos eventos ocorridos em determinado tempo e local (criminalidade real) e as condutas que efetivamente são tratadas como delito pelos aparelhos de persecução criminal (criminalidade registrada). E os fatores explicativos da taxa de ineficiência do sistema penal são inúmeros e dos mais distintos, incluindo desde sua incapacidade operativa ao desinteresse das pessoas em comunicar os crimes dos quais foram vítimas ou testemunhas. Como variável obtém-se o diagnóstico da baixa capacidade de o sistema penal oferecer resposta adequada aos conflitos que pretende solucionar, visto que sua atuação é subsidiária, localizada e, não esporadicamente, filtrada de forma arbitrária e seletiva pelas agências policiais (repressivas, preventivas ou investigativas)” (CARVALHO, 2013, p. 174).

¹⁶⁶ A título de esclarecimento, cumpre informar que coadunamos com a possibilidade de uma seleção racional de casos conforme ocorre, por exemplo, no Chile. Partindo da premissa do simbolismo do Direito Penal, devemos concluir que o sistema penal brasileiro vive um mito de universalidade, mito este que não se sustenta a partir da cifra-oculta da criminalidade. Assim, é preciso que reconheçamos essa situação para assimilarmos a importância de que a seleção de casos não mais seja realizada pelas polícias e focada em grupos marginalizados. A seleção racional passa necessariamente pela superação da obrigatoriedade da ação penal e por uma política institucional do Ministério Público que seja construída de maneira democrática. Nesse sentido é esclarecedor o posicionamento de ZAFFARONI:

“Para um Direito Penal entendido como filtro redutor da irracionalidade e da violência do poder punitivo, as comportas do dique penal que contiverem as águas desse poder devem fazê-lo com inteligência. Descartado o impedimento da passagem de toda a água (que levaria o dique à estagnação ou à ruptura), ele não poderá permitir a passagem de qualquer água, nem de qualquer forma: sua quantidade, qualidade e forma de passar devem ser cuidadosamente predeterminadas. Se o poder punitivo é uma força irracional e o Direito Penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito, a seleção penal deve ser racional para compensar - até onde puder - a violência irracional da torrente punitiva” (ZAFFARONI *et alii*, 2003, p. 162).

A sanção de natureza penal decorre de um sistema seletivo na origem, o que a conduz a um inegável simbolismo. Nesse contexto, a dogmática não pode ser alheia à realidade, mas deve partir dela para, excepcionalmente e quando *necessário*, construir uma intervenção punitiva legítima.

Fique bem claro que não estamos aqui a defender a legitimidade do Direito Penal e do Direito Infracional a partir do simbolismo que eles representam. Portanto, se a regra do Direito Penal real (e também infracional) é a seletividade que acarreta o simbolismo, quais as premissas mínimas para legitimar a aplicação de uma sanção socioeducativa aos adolescentes representados? A resposta passa por todos os elementos da responsabilidade que já enfrentemos (imputabilidade infracional e sociabilidade), porém deve abranger também a necessidade de aplicação de uma medida socioeducativa.

A medida socioeducativa, assim como a pena, pode ser identificada sob um duplo aspecto, o simbólico e o instrumental, como observa BUSTOS RAMÍREZ:

La pena tiene siempre un aspecto simbólico y otro instrumental. El aspecto simbólico dice relación con lo que es la pena y en ese sentido la pena es siempre autoconstatación del poder del Estado, por eso que en un Estado no democrático ella es pura razón de Estado o del soberano de turno (rey, dictador, etc.); en cambio, en un Estado democrático dicha autoconstatación estará limitada por principios básicos garantistas, propios a la persona en su relación con el Estado. Desde un punto de vista instrumental, ya que las penas están para aplicarse (salvo cuando se trata de pura demagogia simbólica, en que no se pretende efectividad, sino sólo aparentarla, lo que al final lleva al desprestigio del sistema penal), las penas son necesariamente, además de la restricción de derechos que implican, en un sistema democrático han de tener finalidad, de otro modo se afectarían todas los derechos y garantías de la persona frente al Estado. Dicha finalidad consiste en ampliar las opciones de la persona (sus derechos, oportunidades, etc.), de modo que frente a un conflicto tenga la posibilidad de un amplio abanico de alternativas y no sólo el de la situación delictiva (BUSTOS RAMÍREZ, 2007, p. 42).

O ponto de largada, portanto, é a constatação irrefutável de que o Direito Penal só atinge uma parcela ínfima da criminalidade, o que se demonstra pela sua cifra-oculta (aspecto simbólico)¹⁶⁷. Uma vez observadas as regras do jogo democrático, mesmo considerando o simbolismo, está legitimada a aplicação de uma sanção ao autor identificado pelo aparato repressor. Mas que dizer da aplicação de uma sanção quando, além de simbólica, ela é

¹⁶⁷ “En otros términos, hay una criminalidad que aparece en las estadísticas oficiales y otra que surge de las estadísticas de los diferentes órganos de control, pero ninguna de ellas coincide necesariamente con la real. Esto se ha podido observar con claridad en todos los países, por ejemplo, respecto del aborto. De ahí que siempre resulten dudosas las llamadas de atención sobre ‘aumento de la criminalidad’, pues con frecuencia no implican sino simplemente una mayor visibilidad de la criminalidad, esto es, una mayor revelación de la cifra oscura” (BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 19).

decorrente de uma criminalização primária, representativa de uma clara forma de dominação dos grupos marginalizados?

É exatamente em pontos assim que a dogmática fundada a partir da crítica criminológica extrai seu valor. Embora não desconheçamos os argumentos da criminologia crítica que atribuem à dogmática grande parte das mazelas do Direito Penal, como se ela fosse co-constituente de um perverso sistema de poder¹⁶⁸, entendemos que é na dogmática, especialmente na teoria do delito, que as limitações ao poder punitivo surgem com maior ênfase.

O giro conceitual está em ver a dogmática penal não como instrumento de defesa social, mas precipuamente como instrumento de contenção do poder punitivo quando ele se mostra ilegítimo. Assim, atribuir à dogmática as mazelas do Direito Penal é desconhecer que foi ela que possibilitou os maiores avanços na contenção do poder punitivo. Para isso basta imaginar os estragos que seriam causados pela ausência de um princípio da legalidade ou mesmo pela impossibilidade de se reconhecer uma excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade.

Portanto, o Direito Penal, embora nomeado a partir da consequência jurídica do crime, deveria denominar-se Direito Libertário, diante do amplo espectro de liberdade que as mais diversas teorias dogmáticas propiciaram ao longo da história. Nessa perspectiva a dogmática penal também não se pode furtar a pensar em formas de contenção do poder punitivo quando ele se mostre uma mera forma de dominação de grupos marginalizados, em nosso caso, dos adolescentes.

Por isso, em determinados casos a ação do adolescente reputada infracional poderá ser considerada na essência como uma (re)ação do grupo marginalizado. Melhor dizendo, quando a criminalização primária for claramente um projeto em detrimento do grupo marginalizado ao qual pertence o adolescente, a conduta dele poderá representar uma (re)ação social à dominação. Importa que a dogmática identifique quando o ato infracional é essencialmente uma forma de (re)ação e, nesse caso, crie mecanismos para que a intervenção estatal não leve o adolescente à privação de liberdade ou a outras medidas de cunho restritivo.

