



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Hamilton Gonçalves Ferraz

Por um realinhamento dogmático da culpabilidade no Direito Penal Juvenil

Rio de Janeiro

2016

Hamilton Gonçalves Ferraz

Por um realinhamento dogmático da culpabilidade no Direito Penal Juvenil



Dissertação apresentada, com requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Penal.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Patrícia Mothé Glioche Béze

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F381

Ferraz, Hamilton Gonçalves.

Por um realinhamento dogmático da culpabilidade no Direito Penal Juvenil / Hamilton Gonçalves Ferraz. - 2016.
230 f.

Orientadora: Prof^a. Dra Patrícia Mothé Glioche Béze.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Culpa (Direito) - Teses. 2. Direito penal - Teses.
3. Responsabilidade (Direito) – Teses. 4. Delinquência juvenil – Teses. I. Béze, Patrícia Mothé Glioche. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.222

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Hamilton Gonçalves Ferraz

Por um realinhamento dogmático da culpabilidade no Direito Penal Juvenil

Dissertação apresentada, com requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 27 de outubro de 2016.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Patrícia Mothé Glioche Béze (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Salo de Carvalho
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Nilo Batista
Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

À minha mãe, por ser uma luz permanente em meus caminhos.

AGRADECIMENTOS

Aprendizado, amadurecimento e entrega. De todas as palavras possíveis, essas três são as que melhor descrevem o período de Mestrado que ora se conclui. Não poderia, portanto, deixar de expressar minha imensa gratidão a todos que de alguma forma contribuíram para esta fase acadêmica incrivelmente enriquecedora, concretizada nas ideias defendidas nesta dissertação.

À minha orientadora, Professora Patrícia Glioche, por ter aceitado me orientar e me ajudar ao longo de toda esta jornada, e pelo exemplo de profissional, uma grande professora com quem pude aprender lições acadêmicas inestimáveis.

Aos queridos Professores Nilo Batista, Vera Malaguti, Davi Tangerino e Ellen Rodrigues, suas contribuições para meus entendimentos de Direito Penal, Justiça Juvenil e Criminologia são fundamentais e pulsam vivas nas linhas deste trabalho.

Ao Professor Artur Gueiros, pelos debates enriquecedores em que tive a oportunidade de participar ao longo de suas disciplinas, pela acolhida respeitosa e cuidadosa em suas disciplinas e pela enriquecedora troca de ideias, que sempre motivarão meus trabalhos futuros.

A todos os amigos de pós, por cada discussão e reflexão que puderam despertar em minhas meditações. Em especial, aos caros Humberto e Lucas, por toda a Dogmática e Criminologia de altíssimo nível; Flora, por nossos diálogos tão caros em Direito Penal Juvenil e Matheus, por nossas excelentes discussões dogmáticas, sem as quais a dissertação não teria sido a mesma.

À minha família, meu avô, minha avó e minha mãe, por me trazerem sempre serenidade, força e coragem nos momentos em que mais preciso.

Finalmente, às crianças e adolescentes brasileiros, titulares prioritários de um futuro mais digno e generoso. É dever de uma Academia socialmente engajada fazer suas vozes serem ouvidas e reconhecidas, e lutar por seus direitos fundamentais. É uma honra poder participar desta luta, e espero que o trabalho esteja à altura para esta empreitada.

Eu não tenho hesitação ao afirmar que se fosse o desejo e objetivo dos magistrados de efetuar a destruição, presente e futura, de jovens delinquentes, eles não poderiam formular um método mais efetivo do que confiná-los tanto tempo em nossas prisões, estas sedes e seminários de ociosidade e todo vício.

John Howard, "The state of the prisons in England and Wales", 4ª Ed., 1792, p. 10-11.

Não vejo como evitar esse prognóstico sombrio de que um mundo que se descuida de suas crianças, que destrói o encanto de sua infância dentro delas, que põe um fim prematuro a sua inocência e que lhes submete a toda sorte de privações e humilhações, efetivamente não tem futuro.

Antonio Augusto Cançado Trindade, Voto Concorrente na Opinião Consultiva 17 – 2002 (Caso “Niños de la calle”), Corte Interamericana de Derechos Humanos.

RESUMO

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **Por um realinhamento dogmático da culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2016. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A dissertação se propõe a investigar a culpabilidade no Direito Penal Juvenil, verificando sua existência e delineando seus elementos constitutivos. A elaboração dogmática do instituto, até o momento, é insuficiente. Na doutrina especializada brasileira, a culpabilidade do adolescente ainda é retratada de forma muito similar à culpabilidade do sujeito adulto, carecendo de contornos e especificidades próprias. Nesses termos, o presente trabalho traça o desenvolvimento histórico do Direito Penal Juvenil, ressaltando a gênese da Justiça Juvenil brasileira desde o Código Criminal de 1830 até os dias atuais, concluindo pela existência do Direito Penal Juvenil como um subsistema do Direito Penal, informado pelo princípio da Proteção Integral e demonstrando as consequências jurídicas desta categorização. Na sequência, é apresentada uma retrospectiva histórica da culpabilidade no Direito Penal comum e como este elemento é tratado pela doutrina tradicional na matéria. Posteriormente, aprecia-se criticamente os pilares da culpabilidade no Direito Penal Juvenil (o adolescente autor de ato infracional, o bem jurídico violado pelo ato infracional e a relação entre ato infracional e medida socioeducativa). Ao final, passa-se à construção de uma culpabilidade própria do adolescente, examinando-se seus fundamentos materiais e sua configuração como elemento do ato infracional e circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa.

Palavras-chave: Culpabilidade. Direito Penal Juvenil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Responsabilidade Penal de adolescentes.

ABSTRACT

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **For a dogmatic realignment of culpability in Juvenile Penal Law**. 2016. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This dissertation intends to investigate culpability in Juvenile Criminal Law, verifying its existence and devising its constitutive elements. So far, the dogmatic development of the category is insufficient. In Brazilian specialised doctrine, the adolescent's culpability is still pictured very similarly to the adult's culpability, needing proper outlines and specificities. Therefore, the present work draws the historical evolution of Juvenile Criminal Law, stressing the genesis of Brazilian Juvenile Justice from the Criminal Code of 1830 up to the current days, concluding for the existence of Juvenile Criminal Law as a subsystem of Criminal Law, informed by the principle of Integral Protection and demonstrating the juridical consequences of such classification. In sequence, it is presented a historical retrospective of culpability in Criminal Law and how this element is treated by the traditional doctrine on the subject. Onward, it is critically appreciated the pillars of culpability in Juvenile Criminal Law (the adolescent, author of an infractional act; the protected legal interest violated by the infractional act and the relation between the infractional act and the correctional measures). At the end, it is designed a special culpability for the adolescent, analysing its material foundations and its configuration as an element of the infractional act and judicial circumstance of application of correctional measures.

Keywords: Culpability. Juvenile Criminal Law. Statute of the Child and Adolescent. Penal Responsibility of adolescents.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 (CRFB) Constituição Federal de 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil)

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CONANDA Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CP Código Penal

DNCr Departamento Nacional da Criança

ECA Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNABEM Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor

MP Ministério Público

ONG Organização Não Governamental

ONU Organização das Nações Unidas

PEC Proposta de Emenda Constitucional

PNBEM Política Nacional de Bem-estar do Menor

PSC Medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade

REDS Registro de Eventos de Defesa Social

SAM Serviço de Assistência ao Menor

SDH Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República

SEM Setor de Execução de Medidas

SINASE Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

STJ Superior Tribunal de Justiça

STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O LUGAR HISTÓRICO E JURÍDICO DO DIREITO PENAL JUVENIL	21
1.1 A infância e a juventude no Ocidente (Europa, Estados Unidos e América Latina) ..	21
1.2 A infância e a juventude no Brasil	25
1.3 O reconhecimento do Direito Penal Juvenil	37
1.3.1 <u>O Direito Penal Juvenil como um subsistema do Direito Penal</u>	37
1.3.2 <u>Consequências jurídicas desta categorização à luz da proteção integral</u>	45
1.4 A culpabilidade do adolescente autor de ato infracional	46
1.4.1 <u>A culpabilidade no Direito Penal comum: retrospectiva histórica e tendências contemporâneas</u>	46
1.4.2 <u>A existência de uma culpabilidade do adolescente e seus principais contornos na dogmática penal juvenil predominante</u>	55
1.4.2.1 A culpabilidade do adolescente na doutrina nacional.....	55
1.4.2.2 Contribuições estrangeiras para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil.....	60
1.4.2.3 Síntese geral do tratamento dogmático da culpabilidade do adolescente.....	75
2 A CULPABILIDADE DO ADOLESCENTE E A CRIMINOLOGIA	78
2.1 Os pilares da culpabilidade no Direito Penal comum e no Direito Penal Juvenil	78
2.2 O sujeito culpável: o adolescente autor de ato infracional	80
2.2.1 <u>A proteção integral e o sistema penal juvenil brasileiro: vulnerabilidade e seletividade</u>	80
2.2.2 <u>Adolescentes e periculosidade</u>	86
2.2.2.1 A periculosidade no Direito Penal.....	88
2.2.2.2 Periculosidade e culpabilidade.....	92
2.2.2.3 A periculosidade no Direito Penal Juvenil brasileiro.....	96
2.3 O objeto violado pelo ato infracional: o bem jurídico	113
2.3.1 <u>A imagem do bem jurídico e sua desconstrução criminológica</u>	113

2.3.2 <u>Bem jurídico e culpabilidade: contribuições das teorias subculturais e do “labelling approach”</u>	115
2.3.3 <u>A pluralidade referencial normativa do adolescente: contribuições do pluralismo jurídico</u>	120
2.4 A relação entre ato infracional e medida socioeducativa	126
2.4.1 <u>A medida socioeducativa entre a pedagogia e a retribuição</u>	127
2.4.2 <u>O Direito Penal Juvenil e as teorias da pena: uma correlação necessária</u>	129
2.4.3 <u>A teoria agnóstica da pena e sua aplicação no Direito Penal Juvenil: a teoria agnóstica da medida socioeducativa</u>	138
3 EM BUSCA DE UM REALINHAMENTO DOGMÁTICO DA CULPABILIDADE DO ADOLESCENTE	147
3.1 Fundamentos materiais para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil	147
3.1.1 <u>Um juízo de responsabilidade</u>	148
3.1.2 <u>A responsabilidade no Estado Democrático de Direito</u>	153
3.1.3 <u>A alteridade como conteúdo ético-normativo da culpabilidade</u>	156
3.2 A culpabilidade como elemento do ato infracional	158
3.2.1 <u>Imputabilidade</u>	158
3.2.1.1 <u>Inimputabilidade etária</u>	165
3.2.1.2 <u>Inimputabilidade por sofrimento psíquico</u>	167
3.2.1.3 <u>Inimputabilidade por embriaguez</u>	169
3.2.2 <u>Potencial consciência da ilicitude</u>	172
3.2.2.1 <u>A potencial consciência da ilicitude como um problema de compreensão</u>	175
3.2.2.2 <u>O âmbito de compreensão do injusto</u>	176
3.2.2.3 <u>Formas de se obter a compreensão do injusto</u>	179
3.2.2.4 <u>O tratamento da dúvida no erro de proibição</u>	181
3.2.2.5 <u>Uma nova espécie de erro: o erro de proibição culturalmente condicionado (erro de compreensão)</u>	183
3.2.3 <u>Exigibilidade de conduta diversa</u>	185
3.2.3.1 <u>Coação moral irresistível</u>	187

3.2.3.2 Obediência hierárquica.....	190
3.2.3.3 Uma nova causa de inexigibilidade: a falta de motivabilidade.....	193
3.3 A culpabilidade como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa.....	196
3.3.1 <u>Culpabilidade e medida da pena.....</u>	197
3.3.2 <u>A culpabilidade do adolescente na mensuração da medida socioeducativa.....</u>	199
3.3.2.1 Breves linhas sobre a aplicação das medidas socioeducativas no Direito Penal Juvenil brasileiro.....	199
3.3.2.2 Culpabilidade e medida socioeducativa: parâmetros e delineamentos.....	204
CONCLUSÃO.....	209
REFERÊNCIAS.....	211

INTRODUÇÃO

Há mais ou menos 120 anos atrás, em um dos primeiros estudos brasileiros sobre crianças e adolescentes que, hoje, seriam usualmente classificadas como “em conflito com a lei”, Augusto Viveiros de Castro lapidou, em sincero desabafo, que “nem a polícia, nem a magistratura, nem os filantropos se incomodam com a sorte dos ‘menores’”¹. Hoje, separados das inquietações de Viveiros de Castro pelas léguas da história, e passados mais de 25 anos desde a entrada em vigor da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pode-se afirmar que suas palavras ainda ecoam no Direito Penal Juvenil brasileiro.