Mesmo se confirmando que o adolescente tem capacidade de imputação e que sua sociabilidade lhe permitiu saber da proibição, ainda será necessária a análise crítica da

¹⁶⁸ “Portanto, para saber como a dogmática penal funciona, temos que olhar para os resultados da criminalização que ela co-constitui, olhar para as agências de controle que criminalizam (controladores) e para os seus destinatários (controlados): olhara para as ações e decisões dos controladores e o destino dos controlados, e aí teremos o rosto de sua ação de retorno” (ANDRADE, 2014, pp. 209, 210).

subsunção ao caso concreto. Em outras palavras, ultrapassada a análise dos anteriores elementos da responsabilidade juvenil, impõe-se a análise crítica da conduta do adolescente à luz do bem jurídico para que se verifique a necessidade de imposição de uma sanção socioeducativa.

O adolescente, por sua posição marginalizada, como já dissemos, não participa de maneira ativa na escolha dos bens a serem protegidos pelas leis penais¹⁶⁹. Essa ausência de participação induz à criação de algumas normas penais que visam à manutenção do *status quo*, ou seja, da seletividade.

Cuando el Estado determina el catálogo de bienes jurídicos, está al mismo tiempo fijando las conductas desviadas (criminales); luego lo que interesa dilucidar en primer término, desde un punto de vista criminológico, no es la conducta desviada, sino el proceso de surgimiento de los objetos de protección (BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 21).

Mesmo que o adolescente seja imputável infracionalmente e que para ele a norma seja inteligível diante da sua sociabilidade, em determinadas situações poderá haver um choque de valores que exclua a necessidade de sanção. Alguns exemplos extremos permitem compreender com mais clareza tal (re)ação, que ocorre quando a norma penal é uma imposição de valores dominantes sobre grupos minoritários.

Durante o verão europeu de 2016, cidades litorâneas do sul francês proibiram o uso do “burquíni”, uma mistura de burca com biquíni utilizado por mulheres de origem muçulmana. A (re)ação de várias mulheres muçulmanas foi a de continuar frequentando a praia com a vestimenta, mesmo diante da proibição. Caso o uso do “burquíni” fosse um crime previsto na legislação francesa, será que a conduta desviada perpetrada não seria uma forma de (re)ação, de resistência contra a imposição dominante?

Nem é preciso ir muito distante: no final do ano de 2013 iniciou-se um movimento adolescente no Brasil que perdurou até os primeiros meses de 2014 e que ficou conhecido como “rolezinho”. Basicamente a ideia consistia na reunião de um grande contingente de adolescentes, notadamente da periferia, em *shopping centers*. Potencializado pela Internet, os encontros se tornaram frequentes e se espalharam rapidamente pelo Brasil, colocando em

¹⁶⁹ BARATTA esclarece que até mesmo o cidadão que goze dos direitos políticos, mas se insere em relações autocráticas em outras instâncias, é apenas um “meio cidadão”, que se dirá, então, da pessoa (adolescente) que sequer o direito de participação política exerce? “Un ciudadano que goce derechos democráticos en la esfera política (con capacidad de influir con sus opiniones y con sus decisiones sobre la comunidad), pero que resulta sujeto de relaciones autocráticas en las distintas instancias de la sociedad (la familia, la escuela, la fábrica o en las asociaciones civiles o religiosas en las cuales participa) será un ciudadano a medias” (BARATTA, 1999, p. 43).

polvorosa os tradicionais frequentadores dos estabelecimentos, lojistas e administradores dos *malls*.

Uma simples busca do termo “rolezinho” nos sítios dos tribunais do país demonstra como os setores conservadores reagiram à novidade¹⁷⁰. O refúgio do consumismo passou a ser ameaçado por uma subcultura que não se coadunava com a cultura dominante que até então frequentava os *shoppings centers*. Os adolescentes, que, ressalvados alguns casos de violência, se reuniam simplesmente para ouvir determinado estilo musical, paquerar, “zoar”,

¹⁷⁰ APELAÇÃO – INTERDITO PROIBITÓRIO – “ROLEZINHO” EM SHOPPING CENTER – INDEFERIMENTO DA INICIAL. Argumentos das apelantes que não convencem – Correto o indeferimento da inicial – Ausência de interesse de agir – Ameaças às pessoas ou danos a patrimônio se resolvem na área criminal, não por meio de ação possessória – Precedente desta Câmara. SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP - APL: 10003153820158260114 SP 1000315-38.2015.8.26.0114, Relator: Sergio Gomes, Data de Julgamento: 09/06/2015, 37.^a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11 jun. 2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO DESIGNADO ROLEZINHO DO SHOPPING TIJUCA. 1. O direito à livre manifestação, para ser legal, necessita não ser anônimo, ser realizado em local aberto e não prescinde de prévio aviso à autoridade competente. 2. Os corredores de shoppings centers não podem ser equiparados à ruas, avenidas e praças, nem são projetados para suportar manifestações públicas; não são locais abertos, não se podendo confundir espaço público com espaço com acesso público. 3. Ponderação dos princípios constitucionais em colisão, diante do critério da razoabilidade e proporcionalidade, devendo preponderar sobre o direito a livre manifestação os direitos à integridade física, ordem pública e direito à propriedade. 4. Presença dos pressupostos legais autorizadores da concessão da liminar. O *fumus bonis iures*, eis que os shoppings centers são estabelecimentos privados que, amparados no direito à propriedade, devem coibir atos que possam causar desordem pública acarretando tumulto, correria e possíveis atos de depredação. O *periculum in mora*, eis que a defesa da integridade física e material reside no risco de nova convocação por rede social, sem prévia comunicação, podendo causar prejuízos não só ao autor mas também a clientes e lojistas. 5. Incabível que se exija da parte autora, para garantir quer o direito à propriedade, quer a integridade física de seus frequentadores e a proteção dos lojistas, que feche as portas do Shopping Center, como tem ocorrido. 6. Concessão da liminar, determinando aos participantes do “rolezinho no shopping tijuca”, seus líderes e aderentes, que se abstenham de realizar manifestação nas dependências do Shopping Tijuca, sob pena de multa a cada um dos manifestantes identificados no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ - AI: 00029360820148190000 RJ 0002936-08.2014.8.19.0000, Relator: DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS, Data de Julgamento: 08/04/2014, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10 abr. 2014 00:00)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERDITO PROIBITÓRIO - CASO “ROLEZINHO” - SHOPPING CENTERS - DIREITO DE REUNIÃO - GARANTIAS FUNDAMENTAIS - LIMITADO ÀS DEMAIS GARANTIAS - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são limitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. Se a livre manifestação for exercida de maneira a cercear o direito de locomoção e trabalho em Shopping Center, local privado e destinado ao comércio, prestação de serviços e lazer, não há como ignorar a ofensa ao direito daqueles que clamam pela proteção judicial, ainda que não se trate de um caso clássico de interdito proibitório. O Estado Democrático de Direito deve ser garantido a todos os cidadãos, todavia o seu exercício deve ser analisado em um contexto geral, não se admitindo que a livre manifestação e o livre trânsito de uns atinjam o direito de propriedade e o direito de locomoção de outros, bem como o direito ao trabalho, também assegurado pela Carta Magna. (AI 5271/2014, DESA. MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 09/04/2014, Publicado no DJE 22/04/2014) (TJMT - AI: 00052712220148110000 5271/2014, Relator: DESA. MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS, Data de Julgamento: 09/04/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22 abr. 2014).

divertir-se, foram rechaçados com veemência pela cultura dominante dos frequentadores daqueles estabelecimentos.

Numa lógica higienista, os seguranças dos estabelecimentos passaram a adotar medidas preventivas de defesa social, barrando qualquer adolescente que usasse roupas largas, bonés de abas reta ou correntes grossas - vestimentas e acessórios que eles identificavam como os utilizados pelos jovens da periferia. A refilmagem da diferença entre menor e adolescente que existia na situação irregular mostrou que a divisão entre menores (pobres da periferia) e adolescentes (pertencentes à classe média) se mantinha perene, sem solução de continuidade ao longo do tempo. Enquanto aqueles tinham o acesso barrado aos *shoppings*, estes continuavam a ter livre trânsito.

O movimento se enfraqueceu em meados de 2014, e atualmente manifestações desse tipo são quase inexistentes. Entretanto, caso o movimento tivesse se perenizado, decerto a influência econômica das administradoras dos *shoppings* conseguiria incluir como pauta criminalizante a participação em eventos dessa natureza. Aprovada e sancionada uma lei assim (criminalização primária), será que não incumbiria ao Judiciário corrigir tal distorção, considerando a manifestação de grupo dos adolescentes como uma (re)ação ao projeto de imposição de valores?

O problema de tal correção é o de dar juridicidade a essa (re)ação contrária ao direito positivo¹⁷¹. Nossa concepção é que nessas condições se opera uma exceção crítica à norma, diante das particularidades do caso concreto.

Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar a norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção (AGAMBEN, 2004, p. 63).

É bem verdade que essa concepção que põe em evidência valores conflituosos entre grupos pode dar ensejo a uma interpretação segundo a qual seria legítimo o afastamento da medida socioeducativa a partir de objeções de consciência individual. Porém não é isso que defendemos; nosso parâmetro está relacionado com a desnecessidade de aplicação de uma medida socioeducativa quando o fato representa uma (re)ação àquilo que foi consagrado por

¹⁷¹ “Tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que realmente está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si antijurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 24).

grupos dominantes. Assim, essa (re)ação transcende uma simples questão individual, é uma questão de grupo.

A irrefletida sujeição ao Direito Penal, do qual decorrem os preceitos primários dos atos infracionais dos adolescentes, não é capaz de formar cidadãos críticos; assim, o movimento de questionamento de normas é um processo natural de amadurecimento que coloca o adolescente no palco da cena política.

Ou seja, nessa trajetória, as crianças e os adolescentes nem sempre enveredam pelas trilhas da sujeição e do disciplinamento; ao contrário, promovem muitas vezes rituais de rebeldia, movimentos de insubordinações - de comportamentos inconformistas a revoltas coletivas [...] (VINCENTIN, 2005, p. 29).

Uma das formas de minimizar a dominação infracional que tolhe a individualidade do adolescente é a adoção de uma conceituação de bem jurídico crítico da realidade. Assim, excluir-se-ia a responsabilização infracional a conduta que não representasse uma forma de desviação grave, mas sim uma (re)ação à dominação. Pichações realizadas como símbolo de afirmação, por exemplo, deveriam ser alvo de indenização no âmbito cível, de controles informais pela família e pela comunidade, mas não deveriam ser alvo de um procedimento de apuração de ato infracional, ou seja, de respostas punitivas.

Certo é que a verificação da necessidade de uma sanção socioeducativa não significa uma carta branca para o gozo desenfreado do adolescente que, sob o véu protetor da desnecessidade de uma sanção socioeducativa, atuasse sem limites e consequências. FREUD demonstrou em seus escritos o risco de abandonarmos a civilização e retornarmos ao estado de natureza em busca de um gozo desenfreado:

Mas quão ingrato, quão insensato, no fim das contas, é esforçar-se pela abolição da civilização! O que então restaria seria um estado de natureza, muito mais difícil de suportar. É verdade que a natureza não exigiria de nós quaisquer restrições dos instintos, deixar-nos-ia proceder como bem quiséssemos; contudo, ela possui o seu próprio método, particularmente eficiente, de nos coibir. Ela nos destrói, fria, cruel e incansavelmente, segundo nos parece, e, possivelmente, através das próprias coisas que ocasionaram a nossa satisfação (FREUD, 1974, p. 26).

Insensatez seria o abandono das normas penais em nome de uma pseudoliberalidade que jamais viria. O mundo da pena subterrânea¹⁷², representada com maestria pelas execuções privadas, daria suas caras com ainda maior ênfase. Portanto, uma vez acessível

¹⁷² O termo *Direito Penal Subterrâneo*, conforme explica Zaffaroni (2003, p. 70), foi criado por Lola Anyar de Castro e representa as penas aplicadas à margem do direito, como as execuções sem processo, desaparecimentos, torturas, etc.

normativamente ao adolescente o conteúdo da proibição, o elemento da sociabilidade se fará presente, permitindo em tese o sancionamento socioeducativo. A violação consciente e crítica da norma, baseada no não assentimento a ela por considerar como uma dominação indevida, deve ser aquilatada dentro de um controle judicial, a partir da necessidade (ou não) de sancionamento.

Mesmo quando a conduta infracional não signifique uma (re)ação a valores que não são os do grupo de que faz parte o adolescente, ainda assim será possível verificar se subsiste a necessidade de aplicação de uma medida socioeducativa. Isso porque, mesmo tendo capacidade de imputação, mesmo conhecendo a proibição e mesmo que a norma proibitiva não represente uma forma de dominação, ainda assim a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento irradia sua força para afastar do Direito Infracional algumas condutas que não representam fissuras sociais significativas.

Quando tratamos da construção da subjetividade do adolescente à luz da psicanálise¹⁷³, detivemo-nos na análise da influência da psique na libertação em relação ao Outro que conduzia o adolescente na infância. Nessa fase de transição é muito comum o comportamento experimental, e essa característica não é prenúncio de uma criminalidade futura. O conjunto normativo do Direito Infracional, também como já tratamos, não ficou alheio a esse comportamento experimental, como se pode comprovar pela conjugação entre o artigo 6.º do ECA e o item 4-e das Diretrizes de Riad:

[...] reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade (ONU, 1990, item 4-e).

A doutrina, debruçando-se sobre o tema, também reconhece que muitas das ações do adolescente são fruto de um “comportamento experimental”, próprio da etapa de transição que é a adolescência. Nesse sentido,

[...] em oposição à ideologia oficial, a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal (com exceção de grave violência pessoal, patrimonial ou sexual), que desaparece com o amadurecimento: infrações de bagatela e de conflito do adolescente seriam expressão de comportamento experimental, e transitório, dentro de um mundo múltiplo e complexo, e não uma epidemia em alastramento, cuja ameaça exigiria estratégias de cerco e aniquilamento. As ações antissociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do

¹⁷³ Item 4.2.

adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos e estupros, por exemplo: o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a fase da chamada “Peack-age” e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação (CIRINO DOS SANTOS 2001, p. 92).

Outro ponto que comparece merecedor de destaque, pertinente à filosofia que permeia as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e consistente na regra geral, é o de que se deve respeitar as crianças e os adolescentes enquanto pessoas em peculiar fase de desenvolvimento. Referente ao adolescente autor de ato infracional, tal máxima deve se traduzir em visão interdisciplinar que englobe os avanços científicos na área médica, de modo a identificar os comportamentos que seriam, por assim dizer, próprios na adolescência. Tais estudos indicam coexistir na denominada “síndrome da adolescência normal”, além da reprodução dos comportamentos e usos do grupo (a conduta social, a fala, a vestimenta, etc.), também o insurgimento contra os valores estabelecidos pela sociedade (NETO; DE SÁ SOTTO, 1999).

[...] teorias que estudam a desviação juvenil como decorrência de mecanismos internos do indivíduo, como fatores biológicos hereditários e características de personalidade cuja formação se dá na interação com o meio. Segundo essa concepção, dentre alguns atributos, frequentemente relacionados aos jovens que cometem atos infracionais, encontram-se a impulsividade, a inabilidade em lidar com o outro, a dificuldade de aprender com a própria experiência, a insensibilidade à dor dos outros e a ausência e culpa. Esses fatores compõem diagnósticos de transtornos mentais e desvios de personalidade, transitórios ou não na adolescência (COSTA, 2008, p. 55).