A despeito do atual quadro da discussão acerca da maioridade penal no Brasil, o Direito Penal Juvenil se encontra em raro momento de destaque e importância no cenário jurídico nacional. Ironicamente, apesar do grande relevo que vem assumindo, este Direito parece ser reduzido pelo senso comum às controvérsias relativas à idade de responsabilização penal – quando, em verdade, se trata de um saber muito mais amplo e profundo, abarcando diversos aportes científicos de várias áreas (Psicologia, Psiquiatria, Ciências Sociais, Criminologia, Pedagogia, entre outras), cuidando-se de um Direito intensamente interdisciplinar e bastante rico de contribuições e investigações.

Por conta deste mesmo senso comum, o Direito Penal Juvenil é colocado em posição subalterna e inferior ao Direito Penal comum; o que deveria ser um ramo especializado, específico, acaba se tornando um saber pouco conhecido e restrito, quando muito, à própria academia. Não por outra razão pode-se perceber que, a despeito de haver um importante consenso no meio jurídico pelo rechaço à redução da maioridade penal², o discurso de cunho técnico-acadêmico parece não conquistar a adesão social em geral, o que se depreende pelo resultado periódico de pesquisas de opinião indicando adesão às propostas de redução da

¹ No original: “E' preciso dizer a verdade, clara e franca, sem phrases amaneiradas, sem arabescos de estylo que attenuem as cores escuras e sombrias do quadro. Nem a policia, nem a magistratura, nem os philantropos se incommodam com a sorte dos menores, assumpto que não interessa somente a attenção curiosa do psychologo mas affecta de modo importante os destinos de um povo livre.” (VIVEIROS DE CASTRO, Augusto. **A nova escola penal**. Rio de Janeiro: Livraria Modsrka, 1894, p.340).

²A USP, esse ano, fez um manifesto contrário à redução da maioridade penal, coordenado pelo Professor Sérgio Salomão Shecaira (http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/29/politica/1430314007_636337.html); o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) lançou nota igualmente rechaçando a proposta (http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf) e, no mesmo sentido, também o Instituto Carioca de Criminologia (<http://www.anf.org.br/18283>); por fim, a UNICEF se levantou em repúdio à redução (http://www.unicef.org/brazil/pt/media_29163.htm); fora inúmeras outras entidades e organizações de relevo que também se manifestaram.

maioridade penal³, bem como pelo conteúdo dos discursos favoráveis à redução levantados no Congresso, que, conforme pesquisa empírica conduzida por Ricardo Cappi, gravitam em torno da ideia de punição como forma principal de solução de conflitos envolvendo crianças e adolescentes, seja ela entendida de modo “garantista”, ou seja, dotada das garantias penais do Direito Penal comum e sem excluir outras formas de intervenção complementares, seja tratada de forma “absoluta”, em perspectiva retributiva ou dissuasiva a partir da consideração dos jovens como principais responsáveis pelo aumento da insegurança⁴.

Por outro lado, a aplicação dogmática do Direito Penal Juvenil permanece distante das promessas garantistas encampadas pela normativa legal, constitucional e convencional na matéria, conforme apontam pesquisas empíricas no tema. A título ilustrativo, destacam-se, pelo menos, duas investigações: acompanhando a defesa, a aplicação e a execução de medidas socioeducativas de adolescentes em conflito com a lei no estado do Rio Grande do Sul, em pesquisa conduzida na UFRGS, Salo de Carvalho constatou uma significativa redução do nível de efetividade dos direitos fundamentais para esse grupo de pessoas, a partir da inaplicação sistemática de garantias fundamentais e princípios penais básicos⁵; estudando a internação provisória em casos de tráfico de drogas na jurisprudência do STJ e do TJRS, Eduardo Cornelius verificou que o alto grau de discricionariedade permitido pela linguagem imprecisa e não taxativa do ECA no assunto permitiu um aumento da incidência desta modalidade de internação, na contramão do que é defendido pela doutrina da proteção integral⁶.

Trata-se de um cenário que, em relação ao ECA, compõe o que Emílio García Méndez caracteriza como *crise de interpretação*: a permanência de “boas” práticas tutelares e compassivas, ou, em outras palavras, uma cultura de messianismo, subjetivismo e

³ Por todas, conferir <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/reducao-da-maioridade-penal-e-aprovada-por-87-diz-datafolha.html> (87% de aprovação); <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1645922-nove-em-cada-dez-apoiam-maioridade-penal-aos-16-aponta-datafolha.shtml> (9 em cada 10 pela aprovação).

⁴ CAPPI, Riccardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993-2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol.1, n.1, p.21-22, jan 2014.

⁵ CARVALHO, Salo de, et al. Avanços e desafios da Justiça Penal Juvenil no Rio Grande do Sul: estudo de caso. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 154-155.

⁶ CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos de Direito**, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 119.

discricionarietà⁷, que termina promovendo uma dilatação e expansão de poder punitivo estatal e, conseqüentemente, a violação a garantias e direitos fundamentais.

É nesse contexto que este trabalho se justifica e se faz necessário. Sendo a culpabilidade a *pedra angular* do Direito Penal comum, o elemento que lhe confere os principais contornos e indica sua exata funcionalidade em relação ao poder punitivo, uma vez que opera, ao mesmo tempo, como *limitação, fundamentação e gradação* da pena⁸, é a partir do estudo da culpabilidade do adolescente no Direito Penal Juvenil que será possível construir uma importante ferramenta dogmática que permita, ao limitar, fundamentar e graduar a aplicação de medidas socioeducativas, seu constante aprimoramento e adequação à luz *doutrina da proteção integral*, dando a ela significado concreto.

A partir das correntes tradicionais do Direito Penal Juvenil, é possível perceber que, embora se faça referência ao garantismo jurídico-penal e à *doutrina da proteção integral* – concretizada em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos Tratados Internacionais de que o Brasil faz parte -, no que diz respeito ao tratamento dogmático da culpabilidade, percebe-se uma problemática transposição e replicação do Direito Penal comum.

Se já no Direito Penal comum a culpabilidade (embora relativamente estabilizada em termos dogmáticos nas ideias de *reprovabilidade*⁹ e *livre-arbítrio*)¹⁰ sofre diversas críticas, seja em seus pressupostos, elementos ou categorias fundamentais, o manejo do instituto pela doutrina no Direito Penal Juvenil exigiria maior grau de cautela, o que não se verifica em geral.

⁷ MÉNDEZ, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://www.mpdf.t.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 17. Acesso em 16 out. 2015.

⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 161 e 162.

⁹ Atribui-se a Reinhard Frank, em 1907, a inauguração do conceito de reprovabilidade para a dogmática contemporânea (FRANK, Reinhard. **Sobre la estrutura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Reimpressão. Montevideu-Buenos Aires: ed. B. de F., 2002, p. 39).

¹⁰ Reprovabilidade e livre-arbítrio embasam o finalismo, que recebe forte acolhida da doutrina pátria. “A *reprovação* parte da ideia de que o autor poderia ter agido de acordo com a norma, não em sentido abstrato (“um alguém qualquer no lugar do autor”), mas aquela pessoa naquela situação: exige-se que ela pudesse ter engendrado uma vontade consoante a norma. Tem assim, duas premissas: o autor é capaz em suas forças espirituais de se motivar de acordo com a norma (o pré-requisito existencial da reprovabilidade: a capacidade de imputação); e ele é capaz de se motivar de acordo com a norma, por meio da compreensão da juridicidade de seu projeto. A essa concepção de culpabilidade denominou-se *teoria normativa pura*, que recebeu a adesão da maioria da doutrina brasileira.” (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91).

Diante de um Direito que tem por sujeito o adolescente¹¹, reputado *pessoa em condição peculiar de desenvolvimento* pela Constituição¹², que deve ser protegido amplamente em seus direitos fundamentais e com maior vigor do que a pessoa adulta; que possui uma série de garantias em diversos ramos do ordenamento, e, que, no caso da Justiça Juvenil, dada a seletividade do poder punitivo (como se demonstrará ao longo do trabalho), cuida-se de sujeitos quase sempre carentes, marginalizados, oriundos de classes subalternas, questiona-se, por exemplo: como trabalhar dogmaticamente uma ideia de *livre-arbítrio*, considerando que se trata de um sujeito cuja personalidade está em formação? Se a *imputabilidade* é tida pela doutrina jurídico-penal dominante como *pressuposto da culpabilidade*, como proceder diante de um adolescente, menor de idade? Se a ele lhe falta imputabilidade – dentro desta visão usual -, então a medida socioeducativa seria aplicável independentemente de *erro de proibição* ou *coação moral irresistível*, ou outra causa supralegal de exclusão da culpabilidade? Pode-se falar em *reprovabilidade*, em um *juízo de reprovação* no Direito Penal Juvenil, tratando-se de pessoas não plenamente formadas, que se encontram em complexos processos de amadurecimento, objeto de estudos na Psicologia, na Psiquiatria, e nas Ciências Sociais em geral?

Diante destas indagações, investigou-se se há e qual é a estrutura e o conteúdo da culpabilidade no Direito Penal Juvenil; qual o seu estado de desenvolvimento científico-dogmático; se seus atuais contornos são adequados ao desenho normativo da proteção integral; e, caso não sejam, de que forma se pode realinhar esta categoria neste ramo específico do Direito.

O primeiro capítulo é dedicado a traçar brevemente o lugar histórico e jurídico do Direito Penal Juvenil. Serão abordadas as etapas de tratamento jurídico à infância e juventude no Ocidente e no Brasil desde o século XIX até os dias atuais, destacando a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/2012 - Lei do SINASE). Iniciar esta breve trajetória pelo século XIX se justifica por ser a partir deste momento histórico que se verifica o começo de um tratamento peculiar à criança e ao adolescente, atingindo esta categoria de pessoas em um modo e intensidade não experimentados antes.

¹¹ Pessoa entre 12 e 18 anos (art. 2º, caput, ECA).

¹² Art. 227, §3º, V, CRFB.

Com amparo neste desenvolvimento histórico e normativo, parte-se da existência de um Direito Penal Juvenil, como um subsistema do Direito Penal comum e as consequências jurídicas desta categorização – notadamente, a incidência dos princípios constitucionais e convencionais de garantia e aplicabilidade do arcabouço teórico penal e processual penal relativo à atribuição de responsabilidade pela prática de uma infração a adolescentes autores de ato infracional. Feitas estas considerações, a última parte do capítulo tratará das perspectivas atuais da culpabilidade no Direito Penal e sua disciplina no Direito Penal Juvenil de acordo com a doutrina nacional e estrangeira na matéria.

No segundo capítulo estudou-se a culpabilidade do jovem à luz da Criminologia¹³. De forma a se permitir uma investigação aprofundada do instituto da culpabilidade no Direito Penal Juvenil, seguir-se-ão, em certa medida, as investigações de Davi Tangerino na culpabilidade do Direito Penal Comum¹⁴ para se identificar os pilares da culpabilidade no Direito Penal Juvenil. Preliminarmente, pode-se apontar pelo menos três eixos de investigação:

- (a) O adolescente autor de ato infracional (sujeito culpável);

¹³ Ao se pretender lançar mão da Criminologia, é fundamental esclarecer de qual Criminologia, qual perspectiva criminológica se pretende partir. O que se entende por “Criminologia” é, até hoje, matéria controvertida, havendo até posições no sentido de se lhe negar o status de ciência autônoma, por não possuir um objeto definido, não proceder com base na aceitação de paradigmas comuns, e nem mesmo compartilhar um mesmo método (PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Trad. de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 93). Contudo, sem prejuízo do debate, pretende-se aqui explorar as contribuições advindas de pelo menos três marcos criminológicos: etiológico (de cunho sociológico), da reação social (“labelling approach”) e crítico. Pelo marco etiológico (de traço sociológico), compreende-se a Criminologia a partir do conceito de Sutherland (atualizado por Cressey), isto é, o corpo de conhecimento relativo à delinquência juvenil e o crime como um fenômeno social que inclui em seu escopo os processos de elaboração de leis, de violação de leis e a reação relativa à violação de leis (SUTHERLAND, Edwin H., CRESSEY, Donald R. **Criminology**. 10ª ed, rev. Filadélfia, Nova York, São José, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978, p. 3). Pelo marco da reação social, a Criminologia também se compreende como a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos (CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 52). Por fim, na leitura de Vera Malaguti (BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 91) a Criminologia pensada em um marco crítico se assenta diretamente nas contribuições de Rusche e Kirchheimer (“Punição e estrutura social”, 1938-1939) e Foucault (“Vigiar e Punir”, 1975). Na lição de Juarez Cirino dos Santos, a Criminologia Crítica é o produto da integração da teoria marxista do conflito de classes com a teoria da interação do “labelling approach” (SANTOS, Juarez Cirino dos. O discurso criminológico. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 129-130).

¹⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- (b) O objeto violado pelo ato infracional¹⁵ (o bem jurídico ofendido) e
- (c) A relação entre o ato infracional e a medida socioeducativa (o vínculo com a pena).

Em relação ao adolescente autor de ato infracional, destacam-se, para além de sua *peculiar* (ou *reduzida*) capacidade de culpabilidade¹⁶, dois pontos concernentes a esse sujeito culpável que serão aprofundados: sua *vulnerabilidade ante o poder punitivo* (isto é, sua maior probabilidade de criminalização e vitimização no âmbito do sistema penal) e sua *abordagem pelas agências do sistema penal como um sujeito “perigoso”* – o que, em verdade, nega sua condição de sujeito responsável.

Para se estudar a vulnerabilidade, serão levantados os principais dados estatísticos disponíveis do sistema penal de adultos e do sistema penal juvenil, bem como pesquisas criminológicas que investigam esta problemática.

Em relação à periculosidade, foram investigadas as origens criminológicas da categoria no Direito Penal (que se encontram, sobretudo, no positivismo criminológico biologicista do século XIX), a relação entre periculosidade e culpabilidade e, por fim, a periculosidade no Direito Penal Juvenil brasileiro – neste ponto, são trazidos, de forma ilustrativa, casos e decisões judiciais emblemáticas sobre o tema, abordagem que se mostra adequada para enfrentar o problema em cotejo com os objetivos do trabalho.

Deve-se fazer um esclarecimento metodológico. Apesar da possibilidade de se estudar o sujeito adolescente pela via da Psicologia, da Psicanálise ou mesmo das Neurociências em geral, optou-se por analisá-lo a partir da Criminologia, estudando-se o paradigma da periculosidade, por três razões:

- (a) O berço histórico do Direito Penal Juvenil, como se demonstrará, é o Positivismo criminológico, no qual a ideia de periculosidade era central;

¹⁵ Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal quando praticada por criança ou adolescente (artigos 103 a 105, ECA).

¹⁶ Aceita pela maioria da doutrina, como, por todos, CRIVELLI, Aníbal Ezequiel. **Derecho Penal Juvenil**. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2014, p. 167-176 e TENA, Alfredo Romero. **La capacidad de culpabilidad del menor**. Dissertação de Mestrado. Universidad de Sevilla. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Máster de especialización en Derecho Penal. Disponível em: <<http://master.us.es/cuadernosmaster/13.pdf>> Acesso em 10 maio 2016.

(b) A abordagem da Neurologia e demais ciências experimentais se mostra insuficiente por buscarem uma compreensão empírica (que mesmo nestas ciências é controversa) para um campo eminentemente normativo¹⁷;

(c) Ainda que fosse possível reconstruir a culpabilidade do adolescente pelo caminho da Psicologia e Psicanálise, o paradigma da periculosidade ainda restaria a ser enfrentado, sendo que é exatamente este paradigma que, ao desconsiderar a condição de sujeito do adolescente, oferece um poderoso óbice a qualquer tentativa de construção dogmática de uma culpabilidade para o adolescente¹⁸.

Em relação ao objeto violado pelo ato infracional (o bem jurídico ofendido), é feito um sucinto painel acerca do bem jurídico e as principais críticas criminológicas que lhe são feitas – ponto em que o pluralismo jurídico, as teorias das subculturas criminais e do rotulacionismo (“*labelling approach*”) terão grande importância -, e, num segundo momento, é abordado o bem jurídico relacionado à orientação de conduta do adolescente autor de ato infracional, uma vez que, embora o sistema jurídico seja um referencial normativo de conduta importante, não é o único com base no qual as pessoas baseiam suas decisões, tema que se mostra mais sensível em relação a adolescentes.

Por último, é investigada e tensionada a relação entre ato infracional e medida socioeducativa, apresentando-se os principais fundamentos reitores comumente atribuídos à sanção juvenil - pedagogia e retribuição -, e a teoria agnóstica da medida socioeducativa como um contraponto crítico aos discursos legitimantes de poder punitivo. Sustenta-se que a medida socioeducativa, tal qual a pena, figura tão somente como um ato de poder estatal, de inflicção de dor.

Ante o percurso que se pretende traçar, verifica-se uma discrepância significativa entre o discurso normativo em torno do adolescente autor de ato infracional e a realidade empírica subjacente, constatação essa que sugere uma mudança de abordagem no tratamento da culpabilidade do adolescente desde suas bases. Dessa forma, no terceiro capítulo, são

¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 205; Salete Oliveira, incisiva, pergunta: “é o direito ou a biologia que deve passar a definir a menoridade penal?” (OLIVEIRA, Salete. *Psiquiatrização da ordem: neurociências, psiquiatria e direito*. in: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 246.

¹⁸ Há também a possibilidade da culpabilidade do adolescente se tornar o que Zaffaroni, ao criticar o desenvolvimento dogmático da culpabilidade na teoria do delito, chamou de “equivalente funcional da periculosidade positivista” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidad por la vulnerabilidad**. *Lectio Doctoralis*, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002, p. 4).

trabalhados os principais contornos desta categoria conceitual no Direito Penal Juvenil, desde seus fundamentos materiais de legitimidade, passando por um redesenho da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, chegando finalmente às suas características centrais enquanto critério de mensuração da medida socioeducativa cabível.

Na conclusão é realizada uma síntese geral da pesquisa realizada, com o objetivo de analisar criticamente a viabilidade jurídica das propostas elencadas e tomando-se posição no debate. Ao final, pretende-se verificar se é possível, desta pesquisa em Direito Penal Juvenil, extrair-se alguma contribuição para a categoria da culpabilidade no próprio Direito Penal comum, sobretudo no que se refere à imputabilidade.

1 O LUGAR HISTÓRICO E JURÍDICO DO DIREITO PENAL JUVENIL

1.1 A infância e a juventude no Ocidente (Europa, Estados Unidos e América Latina)

Não se pode adentrar nas atuais discussões dogmáticas relativas ao Direito Penal Juvenil brasileiro sem antes se fazer uma breve imersão nos caminhos históricos do tratamento jurídico à infância e juventude no Ocidente, com destaque para a Europa, os Estados Unidos e a América Latina.

No mundo ocidental, a ideia de infância – e, por conseguinte, a concepção de uma categoria diferenciada de sujeitos – tem início, conforme Phillippe Ariès, por volta do século XVII, uma vez que ela não existia na sociedade medieval (conheceu-se, na verdade, a ideia de afeição pela criança, mas não da *infância* em si)¹⁹. Por volta do século XVIII, passam a se verificar na família preocupações relativas à higiene e à saúde física, corroborando desta forma a progressiva construção de uma parcela diferenciada e especial de pessoas²⁰.

Baseando-se nas lições de Ariès, percebe García Méndez que, pelo menos até fins do século XIX, o tratamento penal dado a crianças em relação aos adultos era predominantemente indiscriminado, seja no campo normativo, seja no momento de execução das penas. Na leitura de Méndez, se o século XVII “descobre” a escola como lugar de produção de ordem e homogeneização da categoria criança, o século XIX se ocupará da tarefa de identificar e elaborar mecanismos que acolham os que se encontram, de alguma maneira, fora deste nascente sistema escolar²¹.

Esta etapa, que se pode chamar *indiferenciada*²², segue pelo século XIX até o início do século XX, com a promulgação da Lei 10.903/1919 na Argentina, conhecida como Ley Agote²³, a primeira legislação específica para crianças e adolescentes²⁴. Observa-se nesta transição o nascimento de diversos tribunais especializados para a infância e juventude, com

¹⁹ ARIÈS, Philippe. **Centuries of childhood: a social history of family life**. Trad. de Robert Baldick. Nova York: Alfred A. Knopf, 1962, p. 128-133.

²⁰ *Idem*, p. 133.

²¹ MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Trad. de Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora Hucitec, Instituto Ayrton Senna, 1998, p.48-49.

²² SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.27.

²³ Em homenagem ao Dr. Luís Agote, médico e deputado; é um Código de Menores, similar ao Código “Mello Mattos” brasileiro (1927), elaborado em homenagem ao magistrado de mesmo nome.

²⁴ MÉNDEZ, Emilio García. *Op. cit.*, p.21

destaque para o *Juvenile Court Act of Illinois*, o primeiro tribunal deste tipo, criado em 1899, em Chicago, nos Estados Unidos²⁵.

É digno de nota o Primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, realizado em Paris, em 1911, que contou com a presença de ilustres políticos e juristas da época. Nesse Congresso se assentou não apenas a necessidade da criação de tribunais especializados (o que ocorreu ao longo das primeiras décadas do século XX), como também da elaboração de um Direito, de um conjunto de normas próprias, peculiares ao tratamento daquele sujeito inimputável, o menor de idade²⁶.

Trata-se de um movimento de reformas que tinha, dentre outras bases, o forte sentimento de indignação moral com as deploráveis condições de encarceramento e promiscuidade entre menores e adultos, alojados indiscriminadamente nas mesmas instituições penitenciárias²⁷.

Com este movimento de especialização no tratamento juvenil, que culminou com a legislação argentina de 1919 e influenciou toda a América Latina, teve início uma nova fase do tratamento à infância e juventude, a *etapa tutelar* (também conhecida como *etapa da situação irregular, doutrina da situação irregular*), que, na síntese de Karyna Sposato, se caracterizava por “concentrar na autoridade do juiz de menores o poder de decidir, em nome da criança, sobre o que é melhor para ela”²⁸. Esta etapa tem por traço fundamental a profunda interferência das áreas da Medicina, da Psicologia e da Assistência Social na construção normativa dos Códigos de Menores²⁹.

Vale apontar que neste período teorizou-se não um Direito Penal Juvenil, ou Infracional, mas sim um *Direito do Menor*, um *Direito Menorista*, que buscava se apartar do Direito Penal, por se considerar autônomo em função da especialidade de seu objeto, o “menor delinquente” e o “menor abandonado”.

²⁵ *Idem*, p. 51.

²⁶ **1er Congrès International des Tribunaux pour Enfants – Paris, 29 Juin – 1er Juillet 1911. Actes du Congrès.** Org.: KLEINE, Marcel. Paris: Imprimerie Typographique A. Davy, 1912. Naquele Congresso, diversos juristas e pensadores se manifestaram por uma legislação e tribunais específicos para crianças e adolescentes. Por todos, Collard mencionava como a Bélgica pretendia implantar tais medidas (*Idem*, p. 96-103); M.A. Duval e Marcel Kleine discutiam legislação juvenil específica para tratar juridicamente de menores de idade, que pretendia implantar na França tribunais juvenis (respectivamente, p. 127 e p. 153).

²⁷ MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina.** Trad. de Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora Hucitec, Instituto Ayrton Senna, 1998, p. 21.

²⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 33.

²⁹ *Idem*, p. 34.

Segundo Mary Beloff, essa fase é caracterizada pelos seguintes traços essenciais³⁰:

- (a) Crianças e jovens são tratados como objetos de proteção, não reconhecidos como sujeitos de direito;
- (b) Verifica-se ambiguidade e vagueza na utilização de categorias jurídicas, como “menores em situação de risco ou perigo moral”;
- (c) Neste sistema, é “menor” quem está em situação irregular, sendo suas condições pessoais, familiares e sociais que o classificam desta forma e, portanto, se torna objeto de intervenção estatal coativa;
- (d) Distinguem-se os jovens entre aqueles que são atravessados pelo aparato legal/tutelar (“menores”) e os que não são (“crianças e adolescentes”), sendo os primeiros remetidos à justiça de menores e os segundos à justiça de família;
- (e) Os “menores” são “protegidos” por si mesmos, sendo que esta proteção frequentemente viola ou restringe direitos;
- (f) Surge a ideia de incapacidade e, por conseguinte, a opinião da criança é irrelevante;
- (g) Sequestra-se e judicializa-se os problemas sociais;
- (h) Inventam-se a delinquência juvenil, porque se trata uma pessoa como delinquente ainda que não tenha cometido nenhum delito;
- (i) Por conseguinte, se desconhecem todas as garantias individuais do Estado de Direito;
- (j) As medidas mais frequentes são privações de liberdade, sendo todas as medidas de tempo indeterminado;
- (k) Finalmente, considera-se a crianças e adolescentes imputados de delitos como inimputáveis, o que implica que eles não terão um processo de garantias, e que a decisão de privá-los de liberdade não depende do fato cometido, mas do seu “estado de risco”.