Nessa forma de pensar pode haver, por exemplo, o ato infracional análogo ao crime de ameaça que justifique a intervenção do controle repressor estatal quando o adolescente traficante ameaça vizinhos para deixarem suas casas para que ali sejam instalados novos pontos de venda de drogas. Ao revés, ainda no âmbito do ato análogo ao crime de ameaça, a intervenção punitiva do Estado por meio das medidas socioeducativas nos parece desaconselhada quando a ameaça puder ser verificada como uma conduta natural dessa fase de transição. Isso ocorre de maneira frequente nos ambientes doméstico e escolar, sobretudo quando o adolescente se sente contrariado em seus interesses. Nesse caso a intervenção deve dar-se em outro meio, que não o da Polícia e o da Justiça.

Os preceitos primários dos crimes que são emprestados ao Direito Infracional representam muitas vezes situações que não se adequam às particularidades da adolescência. Frequentemente alunos do colegial entram em vias de fato que podem resultar em lesões corporais, mas tal comportamento não é verificado nas universidades (MACHADO, 2003, p. 256). Assim, “[...] é justo que as condutas de pessoas tão diversas sejam valoradas pela mesma régua de exigibilidade de outra conduta?” (MACHADO, 2003, p. 257).

A resposta à pergunta de Martha Toledo MACHADO é, simplesmente, não. Isso significa dizer que algumas condutas, diante das particularidades do caso concreto, poderão

ser excluídas da intervenção socioeducativa a partir da verificação da necessidade individual de aplicação de uma sanção.

Quando, à luz do caso concreto, a ação do adolescente demonstrar claramente uma conduta experimental típica da adolescência, sobretudo quando não for cometida mediante violência, o caminho a ser seguido é o da exclusão da sanção socioeducativa, em razão de sua desnecessidade no caso concreto. A exclusão da consequência punitiva não quer dizer que aquela ação não produza consequências, mas apenas que a intervenção deve dar-se em outros fóruns alheios à Polícia e à Justiça.

Portanto, caso em determinada situação se vislumbre a desnecessidade de aplicação de uma medida socioeducativa, a solução poderá dar-se através do arquivamento ou do instituto da remissão simples. Nem sempre a consequência da ação infracional deve realizar-se no âmbito da medida socioeducativa. Assim, caso subsista a necessidade de intervenção, o caminho é o encerramento do procedimento de apuração de ato infracional, remetendo-se cópia dos autos para aplicação de medidas exclusivamente protetivas.

6 CONCLUSÃO

Ao longo da história da civilização sempre existiram sistemas penais voltados para o sancionamento de condutas que ofendam bens jurídicos considerados essenciais para determinada cultura, em determinada época. Certo é que a construção do conceito de bem jurídico como aqueles interesses essenciais para manutenção da estabilidade social nem sempre foi (e ainda não é) clara. Isso porque a própria ideia da pena como expiação, que remonta à sua origem religiosa, não possibilitou no decorrer dos séculos uma separação efetiva entre direito e moral.

Ao reconstruirmos as origens mais remotas das proibições e da atribuição das violações a determinadas pessoas, foi possível conceber que desde o Direito Arcaico há confusão entre direito e religião. Entretanto, foi a partir dos esforços de racionalização patrocinados pela construção da dogmática jurídico-penal que a necessidade de limitação do poder punitivo ganhou ênfase.

Não se desconhece, conforme amplamente denunciado pela criminologia crítica, que a promessa iluminista de racionalização e universalização na aplicação da lei penal não se concretizou, já que o Direito Penal continua seletivo e, por consequência, simbólico. Apesar disso, a dogmática jurídico-penal não é co-constitutiva dos processos de criminalização seletivos¹⁷⁴, mas sim limitadora. Isso porque basta um exercício de eliminação hipotética para confirmar que sem as amarras da dogmática o poder punitivo do soberano (Estado) seria ilimitado, irracional e tirânico.

Exemplo da sentida ausência dogmática está na construção histórica do controle da adolescência desviada. É bem verdade que desde as Ordenações Filipinas até o Código Criminal de 1890 a resposta estatal em face do adolescente que praticou um ato definido como crime se deu dentro da esfera do Direito Penal, ou seja, durante pelo menos quatro séculos a intervenção foi similar à destinada aos adultos. No entanto, foi exatamente durante o século XX, período em que a produção dogmática ganhou corpo como sistema limitador do *jus puniendi*, que a intervenção punitiva em relação ao adolescente se dissociou por completo do Direito Penal.

A partir da década de 1920 se consolidou no Brasil a chamada doutrina da situação irregular, que, basicamente, enxergava a infância e a adolescência como objetos a serem

¹⁷⁴ Vera ANDRADE defende, em contraponto, que a dogmática penal é, sim, co-constitutiva da seletividade penal, sendo responsável por legitimá-la (ANDRADE, 2014, pp. 209, 210).

protegidos pelos adultos. Assim, como o foco era patrocinar o “bem-estar do menor”, tal esforço não poderia ficar aprisionado em balizas “burocráticas” como, por exemplo, a obediência à legalidade estrita e a tantas outras limitações impostas pela dogmática jurídico-penal.

Os juristas no período da situação irregular defendiam que para o enfrentamento da questão do “menor” era necessário um amplo espectro de discricionariedade que permitisse conformar soluções a partir da realidade de cada caso. Como disse BRITO LEMOS em 1924: “Nada de formalidades prejudiciais. Nada de requisições públicas. Nada de acusação e defesa” (MENDEZ, 1998, p. 59). A ausência de limites na intervenção em relação ao adolescente autor de ato infracional, que no sistema penal paralelo estavam sendo construídos pela dogmática, não produziu bons resultados. Em nome do “bem-estar do menor” se cometeram tantas atrocidades quanto na etapa da tutela penal indiferenciada, sobretudo a partir do recolhimento dos “menores” em instituições totais, sem prazo, sem projeto pedagógico, sem processo.

É certo que a aproximação entre Direito Penal e ato infracional existente até o Código Criminal do Império também não produziu bons frutos para a adolescência. Entretanto, referida aproximação deve ser contextualizada de acordo com o período histórico em que ocorreu, pois a similitude entre as respostas foi em grande parte existente no período suplicante, do Direito Penal ilimitado e sem balizas.

A criação de balizas para a contenção do poder punitivo pode ser concebida apenas a partir de meados do século XVIII, quando, baseada nos ensinamentos de BECCARIA, a criminologia clássica introduziu o ideário iluminista de racionalidade na análise do delito e de suas consequências. Porém foi apenas no século XX que a dogmática penal apresentou a sua mais intensa produção acadêmica, o que permitiu a sistematização do Direito Penal.

Sucedem que durante o domínio da situação irregular a intervenção em relação ao adolescente que cometeu um delito estava apartada do Direito Penal. Assim, esse descompasso impediu que a intervenção em relação ao adolescente também se aproveitasse das descobertas patrocinadas pela evolução da dogmática penal. O adolescente autor de ato infracional se viu alijado das garantias e limites propiciados pela dogmática, o que tornou o Direito Infracional ainda mais autoritário.