A etapa tutelar seguiu século XX adentro, até que, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, e já a partir dos anos 60, organizações internacionais e movimentos sociais começaram a denunciar as deficiências crônicas do modelo. Tornou-se um divisor de águas o paradigmático *caso Gault*, de 1967, nos Estados Unidos, em que um adolescente de dezesseis anos foi internado, sem direito de defesa até a maioridade, por ter se

³⁰ BELOFF, Mary. Modelo de la Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y outro para desarmar. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago-Chile, n° 1, nov. 1999, p. 14-16.

dirigido a uma vizinha, pelo telefone, com palavras de baixo calão, fato que, para um adulto, teria terminado em uma multa de vinte dólares. Afirmou-se ali que a garantia do devido processo legal deve valer também para adolescentes julgados em cortes juvenis³¹.

Aos poucos, a noção de infância e adolescência foi reconstruída sob novo paradigma. Nos anos 80, a sociedade civil se organizou em torno desta problemática e movimentos não governamentais passaram a denunciar o tratamento brutal dado pelo Estado às crianças, a falência das entidades de internação e os extermínios de crianças e adolescentes que ocorriam³². Finalmente, a comunidade internacional intensificou seus trabalhos rumo a uma nova fase no tratamento jurídico de crianças e adolescentes: a *etapa penal juvenil* (também chamada de *garantista*).

A etapa penal juvenil é caracterizada pela *doutrina da proteção integral*, que, acima de tudo, reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direito, titulares de direitos e garantias fundamentais. Essa doutrina se consolidou no cenário internacional com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Trata-se do tratado de maior aceitação por toda a comunidade internacional, ratificado pelo Brasil por meio do *Decreto 99.710/1990*³³.

Desde então, pelo menos do ponto de vista jurídico-positivo, a doutrina da proteção integral restou afirmada e consagrada internacionalmente pela referida Convenção³⁴, com força coercitiva para seus signatários, dentre os quais o Brasil, que atualmente se destaca como um dos países mais avançados no mundo em matéria de direitos e proteção à criança e

³¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 316. Analisando o caso *Gault* e seus desdobramentos, Barry Feld argumenta que, embora ele tenha sido uma “domesticação constitucional” da Justiça Juvenil dos Estados Unidos, ele contribuiu para transformar essa Justiça de uma agência de bem-estar social para uma instituição judiciária e prestou-se a mudar a percepção do adolescente não mais como um beneficiário, mas um devedor da Justiça. Assim, ironicamente, legitimou-se a imposição de decisões ainda mais repressivas, o que é verificado pelos *leading cases* subsequentes e pelas mudanças legais e estruturais por que passou o sistema de justiça criminal americano a partir dos anos 70 e 80 (FELD, Barry C. **Bad kids: race and the transformation of the Juvenile Court**. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 98, 106-107). Para mais informações do caso *Gault*:

<<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>>. Acesso em: 10 maio 2016.

³² LIMA, João de Deus Alves de; MINADEO, Roberto. Ressocialização de menores infratores: considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº 10, maio/agosto de 2012, p. 66.

³³ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 56.

³⁴ Vale destacar que a doutrina da proteção integral é acolhida também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já reafirmou, nas Opiniões Consultivas 17/2002 (disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>, acesso em 10 jul. 2015) e 21/2014 (disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>, acesso em 10 jul. 2015), a obrigação dos Estados-Membros de respeito à criança e ao adolescente enquanto sujeitos de direito e titulares de direitos e garantias fundamentais – notadamente o Devido Processo Legal, de acordo com a normativa internacional na matéria.

ao adolescente, principalmente em razão da Constituição de 1988, do ECA, e da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, Lei 12.594/2011 (Lei do SINASE).

1.2 A infância e a juventude no Brasil

Seguindo a linha anterior, cumpre apresentar o processo de categorização da infância no Brasil e situar o desenvolvimento de sua Justiça Juvenil à luz das três etapas históricas já desenhadas.

Consoante Ana Maria Mauad, o século XIX ratificou a descoberta da especificidade da infância e da adolescência como idades da vida, e em dicionários da década de 1830, os termos “criança”, “adolescente” e “menino” já começavam a aparecer, sendo a peculiaridade da infância motivo para polêmicas e controvérsias cuja temática central era a oposição entre educação e instrução³⁵. Nesse sentido, a partir do século XIX, o Brasil conheceu sua etapa indiferenciada em duas legislações marcantes: o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890.

Ao longo do período monárquico, a distinção no tratamento de adultos, crianças e adolescentes que cometiam delitos era praticamente inexpressiva – quanto a aspectos jurídicos, a Constituição de 1824 era omissa quanto à infância e juventude, e o Código Criminal do Império, em seus artigos 10 e 13 estipulava que menores de 14 anos eram *inimputáveis*; porém, os que apresentassem *discernimento*³⁶ eram imputáveis, devendo ser recolhidos às Casas de Correção até completarem 17 anos. Nos artigos 34 e 35 estabeleciam-se penas mais brandas para jovens entre 14 e 17 anos e, para os acima de 17, mas menores de 21 anos, o Código previa uma atenuante (art. 18, item 10). Quanto às instituições para internação, os jovens eram recolhidos sem distinção com adultos e, na falta de vagas nas Casas de Correção (ou até mesmo na falta destas), o mais comum era recolhê-los nas Casas de

³⁵ MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 140, 150. Não se desconhece que a colonização e a escravidão no Brasil produziram formas muito distintas de surgimento e categorização da noção de “infância” (sobretudo no tocante à juventude negra); entretanto, explorar tais especificidades escapa os limites do presente trabalho, do modo que é suficiente apontar que a ideia de infância no Brasil se consolida, de forma geral, ao longo do século XIX. Sobre a infância das crianças escravas, conferir, por todos, GOÊS, José Roberto de; FLORENTINO, Manolo. Crianças escravas, crianças dos escravos. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 177-191.

³⁶ O discernimento seria, numa definição corrente, “aquela madureza de juízo que coloca o indivíduo em posição de apreciar, com retidão e critério, as suas próprias ações” (VIEIRA, Octaviano. **Os menores perante o código penal**. São Paulo: Duprat, 1906, p.27).

Detenção³⁷, administradas pela própria polícia, isso quando não eram deixados à própria sorte logo recém-nascidos, pelo sistema das *Rodas dos Expostos*³⁸.

A passagem da Monarquia para o regime republicano, embora pouco tenha contribuído para alterar, na prática, as relações de poder anteriormente estabelecidas, consagrou um novo discurso, que, pautado por ideais positivistas e higienistas, e perfumado com um pretense objetivo “civilizatório”³⁹, passou a orientar o exercício do poder na jovem República, o que se evidenciou no teor do Código Penal de 1890.

Esse Código deu novo trato à infância e juventude. Pela nova codificação, os menores de 9 anos eram inimputáveis (art. 27, §1º); entre 9 e 14 anos, com a demonstração de *discernimento*, já era possível o recolhimento a estabelecimentos disciplinares industriais pelo tempo que o juiz achasse conveniente, desde que não ultrapassasse 17 anos (art. 27, §2º c/c art. 30); entre 14 e 17 anos, o Código previa uma pena mais branda, chamada cumplicidade (art. 65) e, pelo art. 399, §2º, maiores de 14 anos podiam ser recolhidos a estabelecimentos industriais até 21 anos; e maiores de 17 e menores de 21 anos faziam jus a uma atenuante (art. 65, §11). Era um sistema que, na perceptiva análise de Nilo Batista, tornava possível, na prática, a internação de uma pessoa dos seus 9 aos 21 anos⁴⁰.

É neste momento que teve lugar uma das polêmicas mais importantes para a história do Direito Penal Juvenil brasileiro: o debate entre Nina Rodrigues, em *As raças humanas e a*

³⁷ A título ilustrativo, a Casa de Correção da Corte é fundada em 1833 e, em 1861 é criado o “Instituto de Menores Artesãos”, ligado à Casa de Correção e dela dependente. Neste instituto ficavam em comum “vadios, vagabundos, abandonados e órfãos”, e podemos dizer que foi um primeiro esboço, ainda que bem precário, de separação de jovens e adultos. Foi abolido em 1865, dado como “incompatível com a Casa de Correção”; os jovens que lá estavam foram entregues ao Ministério da Marinha (MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 280-286). Tornou-se comum os jovens serem entregues às Casas de Detenção, quando “pequenos delinquentes” e à Marinha, quando “pequenos vagabundos” (RIZZINI, Irma. O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes. In. ZAMORA, Maria Helena (org.). **Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005, p. 14.).

³⁸ A *Roda dos Expostos* surgiu na França, chegou a existir em Portugal e foi trazida para o Brasil no séc. XVIII (criada pioneiramente na Santa Casa do Rio de Janeiro, em 1738). Ela foi criada com o propósito de salvar a vida de recém-nascidos abandonados, para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados. Registros históricos atestam que existiu, pelo menos em São Paulo, até 1948 (DEL PRIORE, Mary. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1991, p. 98). A Roda era, em realidade, um grande “infanticídio disfarçado”, uma vez que seus índices de mortalidade eram altíssimos (SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 27).

³⁹ Projeto de poder que, combinando controle penal-policial com controle médico (oriundo da ascendente medicina social da virada do século XIX para o século XX), se mostrou profundamente seletivo, visando ao controle censitário da população pobre e reputada criminosa, efetuando um recorte conforme a aptidão para o mercado de trabalho (GENELHÚ, Ricardo. **O Direito Penal e o médico, v.1: introdução histórico-criminológica**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.112-113).

⁴⁰ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, pp. 39-43.

responsabilidade penal no Brazil, de 1894, com a obra de Tobias Barreto (já falecido), *Menores e loucos*, de 1884. Trata-se de uma discussão complexa⁴¹, mas que vale a pena ser recordada em alguns pontos cruciais.

Tobias Barreto, que escreveu em vista do Código de 1830, era favorável à fixação de uma idade penal⁴² e, ao mesmo tempo, crítico da adoção do critério do discernimento para fins de verificação de responsabilidade⁴³. Nina Rodrigues, por seu turno, maior representante do Positivismo criminológico brasileiro, rebateu Tobias, criticando seu apego à ideia de uma responsabilidade penal baseada na “liberdade da inteligência e não da vontade”⁴⁴ e, elogiando o novo Código, trouxe uma emblemática afirmação (que até hoje pode ser encontrada, com outras palavras, em um ou outro discurso parlamentar):

O nosso código penal vigente, inspirado (perdoe-me o legislador), mal copiado do código penal italiano, trouxe-nos, portanto, um progresso reduzindo a menoridade de quatorze a nove anos.

Progresso, porque a sociedade habilitou-se por esse modo a reprimir acções anti-sociaes de indivíduos, que, mesmo no ponto de vista do livre arbítrio, já se deviam considerar responsáveis. Mas principalmente progresso, porque, de accordo com os preceitos da teoria positivista dos meios preventivos, ou dos substitutivos penaes, quanto mais baixa fôr a idade em que a acção da justiça, ou melhor do Estado se puder exercer sobre os menores, maiores probabilidades de êxito terá ella, visto como poderá chegar ainda a tempo de impedir a influênciã deletéria de um meio pernicioso sobre um caracter em via de formação, em época portanto em que a acção deles ainda possa ser dotada de eficácia.⁴⁵

Após constatar a “rapidez da maturidade orgânica nas raças inferiores e na absoluta impossibilidade consequente de modificá-las então”, e criticando o “absurdo” de o Código igualar o desenvolvimento do norte (onde “predominam o índio, o negro e os seus mestiços”) ao desenvolvimento mental do sul (onde “dominam os descendentes dos colonos alemães e

⁴¹ Para uma análise pormenorizada deste debate, por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993, p.147-186.

⁴² Em que pese sua simpatia à ideia de idades penais diversas considerando a diversidade de influências “mesológicas, climatéricas e sociais”, que variam com as “grandes distâncias”, Tobias se inclinava, sopesando vantagens e desvantagens, a uma idade fixa: “Porquanto os males, que sem duvida resultam de taxar-se, por meio da lei, uma espécie de maioridade em matéria criminal, são altamente sobrepujados pelos que resultariam do facto de entregar-se ao critério de espiritos ignorantes e caprichosos a delicada apreciação da má fê pueril” (BARRETO, Tobias. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 15-16).

⁴³ “É, porém, para lastimar que, aproveitando-se da doutrina do art. 66 e seguintes do *Code Pénal*, o nosso legislador tivesse, no art. 13, consagrado a singular teoria do discernimento, que pôde abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espectáculo doloroso”. (BARRETO, Tobias. *Idem*, p. 14).

⁴⁴ RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil**. 2ª Ed, reimpressão. Salvador: Editora Guanabara Waissman Koogan, Ltda. 1894, p. 188.

⁴⁵ *Idem*, p. 189.

italianos”)⁴⁶, Nina Rodrigues vai além e chega a sugerir o abandono total de limites à menoridade, substituindo-os integralmente pelo exame do discernimento⁴⁷.

A controvérsia é importante para ilustrar o momento histórico da nova codificação e as ideias que lhe davam sustentação. Como se pode observar, é na República Velha que nasceu o vínculo entre a estruturação da Justiça Juvenil brasileira e o desenvolvimento do Positivismo criminológico, o que desembocaria em uma tendência cada vez maior de especialização do tratamento jurídico à infância e juventude.

Em São Paulo criou-se, no ano de 1902, o *Instituto Disciplinar*, não só para criminosos menores de 21 anos, mas também aos “pequenos mendigos, vadios, viciosos, abandonados, maiores de nove e menores de 14 anos”, que lá deveriam ficar até completarem 21 anos⁴⁸. Já no Rio de Janeiro, até meados da década de 1920, os menores de idade presos pela polícia eram encaminhados aos estabelecimentos subordinados à 2ª Seção da Diretoria da Justiça do ministério da Justiça e Negócios Interiores: a *Escola Premunitória Quinze de Novembro* (1899), a *Colônia Correccional de Dois Rios* (1902) e a *Escola de Menores Abandonados* (1907). Juntavam-se a estas outros dois possíveis destinos, que eram as *Casas de Detenção* e o *Depósito de Presos*⁴⁹.

Nas décadas seguintes o sistema indiferenciado então em vigor sofre críticas cada vez mais severas, não apenas quanto à mistura entre jovens e adultos, às insuficiências e ilegalidades dos estabelecimentos existentes⁵⁰, mas passando pela própria ideia de punição e repressão a crianças e adolescentes por meio do aprisionamento⁵¹.

⁴⁶ RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 2ª Ed, reimpressão. Salvador: Editora Guanabara Waissman Koogan, Ltda. 1894, p. 189.

⁴⁷ *Idem*, p. 191.

⁴⁸ SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século XX. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed. São Paulo: Contexto, 2013, p. 224.

⁴⁹ RIZZINI, Irma, O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes. In. ZAMORA, Maria Helena (org.). **Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005, p.15.

⁵⁰ Já era comum no meio jurídico a constatação desses problemas. Macedo Soares faz referência a acórdão do Supremo Tribunal Federal que, em 1898, concedera ordem de Habeas Corpus, considerando constrangimento ilegal “manter-se na Casa de Detenção, por falta de estabelecimento adequado, o menor sentenciado a ser recolhido em estabelecimento industrial disciplinar”, impondo-se o relaxamento de sua prisão e, se estivesse sujeito à jurisdição orfanológica, sua apresentação ao juiz competente (SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 85). Evaristo de Moraes exclamava: “Aqui, no Brasil, ainda temos – até mesmo na Capital Federal – de suportar essa abominação, que consiste em manter menores de 14 e 15 anos, processados ou condenados, nas prisões ordinárias, em inevitável contacto com velhos reincidentes, sujeitos, mais ou menos, à tarifa das penalidades instituídas para adultos, sob a guarda de funcionários que não dispõem do mais insignificante preparo para a reeducação de caracteres precocemente transviados” (MORAES, Evaristo

Em 1921, entrou em vigor a Lei 4.242, que eliminava o critério do discernimento e considerou a pessoa menor de 14 anos totalmente isenta de responsabilidade penal. Nesta transição, a proposta passou a ser reeducativa e recuperacional, e dois foram os marcos dessa nova postura: a criação do juizado de menores, pelo Decreto 16.272/1923 e o Decreto 17.943-A/1927 – o Código de Menores (“Código Mello Mattos”); inaugurou-se, no Brasil, a *etapa tutelar* no tratamento jurídico à infância e juventude.

O “Código Mello Mattos”, ao estabelecer tratamento jurídico específico para crianças e adolescentes, se mostrava inovador. Criaram-se vários dispositivos de intervenção sob a forma de normas jurídicas e procedimentos judiciais que atribuíam ao Estado o poder de atuar sobre a juventude e intervir sobre sua família⁵². Na esteira de Vera Malaguti, é neste momento que a palavra *menor* passa a se associar a crianças pobres, a serem tuteladas pelo Estado para a preservação da ordem e asseguramento da modernização capitalista em curso⁵³.

Muito embora a nova legislação, em geral, pretendesse buscar algum resguardo a crianças e adolescentes, suas novidades ficaram, em larga medida, apenas no papel. Confira-se o relatório do Juiz de Menores Saboia Lima, que ora se transcreve:

infelizmente, não tenho podido atender às conclusões dos exames, porque todos eles são no sentido de dar tratamento médico ao menor, interná-lo em preventório, dar instrução profissional às suas possibilidades intelectuais, internar em estabelecimentos especiais. Ora, *o Juizado está completamente desaparecido para esse fim*. O menor não é amparado. Fazemos, apenas, estatística, publicidade e reclame⁵⁴.

Foi, aliás, emblemático que logo no primeiro processo julgado pelo juiz Mello Mattos, o mesmo sentencie que, “*como não existe estabelecimento próprio para menores delinquentes, permaneça o réu na Seção Especial da Casa de Detenção em que se acha*”⁵⁵.

Foi em função deste cenário que, a partir dos anos trinta, buscou-se implementar políticas sociais para crianças e adolescentes de maneira mais efetiva, consolidando-se a nova abordagem no Decreto-Lei 3.799/1941, que criou o SAM – Serviço de Assistência ao Menor.

de. **Criminalidade na infância e na adolescência**. 2ª Ed, modificada e ampliada. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 67).

⁵¹ RIZZINI, Irma. O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes. In. ZAMORA, Maria Helena (org.). **Para além das grades**: elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005, p.17.

⁵² SPOSATO, Karyna. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

⁵³ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p. 60.

⁵⁴ ROSA, Alexandre Moraes da.; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e Garantias Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 332.

⁵⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.* p. 61.

O SAM, concebido no Estado Novo, foi o alicerce para a infraestrutura de atendimento a crianças e adolescentes. Sob orientação correcional repressiva, o sistema baseava-se em reformatórios, casas de correção, patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos.

Até 1945, apesar de todas as críticas, o SAM respondeu bem às finalidades para as quais foi criado⁵⁶. Entretanto, a partir de 1945, o SAM entrou em decadência, apresentando diversos problemas estruturais de funcionamento a um ponto tão grave que o STF, pelo Ministro Nelson Hungria, se pronunciou a respeito no HC 38.193/GB, julgado pelo Pleno em 25 de Janeiro de 1961, impetrado por uma mãe para garantir que seu filho não fosse internado em estabelecimento inadequado e sem curso ginásial:

Sabe-se o que é o SAM: uma escola para o crime, uma fábrica de monstros morais. Superlotado e sob o regime da mais hedionda promiscuidade, a sua finalidade prática tem sido a de instruir para o vício, para a reação para o crime, para todas as infâmias e misérias. (...) Não apenas o SAM, senão também os 17 pseudorreformatórios que ele superintende, falharam redondamente nos seus objetivos. Deveriam ser arrasados, desde o teto até os alicerces, para que recomeçasse tudo de novo e sob moldes inteiramente diversos. Senhor Presidente, ainda que tivéssemos de romper com os textos claros e positivos da lei, não poderíamos vacilar em conceder este habeas corpus, para evitar que o paciente seja de novo internado no SAM⁵⁷.

Na oportunidade, a maioria dos Ministros do Supremo concluiu pela existência de constrangimento ilegal e concedeu a ordem.

Prosseguindo, verifica-se que, pelo Decreto-Lei 2.024/1940, anterior ao SAM, foi criado um órgão diferenciado, o “Departamento Nacional da Criança”. A espantosa dicotomia oficial entre as categorias “menor” e “criança” (até hoje muito empregada pelo senso comum) já evidenciava a quem se destinava um e outro órgão, deixando claro que se tratava de outra parcela da população, alvo de medidas de outra natureza daquelas dirigidas à infância. Na divisão de atribuições, o DNC estava voltado para a ação preventiva, visando evitar a ruptura na estabilidade familiar e a produção de “menores abandonados”⁵⁸.

Por conta de seus inúmeros problemas estruturais, desmontou-se o SAM em 01 de Dezembro de 1964 pela Lei 4.513, que criou em seu lugar a FUNABEM (Fundação Nacional

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 62-69.

⁵⁷ Disponível em FUCK, Luciano Felício. **Memória Jurisprudencial**: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 58-60.

⁵⁸ RIZZINI, Irma. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. In: _____ e PILLOTTI, Francisco. **A arte de governar crianças**. A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3ª ed. reimp. São Paulo: Cortez, 2011, p. 272.

do Bem-Estar do Menor), e, em 1979 foi promulgado novo Código Menorista, que elevava a lógica tutelar à segunda potência, formalizando o que se chamou de *doutrina da situação irregular*.

Este novo período foi marcado por duas preocupações: de um lado, as várias denúncias e críticas contra o sistema de atendimento desenvolvido pelo SAM, que levaram à elaboração de um novo modelo substitutivo, a FUNABEM, que, criada pela Lei 4.513 de 1º de dezembro de 1964, visava “formular e implantar uma política nacional do bem estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executarão essa política”⁵⁹; por outro lado, o golpe militar de 1964 produziu um novo pacto político-social em que o Estado aprofundou o seu caráter autoritário, conforme a chamada *doutrina da segurança nacional* que, amplamente utilizada pelo governo militar, se legitimava pela luta contra os “inimigos internos” e a ameaça comunista, fazendo com que o Estado estivesse preparado para, “de maneira eficaz, anular pressões e antagonismos dentro do cenário político”⁶⁰.

Dito de outro modo: no fundo, a criação da FUNABEM, das demais políticas e legislação do período militar estava também relacionada à doutrina da segurança nacional, segundo a qual a questão da juventude pobre se encaixaria na doutrina da defesa do Estado⁶¹. A FUNABEM passou a atuar como a propagadora nacional da ideologia oficial, com discurso fortalecedor de representações negativas da juventude pobre, prenhe dos discursos darwinistas sociais e dos determinismos da virada do século. Pode-se dizer que ela foi responsável pelo *marketing* das políticas sociais da ditadura, no contexto dos “fatores psicossociais” da política de segurança nacional.

Porém, o fato é que todas as políticas e todo o discurso elaborado para a criança e o adolescente assumiram seu completo arranjo jurídico pela Lei 6.697, de 8 de fevereiro 1979: um novo Código de Menores, que consolidou a “doutrina da situação irregular”, definida como “*aquela doutrina em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social*”⁶².

⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da e LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e Garantias Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 335-336.

⁶⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p. 69.

⁶¹ *Idem, ibidem*.

⁶² SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral**. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2ª Ed, rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

Concretizando a doutrina da situação irregular, o Código se aplicava a três diferentes casos, de acordo com o art. 1º:

(a) Jovens de até dezoito anos de idade que se encontrassem em situação irregular (situação que compreendia não apenas a prática de infração penal, mas também condutas sociais contrárias aos “*bons costumes*”, situações de impossibilidade ou maus tratos familiares, entre outras);

(b) Jovens entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei;

(c) Jovens independentemente de sua situação, caso em que aplicar-se-ia medidas de proteção.

As medidas aplicáveis ao menor em situação irregular, pelo artigo 13 do Código distribuíam-se em advertência; entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto; imposição de regime de liberdade assistida; colocação em casa de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

É precisa a análise de Vera Malaguti quando conclui que

O Código de Menores fortalece a figura do juiz e não faz menção a nenhum direito da criança. Nos processos relativos a adolescentes infratores não existe a figura da defesa do acusado. O jovem em “situação irregular” é processado e entra no circuito penal sem que apareça a figura de advogado⁶³.

Nas palavras de Carvalho, Fernandes e Mayer:

Ao concluir que determinada parcela da juventude brasileira (parcela, de regra, pobre e com acesso precário a bens básicos como saúde, moradia e educação) estaria em “situação irregular”, o Estado delegava a si mesmo o poder de atuar coercitivamente sobre essa população vulnerável, impondo diversas medidas de caráter punitivo, dentre as quais o sequestro involuntário em instituições de recolhimento. Assim, a punição de “menores” (e de suas famílias) consistia na “solução” particularizada de problemas cujas origens eram majoritariamente estruturais. E, como resposta à pobreza, à miséria e à exclusão social, a única alternativa oferecida pelo Estado é a segregação marginalizadora das crianças e dos adolescentes rotulados como “irregulares”. Desse modo, o poder público eximia-se da responsabilidade de desenvolver políticas públicas que garantissem direitos e, ao invés de incluí-los socialmente, produzia o aumento da exclusão por meio do recolhimento coercitivo⁶⁴.