Nos estertores do século XX, movimentos engajados na defesa das crianças e dos adolescentes começaram a atuar com maior vigor para a superação da doutrina da situação irregular. Naquele momento já havia certo consenso sobre a falência dos programas de promoção do “bem-estar do menor”, máxime porque se percebia claramente que a infância e a

adolescência estavam objetificadas nas mãos do sistema de justiça, que se conduzia a partir de uma atuação verticalizada e discricionária. No Brasil, esse movimento para superação do paradigma da situação irregular caminhou lado a lado com o processo de redemocratização, possibilitando a introdução pioneira na América Latina das conclusões pactuadas na Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁷⁵.

Assim, em 13 de julho de 1990 foi sancionada a Lei n.º 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se da completa superação, no plano normativo, da doutrina da situação irregular em direção ao reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Todavia, no plano prático, mesmo após mais de duas décadas da entrada em vigor do ECA, ainda persistimos nos vetustos parâmetros da situação irregular. Isso porque não há consenso sobre a localização do ato infracional, que continua a vagar sem destino. A conceituação do ato infracional por suas consequências (medidas socioeducativas) permitiu uma clara divisão entre os que ressaltam o aspecto pedagógico e os que ressaltam o aspecto punitivo.

Muitos identificam que a normativa internacional¹⁷⁶ reconheceu a existência do Direito Penal Juvenil, sendo esse entendimento predominante na América Latina. Entretanto, importa destacar que esse movimento de (re)aproximação ao Direito Penal nada tem a ver com a fase da tutela penal indiferenciada, pois não busca reafirmar o controle repressivo, mas pautá-lo a partir de uma perspectiva garantista.

De outro lado, alguns, como ROSA (2005), veem com grande desconfiança essa (re)aproximação, já que o Direito Penal não conseguiu entregar nem mesmo para os adultos a promessa de segurança jurídica. Assim, eles defendem a completa autonomia do ato infracional em relação ao Direito Penal.

Nem vinculação ao Direito Penal nem completa autonomia, nossa proposta envolveu a construção de uma terceira via capaz de perceber as particularidades do adolescente, mas sem desprezar a construção dogmática cunhada ao longo do tempo pelos penalistas. O hibridismo é o caminho: aproveitar o que possa ser aproveitado e descartar o que não se coaduna com as particularidades da adolescência.

Embora a crítica criminológica ao Direito Penal seja consistente, a afirmação da completa autonomia do Direito Infracional obstaculiza a adoção das barreiras construídas pela

¹⁷⁵«No período de 1986 a 1990, as forças vivas da sociedade e do Estado, que atuam a favor da ampliação e vigência plena dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil, foram capazes de produzir um significativo elenco de mudanças através de sua participação no processo de elaboração legislativa em todos os níveis (GOMES DA COSTA, 1994, p. 122).

¹⁷⁶ Convenção Internacional dos Direitos da Criança, Regras de Beijing, Regras de Tóquio e Diretrizes de Riad.

dogmática penal. O Direito Infracional, se for visto de maneira completamente autônomo, embora tenha substancial principiológica que o direcione, é oco de sistematização. Esse vazio sistemático todos sabem como foi preenchido durante a etapa da situação irregular.

No futuro, quem sabe, será possível afirmar a autonomia completa do Direito Infracional, mas por ora a cautela e o agir estratégico aconselham que ele beba da fonte da dogmática penal como forma de construir trincheiras contra o avanço punitivo discricionário. A aproximação por nós proposta não é a equiparação do ato infracional ao crime, e tampouco se trata da necessidade de criação de instrumentos para o controle do ato infracional. O que propomos é a elaboração de um sistema voltado para o ato infracional que não descarte a substancial evolução da teoria do delito.

Os elementos capazes de alicerçar um Direito Infracional estão entre nós, não é preciso partir da estaca zero. A evolução do Direito Penal até a consagração da responsabilidade pessoal, os avanços da teoria do delito e a chegada de um sistema garantista pelas mãos da Convenção e do ECA são os ingredientes da receita para a elaboração de um Direito Infracional que não se esqueça do sujeito adolescente.

Para esta construção foi necessário, além da análise evolutiva da teoria do delito, perceber que a adolescência é uma realidade apartada do mundo adulto. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não representa mera junção de palavras feita no artigo 6.º do Estatuto, mas constitui o epicentro de toda construção teórica que se pretenda fazer em relação à adolescência. Exatamente por isso incursionamos em saberes afins como a psicologia, a psicanálise, a criminologia e as neurociências, que reforçaram a nossa concepção segundo a qual o adolescente é responsável por seus atos.

A premissa do adolescente responsável exigiu a desconstrução de dogmas repetidos sem muita reflexão, como o da inimputabilidade. O penalismo ortodoxo sempre entendeu que o adolescente, por sua imaturidade, seria incapaz de compreender o caráter ilícito do ato e de comportar-se conforme esse entendimento. Demonstramos que a concepção do penalismo ortodoxo não corresponde à realidade, já que uma imputabilidade diferenciada, a que chamamos infracional, se faz presente.

O reconhecimento da imputabilidade infracional significa que o adolescente responde por seus atos dentro do microsistema do ECA, ficando excluídas as consequências penais de suas condutas. Afastam-se, portanto, os preceitos secundários das normas penais incriminadoras e o regime de execução da pena, mas não a responsabilidade do adolescente. O microsistema do ECA construiu uma fórmula híbrida para a responsabilização dos

adolescentes, aproveitou-se do preceito primário dos crimes e contravenções (descrição típica)¹⁷⁷, porém substituiu o preceito secundário (pena) pelas medidas socioeducativas¹⁷⁸.

No âmbito do microsistema infracional, a imputabilidade serve para aferir se o adolescente possuía, no momento do fato, a normalidade psíquica necessária para a dirigibilidade normativa. Caso, por questões de saúde mental, o adolescente fosse, ao tempo do fato, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito desse fato e de comportar-se conforme esse entendimento, fica completamente excluída a responsabilidade infracional. Isso porque não é racional impor uma medida de cunho restritivo ao adolescente que não possua condição de cumpri-la¹⁷⁹.

A correta interpretação do critério biológico da imputabilidade penal é restritiva e significa, apenas, que o adolescente está isento das consequências penais de seus atos. Excluir as consequências penais não indica, como já se frisou, que os adolescentes são irresponsáveis, mas que a responsabilidade é atribuída por um sistema diverso, infracional.

Dizer que o adolescente é inimputável e que está fora do alcance das consequências penais de sua conduta pode ocasionar a falsa ideia de impunidade que ainda assola o senso comum. Entretanto, é preciso ressaltar que a responsabilização pelo sistema próprio pode levar o adolescente à privação da liberdade e, em algumas situações, até mesmo por mais tempo que o adulto em situação similar.

Enquanto o Direito Infracional prever consequências que restrinjam a liberdade dos adolescentes, não há como negar que em sua essência há um sistema penal e que, portanto, ele não prescinde da construção dogmática. A gravidade de medidas restritivas como são as medidas socioeducativas exige a observância da responsabilidade subjetiva, o que demanda a verificação da possibilidade de o adolescente efetuar uma conexão com o ato cometido.

A conexão que o adolescente faz em relação ao ato infracional, assim como o adulto em relação ao crime, é alicerçada na capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato

¹⁷⁷ “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 1990).

¹⁷⁸ “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).

¹⁷⁹ “Art. 112 [...]”

§ 1.º A medida aplicada ao adolescente *levará em conta a sua capacidade de cumpri-la*, as circunstâncias e a gravidade da infração” (BRASIL, 1990, sem destaque no original).

(elemento intelectual) e na capacidade de ação conforme esse entendimento (elemento volitivo). Assim, nossa concepção de imputabilidade infracional também exige que dentro do microsistema do ECA o agente tenha a capacidade psíquica de se comportar conforme a norma.