⁶³ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p. 70.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem

Permitia-se por esse sistema não só a institucionalização de jovens sem a observância de regras e princípios processuais e constitucionais, como também sua continuidade no sistema destinado aos adultos. A lógica da correção do delinquente era levada às últimas consequências pela doutrina da situação irregular, marca decisiva da etapa tutelar no Brasil⁶⁵.

Apesar de todas as críticas, é importante que se perceba que a marca distintiva da etapa tutelar da justiça juvenil brasileira (que atravessou toda a legislação menorista anterior ao ECA), e que se adequava bem ao modelo que se poderia classificar como de *penal welfare*⁶⁶ (que foi, em grande medida, o sistema penal brasileiro anterior ao neoliberalismo), era a consideração da intervenção estatal sobre a criança, o adolescente e sua família, e a aposta nesta prática, como um *bem*: não como uma medida repressiva, neutralizante, ou retributiva, mas como algo positivo, socialmente edificante, uma medida de “bondade”, caritativa, a sujeitos tidos como débeis, fragilizados, em posição de inferioridade por suas condições sociais, familiares, econômicas⁶⁷.

A confiança e a aposta na intervenção menorista estatal, apartada do direito penal, eram tão grandes que, a título de ilustração, em debates jurídicos e parlamentares acerca da redução da maioridade penal (que chegou a ser acolhida pelo Anteprojeto Hungria, reduzindo para 16 anos e submetendo os jovens de 16 a 18 anos à verificação do critério do discernimento), a posição menorista não apenas combatia a proposta⁶⁸, como também

Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 20.

⁶⁵ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

⁶⁶ A expressão “*penal-welfare*”, ou “*penal-welfare complex*”, cunhada por David Garland, faz referência à peculiar configuração das estratégias e instituições de controle do delito no marco da ascensão do Estado de bem-estar no contexto britânico desde o final do século XIX. A expressão “*welfarismo penal*” passa a se referir, portanto, aos dispositivos institucionais que caracterizaram crescentemente o campo desde a década de 1890 a 1970, e que moldaram o sentido comum de gerações de autoridades políticas, acadêmicos e operadores (GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Trad. de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, S.A, 2005, p. 35).

⁶⁷ Há que se destacar que o maior expoente brasileiro desta visão (e, sem dúvida, um dos maiores menoristas latino-americanos do século XX) foi Alyrio Cavallieri, um personagem fascinante e de estudo indispensável para a compreensão do desenvolvimento da Justiça Juvenil brasileira; sua biografia e obra mereceriam uma investigação histórica e jurídica à parte. Contudo, é suficiente apontar que foi um atuante e generoso juiz de menores, além de um grande jurista, Professor da cadeira de Direito do Menor inaugurada na Universidade Gama Filho em 1975; disciplina considerada, à época, inovadora.

⁶⁸ Em um artigo sensível e corajoso, Cavallieri assim dizia: “humildemente, subo a Canossa, confesso *mea culpa*, e, já tendo elogiado o dispositivo que hoje condeno (o art. 33 do Anteprojeto, que reduzia a idade penal), só tenho a meu favor uma justificação: àquele tempo eu não era juiz de menores. Bastou que convivesse seis meses com os menores infratores para reformular minha posição. Atribua créditos aos penalistas que fizeram o Código Penal; não são menoristas; se o fossem, compreenderiam nossas razões. Não é sem pena que nenhum juiz de menores, nenhum curador, assistente social, psicólogo especializado, diretor de estabelecimento de reeducação – ninguém é a favor do artigo 33”. (CAVALLIERI, Alyrio. A menoridade e o novo Código Penal. **Revista de Informação Legislativa**, jul-set, 1970, p. 35). Mais adiante, Cavallieri critica: “Insisto na indagação:

defendia o *aumento* progressivo da maioridade penal⁶⁹, ao objetivo de *retirar o menor do Direito Penal*⁷⁰.

Os equívocos desta etapa podem ser resumidos pela lição certa de García Méndez:

Partia-se aqui da constatação, lamentavelmente confirmada pela história em forma reiterada, acerca de que as piores atrocidades contra a infância se cometeram (e se cometem ainda hoje), muito mais em nome do amor e da compaixão do que em nome da própria repressão. Tratava-se (e ainda se trata) de substituir a “má”, mas também a “boa” vontade, nada mais – mas tampouco nada menos – que pela justiça. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso, nada contra o amor quando o mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Pelo contrário, tudo contra o “amor” quando se apresenta como um substituto, cínico ou ingênuo, da justiça (tradução nossa)⁷¹.

A partir dos anos 80, no contexto da redemocratização e abertura política, um forte movimento em favor da infância e juventude no país (o que já acontecia internacionalmente), questionou os paradigmas e métodos empregados até então para tratar esta classe de pessoas. Formou-se o *Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, que chegou a contar com o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); constatou-se a falência do modelo da FUNABEM e construiu-se forte oposição à doutrina da situação irregular, conseguindo-se concretizar na Constituição as concepções fundamentais da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, conquista da Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e da campanha “Criança Constituinte” lançada pela UNICEF⁷².

pensará alguém que refreará uma mocidade contestadora, diante da sociedade permissiva, com uma lei penal mais severa?” (*Idem*, p. 41).

⁶⁹ É significativo o posicionamento firmado no 8º Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores de 1970: (item 12) “O Congresso recomenda que, no futuro, toda tendência seja no sentido de que a idade da responsabilidade penal seja aumentada e nunca diminuída”. (CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 374).

⁷⁰ “Montanhas se removem em nome da ideia generosa: o menor deve ser tirado do Direito Penal. A proposição é irretocável, pois ninguém deseja que o menor sofra uma pena criminal. Mas é impossível, por mais que choremos lágrimas de sangue e arranquemos os cabelos, jamais será possível afastar o menor de um ‘Direito Penal’ entre aspas, ou seja, que passe o absurdo, um Direito Penal sem pena. Tudo se compõe, tudo se harmoniza desde que coloquemos o menor delinquente no Direito Penal, aceitando todos os seus postulados, menos a PENA, substituindo-a pela reeducação. É absurdo? Sim, tão absurdo quanto a triste realidade da existência dos menores delinquentes.” (CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 114).

⁷¹ MÉNDEZ, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 17, Acesso em 10 maio 2016.

⁷² OLIVEIRA, Siro Darlan de; ROMÃO, Luis Fernando de França. **A história da criança por seu conselho de direitos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 26-27.

Inaugurou-se no Brasil, em sua Constituição e legislação infraconstitucional (pelo ECA, em 1990⁷³) a *doutrina da proteção integral*, suplantando a ordem anterior, caindo a doutrina da situação irregular, a Política Nacional de Bem-Estar do Menor e a FUNABEM. Basta se observar o artigo 227 da Constituição de 1988, que ilustra, por si só, o resultado de tamanha mobilização social em favor da infância e juventude, trazendo um núcleo básico de direitos fundamentais não exaustivos, a serem promovidos pela família, sociedade e Estado, responsáveis pela proteção contra qualquer forma de abuso ou opressão. Foram elevadas as crianças e adolescentes, da posição de objetos, passíveis de intervenções arbitrárias, para sujeitos de direito, que devem ser respeitados em sua dignidade. O Brasil ingressou finalmente na etapa atual do tratamento jurídico à infância e juventude, a *etapa penal-juvenil (ou garantista)*⁷⁴.

O ECA, a seu turno, dando concretude à Carta, traz dispositivos de suma importância, dentre os quais destacamos o art. 2º, que estabelece que criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente, a pessoa entre 12 e 18 anos; o art. 3º⁷⁵, que reforça a mudança de paradigma, tratando-se de cláusula assecuratória de direitos e garantias fundamentais; e o art. 6º⁷⁶, cláusula interpretativa, que insere como parâmetro a compreensão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento na aplicação do ECA.

Tudo isso dito, pode-se delinear um conteúdo básico do que seria a doutrina da proteção integral. Na lição de Karyna Sposato⁷⁷, esta doutrina seria ilustrada por seis aspectos principais: reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; institucionalização da participação comunitária pelos Conselhos de Direitos; hierarquização da função judicial, com transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal; municipalização da

⁷³ Curiosamente, o ECA não foi acolhido à unanimidade pela comunidade jurídica brasileira; como um exemplo, conferir CAVALLIERI, Alyrio. (org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**: 395 objeções. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

⁷⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

⁷⁵ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

⁷⁶ Art. 6º 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.

⁷⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.* p. 61.

política de atendimento; eliminação de internações não vinculadas ao cometimento de delitos ou contravenções; incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e do Ministério Público na função de controle e contrapeso. Destaca-se ainda a impossibilidade absoluta de internação conjunta de adolescentes com adultos (art. 185, ECA).

Vale menção ainda à recentemente aprovada Lei 12.594/2012, a Lei do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo). O Sinase é um instrumento composto por um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração do ato infracional até a execução da medida socioeducativa, e que deve, portanto, ser compreendido como uma política social de inclusão do adolescente autor de ato infracional⁷⁸. Josiane Veronese considera tratar-se de uma lei que constitui um manual a ser seguido pelos operadores dos programas de atendimento, bem como pelos operadores do sistema de justiça, no sentido de se romper com a lógica repressivo-punitiva que permeia os programas de atendimento socioeducativo⁷⁹.

Em que pesem os inegáveis avanços conquistados até o momento, o fato é que vivenciamos um concreto problema de eficácia das normas que atribuem à criança e ao adolescente um extenso rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais – basta-se pensar nos numerosos problemas inerentes à violência doméstica, abuso sexual, mortalidade infantil, trabalho infantil, trabalho escravo, além da permanência, nas práticas da Justiça Juvenil, de lógicas tutelares e minoristas, que mantêm vivos os paradigmas da doutrina da situação irregular ainda em tempos democráticos⁸⁰. Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Se o século XX foi o período para o desenvolvimento e aquisição dos direitos pelas pessoas portadoras de vulnerabilidade, espera-se que o século XXI tenha como principal objetivo encontrar formas que deem eficácia a esses direitos, de modo que a regra jurídica não se limite a mera previsão abstrata de novos direitos, mas se

⁷⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?** : o que diz a Lei Sinase: a inimizabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 236.

⁷⁹ *Idem*, p. 238.

⁸⁰ CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 29.

comprometa com a tutela concreta e integral das pessoas vulneráveis inseridas em seus contextos de vida, relevando suas particularidades e necessidades⁸¹.

Este é o esforço que o presente trabalho se propõe a realizar: encontrar uma forma jurídica de fornecer um instrumental teórico capaz de conferir eficácia a esse amplo conjunto de direitos e garantias fundamentais de que os adolescentes autores de ato infracional são titulares perante a Justiça Juvenil. Nestes termos, o esforço deve ter como ponto de partida o reconhecimento da existência, normativa e dogmática, de um Direito Penal Juvenil.

1.3 O reconhecimento do Direito Penal Juvenil

1.3.1 O Direito Penal Juvenil como um subsistema do Direito Penal

A ideia de um Direito Penal Juvenil, ou seja, a categorização do Direito relativo à intervenção punitiva sobre adolescentes como um subsistema do Direito Penal, ainda é matéria de grande controvérsia na doutrina nacional. Apesar do tema do trabalho já denotar uma tomada de posição, trata-se de um debate imprescindível para se estabelecer o objeto, as finalidades e os limites deste ramo do ordenamento e que precisa ser enfrentado.

João Batista Costa Saraiva, partidário do “Direito Penal Juvenil”, afirma ser este ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e seu aclaramento decorreria de operações hermenêuticas⁸². Acusa o jurista que setores partidários da autonomia do Direito da Criança, em nome do asseguramento de espaços de poder e invocando discursos por vezes autoritários (baseados no princípio do “superior interesse da criança”, sem conteúdo jurídico definido), seriam contra o Direito Penal Juvenil, o que justificaria atropelos a garantias processuais e constitucionais. Essa resistência se fundaria, de certa maneira, em uma *cultura menorista* ainda presente, originária dos códigos anteriores. Abandonar um Direito Penal Juvenil equivaleria a abandonar os conceitos introduzidos pelas normas do ECA,

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2126-2127.

⁸² SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 88.

desconsiderar a normativa internacional na matéria e significaria duas opções: ou o apego a dogmas do menorismo ou um discurso de abolicionismo penal⁸³.

Karyna Sposato é adepta da expressão “Direito Penal Juvenil”. Nas palavras da professora:

Diz-se ‘novo Direito Penal Juvenil’ porque este se vê vinculado aos mesmos objetivos e à mesma missão do direito penal moderno, como proteção do cidadão diante do arbítrio público. Por isso vincula-se à Constituição Federal, aos direitos fundamentais e à lei e assume alguns dos postulados de Ferrajoli no que tange à minimização de brutalidades seja de intervenções sociais seja das intervenções jurídico-penais. O fundamento central é a concepção de crianças e adolescentes como pessoas humanas e, assim, também sujeitos de direitos⁸⁴.

Também constitui argumento em favor de um “Direito Penal Juvenil” a contradição entre o texto legal do Estatuto, que consagra um viés humanista para este ramo do direito, e a realidade empírica, essencialmente punitiva (tão ou mais que a justiça penal para adultos). Ellen Rodrigues, que prefere falar em uma “Justiça Juvenil”, é incisiva:

O ECA atribui à medida socioeducativa de internação natureza diversa de pena, no entanto todos os meninos e meninas que a ela estão sujeitos ficam entre grades, cadeados e isolamentos. As leis chamam a sociedade para a proteção integral, no entanto, o que se nota é um clamor social pela redução da idade penal e criminalização de crianças e adolescentes. Acreditamos que isso ocorra porque, ao contrário do discurso isonômico do ECA, há um grupo definido de crianças e adolescentes no Brasil que não parece ser visto como composto de “sujeitos de direitos” que merecem e precisam de proteção, mas sim como ameaças que precisam ser neutralizadas⁸⁵.

Juarez Cirino dos Santos também aponta que, entre as boas intenções do legislador e a dedicação dos protagonistas do sistema de justiça socioeducativa, por um lado, e a situação de brutal desproteção da juventude e da infância no Brasil, por outro lado, pareceria existir algo mais, uma lógica diabólica de contradições reais de processos estruturais e institucionais aparentemente independentes da vontade individual⁸⁶.

⁸³ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 89 a 92.

⁸⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

⁸⁵ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A quem o ECA protege?** O descompasso entre o discurso e a prática da Justiça Juvenil no Brasil. In: MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; TRENTIN, Adriano; CARDOSO, Valter; FEITOSA, Samara. II Seminário Nacional de Sociologia e Política - UFPR, 2010. Anais do II Seminário Nacional Sociologia & Política, 2010, (p. 19) p. 3-23.

⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O adolescente infrator e os direitos humanos**. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em 23/03/2016. p. 1.

Na doutrina estrangeira, por todos, Claus Roxin⁸⁷:

Não pelo âmbito das normas tratadas, senão pela especial classe do autor, o Direito Penal Juvenil se converte em um campo próprio do Direito. Trata dos delitos dos jovens (de 14 a 18 anos) e suas consequências (apenas parcialmente penais). Sua regulação se encontra na Lei de Tribunais dos Jovens (JGG) de 4-8-1953; e contém preceitos especiais de direito material, processual, de medição de pena e penitenciário para jovens menores (em parte também para jovens maiores de idade entre 18 e 21 anos), e, portanto, para efeitos de sistemática jurídica, deve enquadrar-se parcialmente em todas as disciplinas antes indicadas (tradução nossa)⁸⁸.

Em suma, “Direito Penal Juvenil” significa, para esta corrente, incorporar os preceitos garantistas do Direito Penal e lhe restringir o foco de atuação à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que desfruta o adolescente, ampliando aquelas garantias em face da condição diferenciada ostentada pelo sujeito da norma, tendo sempre em conta a realidade social em que se insere a Justiça Juvenil, afastando-se de eufemismos e quaisquer pretensões protetivas tutelares que mais teriam contribuído por fazer desta uma Justiça extremamente autoritária e punitiva.

Há quem, por outro lado, defenda ser inadequada esta classificação.

Alexandre Morais da Rosa afirma este ramo do ordenamento como um “Direito Infracional”. O jurista argumenta que, com a edição da Convenção Internacional da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Direito Infracional teria ganhado sua autonomia, não podendo mais ser considerado um apêndice do Direito Penal⁸⁹. Aduz o autor que

As garantias precisam ser trabalhadas a partir da autonomia do Direito Infracional e não de um ilusório Direito Penal Juvenil. Respeitar a diferença pressupõe que o discurso seja sério e enfrente algumas questões que são, de fato, omitidas, como, por exemplo, o fundamento da medida socioeducativa⁹⁰.

⁸⁷ Deve-se fazer um esclarecimento necessário: a Alemanha, lugar de onde escreve o renomado Professor, possui uma legislação específica e própria para o que Roxin denomina “Direito Penal Juvenil”; desta forma, à luz do ordenamento alemão, faz sentido e não há controvérsia acerca da expressão.

De qualquer forma, uma vez que expressiva parcela da doutrina europeia de forma geral se vale da expressão “Direito Penal Juvenil”, vale a menção ao autor como um expoente dessa visão.

⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 46.

⁸⁹ ROSA, Alexandre Morais da, LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 27.

⁹⁰ *Idem*, p. 33.

Em sua obra, para além das críticas às posições dos professores da linha do Direito Penal Juvenil⁹¹, Moraes da Rosa também o rechaça por enxergar neste um modelo de discurso legitimante de poder punitivo.

Mário Luiz Ramidoff critica a corrente penal juvenil, uma vez que esta se pretenderia ver aplicada aos moldes de um Direito Penal mínimo adaptado, como um regime sancionatório punitivo para acalmar os ânimos dos que postulam a redução da maioria penal. Ademais, um Direito Penal Juvenil escolheria, equivocadamente, ao retratar a medida socioeducativa como sanção penal, o paradigma da repressão/punição como marco teórico, o que não seria muito diferente da perspectiva menorista e tenderia a reforçar um tratamento jurídico baseado em lógicas de violência⁹².

Josiane Veronese, considerando que a Constituição de 1988 inaugurou um sistema jurídico autônomo, trazendo uma forma diferenciada de compreensão acerca do ato infracional e de sua responsabilização, percebe este ramo do Direito como integrante do Direito da Criança e do Adolescente; não seria necessário o recurso ao Direito Penal e seu conjunto de punições uma vez que o ECA (e, mais recentemente, o SINASE) prevê um sistema próprio, não punitivo, mas protetivo e responsabilizador⁹³. Dessa forma, por se tratar de um universo diferenciado, a jurista entende que a Lei 8.069/1990 não contemplaria a medida socioeducativa como uma sanção penal, e tampouco estas medidas teriam origem nas chamadas “penas alternativas”⁹⁴. Ademais, o garantismo pretendido sob o nome de “Direito Penal Juvenil” já estaria na realidade no texto constitucional, no ECA e na Lei do SINASE; o Direito Penal, pelos vícios históricos do penitenciarismo, de visões repressivas e punitivistas, seria imprestável para servir de modelo para o Direito da Criança e do Adolescente⁹⁵.

Apesar da posição de Veronese, é de se notar, como pontuam Carvalho e Weigert, que, *em relação aos inimputáveis etários que praticaram atos ilícitos, a Constituição não criou um sistema próprio e explícito de princípios similar ao das penas. A Carta limitou-se a restringir*

⁹¹ Em suma, os referidos autores careceriam de base teórica consistente em garantismo jurídico; seriam adeptos de posições menoristas – mesma crítica desferida pelos adeptos do Direito Penal Juvenil - e quase sempre lhes faltaria visão crítica, uma vez que ignorariam os avanços promovidos pelo desenvolvimento da Criminologia Crítica.

⁹² RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito penal juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva. **Revista da ESMESC**: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 9, n. 15, p.152-155, 2003.

⁹³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária**: elementos aproximativos e/ou distanciadores? : o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 260.

⁹⁴ *Idem*, p. 263.

⁹⁵ *Idem*, p. 269-270.

a possibilidade de responsabilização penal aos menores de 18 anos, determinando a regulamentação dos requisitos de responsabilização em lei ordinária, o que não inviabiliza a incidência das garantias previstas aos imputáveis e demandaria, ainda, critérios mais rígidos de interpretação das garantias para a aplicação das respostas sancionadoras⁹⁶.

Em verdade, percebe-se que adotar ou não a categoria “Direito Penal Juvenil” ou “Direito da Criança e do Adolescente” depende da definição de três questões preliminares:

- (a) A compreensão da medida socioeducativa, como uma modalidade ou não de pena, de sanção penal;
- (b) A relação e compatibilização entre Direito Penal e Direito Juvenil;
- (c) O sentido que se adote para a expressão “Direito Penal”.

Sérgio Salomão Shecaira observa ser a medida socioeducativa, tal como a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo; é a vontade coativa do Estado que emerge de qualquer sentença penal condenatória e que se contrapõe à vontade do adolescente em conflito com a lei⁹⁷. Ao se afirmar o caráter sancionatório da medida, não se pretende que o adolescente sofra as mazelas do sistema punitivo do adulto e sequer que a medida tenha caráter exclusivamente retributivo, mas sim que não se perca de vista, na consecução do viés pedagógico e educativo do ECA, os limites da brevidade, excepcionalidade e o respeito às garantias legais e constitucionais⁹⁸.

De fato, não se consegue – ao menos, não no Brasil – conceber a medida socioeducativa como algo distinto ou mais brando que uma pena, que, seguindo a linha da dogmática crítica brasileira, nada mais é que infligência de dor e sofrimento. Por isso, a medida socioeducativa compõe, ao lado da medida de segurança e da pena em sentido estrito, modalidade de sanção relativa a adolescentes em conflito com a lei quando do cometimento de infração penal⁹⁹ (que, em função do sujeito, recebe o *nomen iuris* de “ato infracional”,

⁹⁶ CARVALHO, Salo de, WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Ano 17, números 19/20, 1º e 2º semestres de 2012, p. 463.

⁹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 194.

⁹⁸ *Idem*, p. 193-194.

⁹⁹ Recentemente, na contramão da maioria da doutrina e da jurisprudência até então dominante, a Terceira Seção do STJ (HC 346.380-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/4/2016, DJe 13/5/2016) pacificou o entendimento de que “as medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/1990 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente”. Trata-se de um notório retrocesso menorista que, no caso do precedente, se prestou a legitimar o

apenas para fins classificatórios, não sendo em nada distinto de um delito ou contravenção penal¹⁰⁰). Tem razão Wilson Donizeti Liberati quando afirma que “em verdade, o Estatuto não pretendeu dar caráter punitivo-retributivo às medidas socioeducativas. Porém, outro significado não pode ser dado àquelas medidas”¹⁰¹.

Outra perplexidade que permeia a própria concepção de um Direito Penal Juvenil reside em ele ser, ao mesmo tempo, Direito Penal e Direito Juvenil; em combinar o estudo e aplicação de uma gama rígida de princípios, teorias e sanções desenvolvidas em função de um sujeito culpável adulto com um campo interdisciplinar e variável de saberes voltado a um sujeito em formação, o adolescente. Ao mesmo tempo em que se teme um fortalecimento indesejado do Direito Penal (mais especificamente, da lei penal, de poder punitivo), há o receio de Direito Penal e Direito Juvenil apontarem, cada um com seu instrumental teórico, a soluções aparentemente contraditórias ou que restringiriam em demasia o ideal pedagógico e educativo do Direito Juvenil – pense-se, por exemplo, nos casos de rejeição da ação socioeducativa por ausência de justa causa; na aplicabilidade do princípio da insignificância; da regra de prescrição para a medida socioeducativa¹⁰²; a aplicação de internação provisória ou mesmo de internação definitiva para casos não contemplados expressamente no ECA. Em todas estas situações, Direito Penal e Direito Juvenil conflitam, seja por colocarem em choque as ideias de repressão e socioeducação (a tensão entre “punir” e “educar”), seja pelo desafio de se adequar o ideal pedagógico do Direito Juvenil a garantias e limites próprios do Direito Penal. Em vista dessa tensão, corre-se o risco de, ao se arranjam os ideais de um Direito Penal Juvenil, confundir-se punir com educar em uma perigosa tautologia, consistente em justificar a punição pela educação, e a forma de se educar pelo ato de punir: *por que punir? Para educar. E como educar? Punindo*¹⁰³.

imediate cumprimento de sentença condenatória de internação, mesmo diante da interposição de recurso de apelação e mesmo que o adolescente não tenha sido provisoriamente internado – situação que sequer um adulto poderia ser submetido na Justiça criminal comum.

¹⁰⁰ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 78-79.

¹⁰¹ LIBERATI, Wilson Donizetti. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 150.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 338, STJ. A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas. Julgado em 09/05/2007, DJE 16/05/2007, p 201.