Nem sempre será possível a conexão do adolescente com o ato infracional, sobretudo quando questões de saúde mental afetam os elementos intelectual e volitivo da manifestação exteriorizada pelo adolescente. Nessas situações a responsabilidade do adolescente, ao menos no âmbito das medidas socioeducativas, deve ficar excluída.

As conclusões acerca do adolescente responsável nos levaram a afirmar que o critério biológico para imputabilidade penal continua em pleno vigor, mas tem interpretação restrita à exclusão das consequências penais. De outra via, dentro do microsistema do ECA subsiste a análise biopsicológica para a imposição de uma medida socioeducativa, sendo a imputabilidade infracional o primeiro elemento da nossa construção dogmática.

Além da imputabilidade infracional, buscamos antecipar algumas discussões sobre a racionalização da responsabilidade do adolescente. Para tanto, os outros elementos da clássica culpabilidade, quais sejam a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, ganharam nova roupagem. Não se trata da simples adaptação de tais elementos com pinceladas da principiologia prevista no ECA, mas sim da substituição deles por outros que se alinhem com realidade dessa etapa peculiar de desenvolvimento.

O contato do adolescente com o comando normativo, dogmaticamente construído como potencial consciência da ilicitude, foi por nós tratado como sociabilidade. A sociabilidade busca colocar em cena a inteligência da norma a partir da visão de mundo do adolescente e não dos juízos morais edificados na perspectiva do adulto.

Isso quer dizer que a análise do grau de sociabilidade do agente só é possível quando é identificada a inscrição do adolescente no mundo. Elementos como grau de instrução educacional, lugar de morada, vínculos familiares e comunitários devem ser levados em consideração para avaliar se o adolescente teve, ou não, a possibilidade de lograr acessibilidade normativa.

Alcançar a compreensão do conteúdo normativo é uma das premissas, ao lado da já mencionada imputabilidade, para responsabilização do adolescente. Porém, lembrando que o mundo hodierno é multicultural, a compreensão do conteúdo normativo deve ser submetida à lente do sujeito infrator inserido em seu real contexto, e não em um contexto apático de normalização comportamental, ditado por aqueles que acreditam numa universalização homogênea de valores.

Além da imputabilidade e da sociabilidade, a responsabilidade do adolescente demandará a análise da necessidade de aplicação da medida socioeducativa. Isso porque, como já dissemos, o Direito Infracional tem em seu âmago um modelo penal, o que atrai a excepcionalidade da intervenção restritiva. Sempre que possível a ofensa cometida pelo adolescente através do ato infracional deve ser relegada a outros meios menos gravosos de responsabilização.

Dois dispositivos do Estatuto, de índole principiológica, nos levam a essa conclusão; o primeiro deles prevê a intervenção mínima do Estado (BRASIL, 1990, art. 100, VII) e o segundo a excepcionalidade da medida de internação (BRASIL, 1990, art. 121). Aliás, o ECA possibilita ainda o amplo manejo do instituto da remissão, dando o anteparo normativo para que a responsabilidade pela ofensa seja tratada até mesmo no âmbito das medidas protetivas (BRASIL, 1990, art.126).

Assim, verificado que um ato praticado é típico e antijurídico, a responsabilidade do adolescente ainda depende da análise da imputabilidade infracional e de sua sociabilidade, mas não é só, pois a aplicação de uma medida socioeducativa poderá ser excluída também se, no caso concreto, não houver a necessidade de aplicação da sanção.

Sobre os três elementos que conformam a responsabilidade infracional em nossa proposta dogmática, é certo que o mais hermético deles é o da imputabilidade infracional, pois trata da conformação à realidade adolescente desse já consagrado elemento da culpabilidade. Entretanto, as concepções de sociabilidade e necessidade são incipientes e por isso mesmo abertas à futura delimitação, e por ora representam um chamamento, um convite à construção de uma dogmática criminologicamente fundamentada¹⁸⁰.

Toda essa construção dogmática, no entanto, não busca excluir a responsabilidade do adolescente; ao revés, intenta reafirmá-la, porém com a convicção de que existem diversos níveis de responsabilização, sendo o infracional o último deles. Uma dogmática que não se descuide da pessoa humana visa demonstrar os limites da intervenção socioeducativa, desvelar que ela é perversa quando aplicada apenas através de um silogismo penal que não faça sentido para a ressignificação do sujeito em relação ao ato praticado.

¹⁸⁰ “O Direito Penal antropológicamente fundado é ele próprio dinâmico, dado que o necessário para a realização humana é um conteúdo variável, como resultado da historicidade e da espacialidade do homem. Em consequência, a fundamentação antropológica será sempre um difícil ponto de equilíbrio dinâmico, cuja condição de eficácia será maior quanto mais possibilite a sua própria mudança de conteúdo, o que nem sempre será factível, pois corre o risco de que um grupo de poder consiga frear seu dinamismo” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2013, p. 339).

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ato Infracional: Ambivalências e Contradições no seu Controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- ALVES, Sirley Fátima Tavares. *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*. São Paulo: Método, 2005.
- ANDRADE, Vera Regina de. *Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal para Além da (Des)Ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (reimpressão).
- BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.
- _____. Infancia y Democracia. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (Orgs.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 35-58.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.
- BARROS, Fernanda Otoni (Coord.). *Tô Fora: O Adolescente Fora da Lei – O Retorno da Segregação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BASTOS, Angélica Barroso. *Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes: As Contribuições do Estatuto da Criança e do Adolescente para Efetivação dos Direitos Humanos Infanto-juvenis*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-estar da Pós-modernidade*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1998.
- BELOFF, Mary. Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (Orgs.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 87-110.
- BIRMAN, Joel. Genealogia da Reprovação - Sobre Periculosidade, a Normatização e a Responsabilidade na Cena Penal. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 85-102.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDOM, Robert B. *Articulando Razões: Uma Introdução ao Inferencialismo*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2013.

BRASIL. *Lei n.º 16, de 12-08-1834*. Ato Adicional à Constituição de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. *Código Criminal (1830)* : Lei de 16-12-1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. *Código Penal (1890): Decreto n.º 847, de 11-10-1890*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890503086-norma-pe.html>>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. *Código Penal (1940/1984)*: Decreto-Lei n.º 2.848 de 7-12-1940. Redação da Parte Geral dada pela Lei n.º 7.209 de 11-7-1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. *Constituição (1824)*: Constituição Política do Império do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. *Código Mello Mattos (1927)*: Decreto n.º 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 8.286 de 14 de janeiro de 1882*. Dá novo regulamento para a Casa de Correção da Côrte. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8386-14-janeiro-1882-544928-publicacaooriginal-56609-pe.html>>. Acesso em 27 de out. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 8.615 de 23 de dezembro de 2015*. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8615.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)*: Lei n. 8.069, de 13-07-1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. *Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015)*: Lei n. 13.146, de 06-07-2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 28 de out. 2016.

BRASIL. *Estatuto do Idoso (2003)*: Lei n. 10.741, de 1-10-2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. *Lei n° 4.242, de 3 de janeiro de 1921*. Fixa a Despesa Geral dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-4242-3-janeiro-1921-568762-publicacaooriginal-92098-pl.html>>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. *Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. *Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. *Memória da Administração Pública Brasileira*. Disponível em <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=6333>>. Acesso em 07 jun. 2016.

BRASIL. *Ordenações Filipinas (1603)*: decima-quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (2012)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BREIER, Ricardo. Ciência Penal Pós-finalismo: Uma Visão Funcional do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 12, n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/fev 2004, p. 94-120.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o Dilema da Culpabilidade Penal. Curitiba: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, p. 237-278.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático. *Revista de ciencias penales*. p. 10-17. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r18473.pdf> > Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Imputabilidad y Edad Penal. In: *Justicia Penal y Sociedad*, 1989.

_____. *El Derecho Penal del Niño Adolescente*: Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: EJS, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. *et al. Lecciones de Derecho Penal. Teoría del Delito, Teoría del Sujeto Responsable y Circunstancias del Delito*. Vol. II. Valladolid, 1999.

_____. *El Pensamiento Criminológico*. Bogotá: Temis, 1983.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CARNEIRO, Bernardo Micherif. *A sobrevida do Seguro*. In: *Espaço sob Medida*. Belo Horizonte: Logus, 2010. p. 59-68.

_____. Um espaço de tempo para o ato. In: *Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Abordagem Comunicação, 2009. p. 67-74.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: A Contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul/dez 2015.

_____. Reprovabilidade e Segregação: As Rupturas Provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 207-250.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e Normativismo na Teoria Finalista. *Revista dos Tribunais online*, jan 2004.

CHILE. *Gestión de Fiscalías: Consideraciones sobre los Modelos y Herramientas de Gestión de las Fiscalías*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 2012.

CILLERO BRUNÖL, Miguel. Nulla Poena Sine Culpa: Un Límite Necesario al Castigo Penal in Justicia y Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*. Buenos Aires, n. 3, p. 65-75, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Ano 2, n. 2, 2001, p. 97-106.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça*. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Relatório da Infância e Juventude – Resolução N.º 67/2011: Um Olhar mais Atento às Unidades de Internação e Semiliberdade para Adolescentes*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

COBO, Barbara; SABOIA, Ana Lucia. *A “Geração Canguru” no Brasil*. In: XVII ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS. 2010.

COSTA, Ana Paula Motta. Redução da Idade de Imputabilidade Penal: Mitos e Justificativas. *Revista Educação e Realidade*. UFRGS jul/dez 2008. p. 47-62.

COSTA JUNIOR, Heitor. Culpabilidade e Reprovação. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 01-15 (separata).

COUSO, Jaime. Culpabilidad y Sujeto en la Obra de Juan Bustos Ramírez. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 11, 2009, p. 153-179.

CRIME horrível, o assassinato a machado na rua do Rezende e a prisão de “Manoel da Luiza” em Nitheroy. *O Paiz*. Rio de Janeiro, 29 dez. 1925. Disponível em: <www.bndigital.bn.br/hemeroteca-digital>. Acesso em: 02 jun. 2016.

DALBORA, José Luis Guzmán. Em el Centenário de la Concepción Normativa de la Culpabilidad. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 103-120.

DISPOSTI, Vilson Aparecido. Criminologia: Transtornos Neuropsíquicos e Imputabilidade Penal. *Lex Humana*, v. 2, n. 1, 2010, p. 133.

DOTTI, René Ariel. Algumas Notas sobre o Oráculo da Culpabilidade. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 181-206.

DOTTI, René Ariel. *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FALSOS MENORES. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro. Caderno Opinião, p. 8, de 13 de nov. 1999. Disponível em: <www.bndigital.bn.br/hemeroteca-digital>. Acesso em: 02 jun. 2016.

FARIA, Ludmilla Feres. *Tribos Urbanas: Os Efeitos do Abalo do Nome-do-Pai no Contexto da Violência Juvenil*. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Palabras Previas. El nuevo sistema del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2004. p. 7-16.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2007.

FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Traduzido do original alemão *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* por Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2002.

FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud: Edição Standard Brasileira - Volume XIII - Totem e Tabu e Outros Trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GALDÓS, Julio Armaza. Del Concepto Psicológico al Concepto Normativo de Culpabilidad. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 153-180.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Célio. Responsabilidade e cumprimento da medida. In: *Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Abordagem Comunicação, 2009. p. 75-78.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 25-48.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007.

GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. RJ 272, jun/2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GREENE, Joshua. *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*. Phil. Trans. Royal Society, London. B (2004) 359, 1775-1785.

GREENE, Joshua. From Neural 'Is' to Moral 'Ought': What Are the Moral Implications of Neuroscientific Moral Psychology? *Nature Reviews Neuroscience* 4, Oct 2003, p. 846-850.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e Política Criminal. *Revistas de Estudos Criminais PUCRS*, ano VIII, n. 29, 2008, p. 9-22.

_____. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. Neurociências e Culpabilidade em Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 100, São Paulo: RT, jan/fev 2013, p. 211-226.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. Una Necesaria Revisión del Concepto de Culpabilidad. *Revista de Derecho*, vol. XVIII, n. 2 – Valdivia (Chile), 2005, p. 167-185.

JÄGER, Christian. Menores entre Culpabilidad y Responsabilidad: ¿Qué Puede Aportar a la Comprensión del Derecho Penal Juvenil una Teoría de la Culpabilidad y la Responsabilidad Orientada hacia los Fines de la Pena? Santiago: Defensoría Pública, 2013, p. 95-110.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JOSÉ, Hélio. *Projeto de Lei do Senado nº 256, de 2016*. Altera a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para conceder o porte de arma aos agentes de segurança socioeducativos, e dá outras providências. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=126196>>. Acesso em 27 de out. 2016.

KAPA, Rafael. Em 1925, crime cometido por adolescente gera debate sobre punição a menores. *O Globo*. Rio de Janeiro. Caderno País. 01 jul. 2015. (Edição online). Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-1925-crime-cometido-por-adolescente-gera-debate-sobre-punicao-menores-16623316>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

KELSEN, Hans. *Sociedad y Naturaleza: Una Investigacion Sociológica*. Buenos Aires: Delpalma, 1945.

KRAUT, Richard. *Aristóteles: A ética a Nicômaco*. São Paulo: Artmed, 2009.

LACADÉE, Phillipe. A clínica da Língua e do Ato nos Adolescentes. *Responsabilidades*. Belo Horizonte, vol. 1, n. 2, set 2011/fev 2012. p. 253-268.

LACADÉE, Phillipe. A Passagem ao Ato nos Adolescentes. *Asephalus: Revista Eletrônica do Núcleo Sefhora*, vol. 2, n. 4, maio a outubro de 2007. Texto publicado originalmente em: *La Cause freudienne: Nouvelle Revue de Psychanalyse*. Paris: Navarin Editeur, n. 65, p. 219-226.

LIBET, Benjamin. *Journal of Consciousness Studies*, 6, n. 8-9, 1999, p. 47-57.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

_____. Garantias Penais do adolescente Autor de Ato Infracional. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Direitos Humanos; ILANUD; ABMP (Orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, vol. 1, p. 87-121.

MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. *O Crime segundo o Criminoso: Um Estudo de Relatos sobre a Experiência de Sujeição Criminal*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional - Tomo I*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direto: Qual Pragmatismo e o qu Interessa no Pragmatismo?. *Revista Eletrônica do Curso de Direito-PUC Minas Serro* 3 (2011). p. 68-102.

MARCOS, Luis Rojas. *Las Semillas de la Violencia*. Madrid: Espasa Calpe, 1995.

MARQUES, Marcelo. Em Boa Vista, adolescente é assaltado por menor de 15 anos. *Portal de Notícias G1*. 18 abr. 2013. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2013/04/em-boa-vista-adolescente-e-assaltado-por-menor-de-15-anos.html>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

MELOSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica – As Origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: ICC, 2006.

MÉNDEZ, Emilio García; GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. *Das Necessidades aos Direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MÉNDEZ, Emílio García. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

_____. Evolução Histórica do Direito da Infância e Juventude. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Libro de Estudio - Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MILLER, Jacques-Alain. *Nada é Mais Humano que o Crime*. Tradução Kátia Mariás, Revisão Ludmilla Féres. Intervenção realizada em 29 de abril de 2008 na Faculdade de Direito de Buenos Aires, sobre o livro de Silvia Elena Tendlarz e Carlos Dante Garcia *A Quem o Assassino Mata?* Psicanálise e Criminologia, Grama, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal, Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 1992.

MISSE, Michel. *Malandros, Marginais e Vagabundos & a Acumulação Social da Violência no Rio de Janeiro*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001.

NASCIMENTO, André. Uma Ausência Sentida: A Crítica Criminológica da Culpabilidade. In: *Cem anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 13-64.

NETO, Maior; DE SÁ SOTTO, Olympio. Sim à Garantia para a Infância e Juventude do Exercício dos Direitos Elementares da Pessoa Humana: Não à Diminuição da Imputabilidade penal. *Educar em Revista*, n. 15, 1999, p. 1-6.

NICODEMOS, Carlos. A Natureza do Sistema de Responsabilização do Adolescente Autor de Ato Infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 61-86.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal - Volume 1*. São Paulo: Saraiva, 1982.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

NUNES FERREIRA, Aloysio *et al.* *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2012*. Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>>. Acesso em: 24 out. 2016.

NÚÑEZ, Ricardo C. *Bosquejo de la Culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2007.

O CRIME mais triste do ano. *Gazeta de Notícias*. Rio de Janeiro, 31 de dez. 1925. Disponível em: <www.bndigital.bn.br/hemeroteca-digital>. Acesso em: 02 jun. 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, Sanção Penal e Administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Apresentação. Tratado de Direito Penal Günthes Jakos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. VII-XXV.

ONU. Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989): *Decreto nº 99.710, de 21 de nov de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

ONU. Princípios Orientadores de Riad (1990). Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil: adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução nº45/112. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincipiosdeRiade.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2016

ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores. Regras de Beijing (1985). Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33 de 29 nov. 1985. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseRegrasdeBeijing.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2016.

PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PATERRA, Marcos Tadeu Garcia. *A Geração Nem-Nem sob a Ótica Psicopedagógica*. 2014.

PLATÃO. *A República*. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1949.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

RABELO QUEIROZ, Rafael Mafei. *A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do Século XIX: A Construção do Direito Penal Contemporâneo na Obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*. Tese (Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP, 2008.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato Infracional e Medidas Socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2011.

REDUÇÃO da maioria penal é aprovada por 87%, diz datafolha, índice é o mesmo da pesquisa em abril, maior percentual já registrado. Dos que aprovam a medida, 73% acham que deve ser para qualquer crime. *Portal de notícias G1*. São Paulo. 22 jun. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/reducao-da-maioridade-penal-e-aprovada-por-87-diz-datafolha.html> > . Acesso em: 26 out. 2016.

REIS, Marco Antonio Santos. *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

REZENDE, José Honório. Princípio da Brevidade: qual a medida do tempo? In: *Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Abordagem Comunicação, 2009. p. 57-66

ROCCO, Arturo. *Cinco Estudios sobre Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2008.

RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. *Os Filhos do Mundo: A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

RODRIGUES, Valéria da Silva. O princípio da excepcionalidade: como evitar que a exceção se torne regra? In: *Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Abordagem Comunicação, 2009. p. 39-46.

ROSA, Alexandre Moraes da. Imposição de Medidas Socioeducativas: O Adolescente como uma das Faces do *Homo Sacer* (Agamben). In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 277-302.

_____. *Direito Infracional, Garantismo, Psicanálise e Movimento Antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 38, 2002, p. 11-31.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*. Madrid: Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*. LEITE, Alaor ; GRECO Luís (Orgs.) São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Kant e seu Fundamento na Liberdade e Igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

_____. *A ideia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGE, Cláudia Aparecida. A Teoria da Imputação Objetiva e o Nexo de Causalidade no Direito Penal. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba, v. 7, n.º 1, nov 2004, p. 1-246.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é Fazer a Coisa Certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. *Culpabilidade e Neurociências*. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: O Adolescente e o Ito Infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: Editora da UnB, 2002.

_____. As Garantias Processuais e o Adolescente a Quem se Atribua a Autoria de Ato Infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 175-206.

_____. A necessidade de uma Lei de Execuções de Medida Socioeducativa. Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização se, o devido processo e o rigor garantista: O Direito penal Juvenil. In: *Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Abordagem Comunicação, 2009. p. 79-84.

SAVIETTO, Bianca Bergamo. *Adolescência, p. Ato e Atualidade*. Rio de Janeiro: UFRJ/IP, 2006, 89f. Dissertação de Mestrado.

_____. Passagem ao Ato e Adolescência Contemporânea. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia*, 2007, pp. 438-453.

SECRETARIA, menor de idade preso com adulto ainda é comum. *Jornal do Brasil*, Caderno Políca, Rio de Janeiro, 25 nov. de 2007. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI2099785-EI5030,00-Secretaria+menor+de+ida+de+preso+com+adulto+e+comum.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Curso de Criminologia - Alfonso Serrano Maíllo, Luiz Regis Prado* – 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, César Dario Mariano. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e Pena: A Trajetória do Conceito Material da Culpabilidade e suas Relações com a Medida da Pena*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOARES, Thiago. Menores apreendidos convivem com adultos infratores na cadeia de Planaltina. *Correio Braziliense*. Caderno Cidades - DF, 16 set. 2014. (Edição online). Disponível em: < http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2014/09/16/interna_cidadesdf,447249/menores-apreendidos-convivem-com-adultos-infratores-na-cadeia-de-planaltina.shtm >. Acesso em: 26 out. 2016.

SOUSA, Rainer Gonçalves. "União Ibérica"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiab/uniao-iberica.htm>>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

SOUZA, Tatiana Yokay. *Um Estudo Dialógico sobre a Institucionalização e Subjetivação de Adolescentes em uma Casa de Semiliberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e Garantias para um Direito Penal Juvenil Mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 247-276.

_____. *Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. Tese (Doutorado). Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. 2011.

SPOSATO, Karyna Batista. Expansionismo penal e redução da idade penal no Brasil. In: *Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Abordagem Comunicação, 2009. p. 47-50.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e Individualização da Pena. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. pp. 121-152.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. *O Fundamento de Validade do Direito Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

TRISTE precocidade, uma luta sangrenta entre um menor de 12 annos e outro de 13. *Gazeta de Notícias*. Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1926. Disponível em:<www.bndigital.bn.br/hemeroteca-digital>. Acesso em: 02 jun. 2016.

URZÚA, Enrique Cury. De la Normatización de la Culpabilidad a la Normatización de la Teoría del Delito. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 67-84.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIANNA, Guaraci de Campos. A Imputabilidade Infracional (Juvenil) e a Imputabilidade Penal (Adulta). Critérios para sua Fixação Temporal. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002.

VICENTIN, Maria Cristina G. *A Vida em Rebelião: Jovens em Conflito com a Lei*. São Paulo: Hucitec, 2005.

VIDIGAL, Mariana Furtado. *A medida de internação: um compasso para uma “correria”*. In: *Espaço sob Medida*. Belo Horizonte: Logus, 2010. p. 19-26.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista*. Traduzido do original alemão *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre* por José Cerezo Mir. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por la Vulnerabilidad*. Discurso en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Itália), 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Estado de Derecho sólo Hay Delincuentes. In: *Cem Anos de Reprovação: Uma Contribuição Transdisciplinar para a Crise da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 251-275.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: RT, 2013.