¹⁰³ Adapta-se a perceptiva crítica de Seán McConville à ideia de reabilitação, utilizada como justificação do sistema de “penal welfare” inglês: “*what was prison for? Reformation. And how is reformation achieved? Being in prison*” (McCONVILLE, Seán (org.). **The use of punishment**. Devon, Portland: Willian Publishing, 2003, p. 6). Lamentavelmente, tal circularidade punitiva ainda é muito presente na Justiça Juvenil brasileira, sobretudo no processo de execução da medida socioeducativa. Analisando os boletins estatísticos semanais da Fundação CASA (Estado de São Paulo) entre 2013 e 2015, bem como processos de execução de medidas socioeducativas e seus respectivos relatórios elaborados pelas equipes técnicas pertinentes, Flora Sartorelli constatou a perpetuação

Em primeiro lugar, deve-se deixar claro que *o juiz não é nem pode ser um educador, e muito menos um “bom pai de família”* (como postulavam os antigos menoristas)¹⁰⁴, e a sanção que aplica, bem como o processo que conduz, ostentam natureza penal. A Justiça Juvenil não está fora do sistema penal¹⁰⁵; faz parte deste e com este mantém vínculos históricos de autoritarismo e repressão, ainda que por formas e discursos bem intencionados de “reeducação” e “assistência”¹⁰⁶. Por isso, no âmbito da Justiça Juvenil, reprimir é (e deve ser) necessariamente diferente de educar.

Em segundo lugar, é possível um rearranjo humanizado das duas ideias a partir da consideração da (re)educação não como um direito do Estado, mas como um *direito do condenado*, tal como se sustenta pela Reforma Penal de 1984: um direito ao seu crescimento e aprimoramento individual, com respeito à sua livre autonomia, passível inclusive de ser exigido em face do Estado¹⁰⁷. Essa perspectiva é plenamente adaptável para o Direito Penal Juvenil, passando a ideia de educação não mais representar um fim em si mesmo, mas *a possibilidade e o direito de o adolescente autor de ato infracional reescrever a própria vida e*

de práticas e discursos repressivos correccionais (tipicamente menoristas) justificados em nome da “proteção” do jovem, o que constitui um óbice considerável na efetivação de direitos e garantias fundamentais destes adolescentes (SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. Intersecção de práticas e saberes na execução da medida socioeducativa de internação no Brasil: um estudo de casos. Disponível em: <[¹⁰⁴ García Mendez, em ácida crítica, recorda que o juiz não pode ser um bom pai de família pelo simples fato de que conhecer o direito e assegurar a justiça não faz parte das funções institucionais deste último \(MENDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Trad. de Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora Hucitec, Instituto Ayrton Senna, 1998, p.22\).](http://www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZMzoiYT0xOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZVZPIjtzOjI6IjU1IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6ImNjNTVjZjMwNTVjYzZhYjU1OTg4OWRmZjQ1NDg0NTEyIjt9> acesso em 15 jan 2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁰⁵ Sistema penal como o conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª Ed., Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 207); ou, na definição de Batista e Zaffaroni, “o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção (BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 60).

¹⁰⁶ Na observação de Ellen Rodrigues, compreende-se que o sistema de justiça juvenil moderno funciona como uma modalidade de “justiça” que eufemiza seus efeitos a partir de discursos moralizantes que, legitimados pela sociedade, obscurecem a realidade que se esconde por trás desta “aparente” rede de proteção. A despeito do ideal liberal de igualdade e cidadania, este subsistema de justiça foi seletivamente montado de modo a garantir o controle de crianças e adolescentes das classes populares. Pregou-se o afastamento e uma distância estável entre pais e filhos das classes pobres, porque se considerava os adultos perigosos e promíscuos. Constituíram-se estratégias mais rigorosas de controle para a pobreza, que criou os alicerces para todo um sistema de justiça que tinha como destinatários certos crianças e adolescentes pobres, por meio de um verdadeiro “policiamento familiar”. (RODRIGUES, Éllen Cristina Carmo. **A quem o ECA protege? O descompasso entre o discurso e a prática da Justiça Juvenil no Brasil**. In: MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; TRENTIN, Adriano; CARDOSO, Valter; FEITOSA, Samara. II Seminário Nacional de Sociologia e Política - UFPR, 2010. Anais do II Seminário Nacional Sociologia & Política, 2010, p. 10-11).

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 184-185.

a própria história, com o auxílio de sua família, da sociedade e do Estado, que são por ele responsáveis, inclusive por força da Constituição (art. 227, caput, CRFB).

Por fim, há pouco consenso doutrinário acerca do sentido a ser adotado para a expressão “Direito Penal”. Seguindo as lições de, Nilo Batista, pode-se identificar três acepções distintas:

- (a) O conjunto de normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estabelecem crimes, dispõem sobre seu âmbito de validade, a estrutura e elementos dos delitos e a aplicação e execução das penas e outras medidas, isto é, um *Direito Penal Objetivo*;
- (b) A faculdade de que seria titular o Estado para cominar, aplicar e executar as penas – um *Ius Puniendi, Direito Penal Subjetivo*;
- (c) O estudo do Direito Penal, a apropriação intelectual de conhecimentos sobre aquele conjunto de normas jurídicas ou aquela faculdade do Estado, no sentido de uma *Ciência do Direito Penal*¹⁰⁸.

Considerando que o Direito Penal em sentido objetivo se confunde com a expressão “lei penal”, que é notadamente um ato do poder político¹⁰⁹; e que a ideia de um “Direito de Punir”, nos moldes de uma *Facultas Agendi*, termina por considerar faculdade aquilo que é um dever, uma auto-obrigação jurídica própria do Estado de Direito¹¹⁰, opta-se, neste trabalho, pela acepção científica da expressão¹¹¹, vindo a significar *o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito*¹¹². Tal sentido é perfeitamente aplicável para o Direito Penal Juvenil.

¹⁰⁸ BATISTA, Nilo, **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 50-51.

¹⁰⁹ _____, ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 38.

¹¹⁰ BATISTA, Nilo, **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 108. Anteriormente, Aníbal Bruno já questionava severamente a ideia de um “suposto direito penal subjetivo”, apontando, dentre outros argumentos, que, “se o poder do Estado de assegurar as condições de vida social não pode ser equiparado a um direito subjetivo, menos ainda a submissão do réu à pena pode ser tomada como cumprimento de uma obrigação jurídica” (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo 1º**: introdução, norma penal, fato punível. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 35).

¹¹¹ A acepção científica da expressão “Direito Penal” advém do século XIX, momento em que se buscava edificar uma verdadeira “ciência” jurídico-penal: “Com efeito, como o direito de punir, pelas mãos do homem, vem da lei eterna da ordem, a ciência do Direito Penal deve ser independente de toda disposição da lei humana, e dirigida unicamente pelas regras da razão absoluta” (CARRARA, Francesco. **Programme du cours de droit criminel**. Partie générale. 4ª Ed. Trad. de Paul Baret. Paris: Marescq Ainé, 1876, p. 16).

¹¹² BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.40.

Portanto, uma vez que se conceba, cientificamente, o Direito Penal Juvenil como o ramo da ciência jurídico-penal responsável pela elaboração e sistematização teórica de todo saber penal juvenil, com vistas à redução e contenção de poder punitivo exercido sobre adolescentes autores de ato infracional, passa a ser tarefa dos operadores da Justiça Juvenil assegurar a esses adolescentes o respeito às garantias penais e processuais fundamentais, reduzindo e contendo poder punitivo ao mínimo legal, constitucional e racional. Ao mesmo tempo, são abertas novas perspectivas e novos campos de investigação, sobretudo em razão do complexo adicional de garantias e direitos conferidos pela doutrina da proteção integral.

1.3.2. Consequências jurídicas desta categorização à luz da proteção integral

Ao se conceber o complexo normativo referente aos adolescentes autores de ato infracional como um Direito Penal Juvenil, passa-se a dotar estes sujeitos de garantias fundamentais e em assegurar a esses jovens todos os direitos individuais que conformam o sistema jurídico-penal de garantias dos adultos que praticaram delitos: garantias relativas aos requisitos legais de imputação do ato ilícito (ato infracional); à efetivação do devido processo legal (processo infracional); à aplicação e à execução das sanções (medidas socioeducativas); e aos critérios de aplicação de sanções disciplinares durante a execução das medidas socioeducativas¹¹³.

Entretanto, em razão da especial proteção conferida à infância e juventude pela normativa internacional, constitucional e legal pertinente, assegurar aos adolescentes autores de ato infracional as garantias fundamentais que já devem ser asseguradas aos adultos é insuficiente. Deve-se tomar estas garantias como uma espécie de “piso” para enriquecê-las a partir da doutrina da proteção integral.

Dentre o rol de garantias fundamentais a que faz jus o adolescente autor de ato infracional está o respeito ao *princípio da culpabilidade*, que, emanado do Direito Penal comum, deve assumir contornos peculiares quando aplicado ao universo empírico-normativo do sujeito adolescente. Destarte, passa-se a um estudo preliminar da culpabilidade no Direito

¹¹³ CARVALHO, Salo de, WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Ano 17, números 19/20, 1º e 2º semestres de 2012, p. 463.

Penal comum para, na sequência, abordar o tratamento da questão na doutrina penal juvenil predominante.

1.4 A culpabilidade do adolescente autor de ato infracional

1.4.1 A culpabilidade no Direito Penal comum: retrospectiva histórica e tendências contemporâneas

Antes de se empreender a uma retrospectiva histórica do desenvolvimento da culpabilidade, é interessante notar como ela se situa no Direito Penal.

No que toca aos princípios basilares do Direito Penal, desponta o *princípio da culpabilidade*, que veda a mera responsabilidade pelo resultado (objetiva) e impõe a existência de liame subjetivo entre o autor e o resultado de sua conduta e, de outra parte, exige que a inflição de pena não se dê a menos que a conduta do sujeito lhe seja reprovável¹¹⁴.

Em relação às categorias do delito, ao lado dos juízos de tipicidade e da antijuridicidade, a culpabilidade caracteriza-se por ser um *juízo de censura endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo*, composta pelos elementos da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da inexigibilidade de conduta diversa¹¹⁵.

Por fim, quando da aplicação e fixação da pena, a culpabilidade, como *circunstância judicial de aplicação da pena*¹¹⁶, busca conferir proporcionalidade entre o mal causado e a intensidade da medida a ele correspondente¹¹⁷.

A culpabilidade é, portanto, uma categoria muito abrangente com uma complexa operacionalidade, já que, como princípio fundamental, desempenha uma função de *limite* ao

¹¹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p.103; 64.

¹¹⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.20-21.

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 162.

¹¹⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 20.

poder punitivo; como elemento da teoria do delito, figura como *fundamento* da pena; e como circunstância judicial de aplicação da pena, se coloca como *grau* da sanção criminal¹¹⁸.

Para os fins do presente tópico, o foco é a culpabilidade situada nesta zona de interseção entre a teoria do delito e a aplicação da pena e, portanto, importa enxergá-la como uma *censura pessoal pela realização de um injusto em circunstâncias que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico*; ou seja, seu pressuposto necessário é a inevitabilidade individual do fato, considerado concretamente¹¹⁹.

Conforme Davi Tangerino, a inauguração da culpa como um elemento inserido em uma perspectiva sistemática, integrante de uma teoria do ilícito penal se dá com Karl Binding, em 1872, no seu *As normas e suas violações*¹²⁰. Tratava-se de uma concepção positivista-normativista que, apesar de dar continuidade a tradições anteriores por cindir a culpabilidade em dolo e negligência, trazia de forma inédita a necessidade do conhecimento da norma como pressuposto da capacidade de ação (e do delito), dando assim um importante passo rumo a uma culpabilidade individualizadora¹²¹.

Avançando em direção a um juízo de imputação individualizado, o sistema Liszt-Beling concebia a culpabilidade, essencialmente, como uma *relação subjetiva ou psíquica entre o autor e o fato*¹²²⁻¹²³. Tratava-se de um *conceito psicológico*, uma formulação causal-naturalista inserida em uma teoria do delito que concebia pela primeira vez as quatro categorias centrais (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade)¹²⁴. Aqui, injusto e

¹¹⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 162; com nuances diversas, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 64.

¹¹⁹ PRADO, Luiz Régis, et. al.. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 341.

¹²⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.63-64. Importante apontar que nem todos os autores partem de Binding; em realidade, a grande maioria começa esta análise pelo sistema Liszt-Beling (TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovção**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 125; _____. **Teoria do delito**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, p. 95; CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**., p. 162-163; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 283; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441; PRADO, Luiz Régis, et. al., *Op.cit.*, p. 345).

¹²¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 69.

¹²² PRADO, Luiz Régis. *Op. cit.*, p. 345.

¹²³ Estudando a dogmática de Von Liszt, Thomas Vormbaum observa que sua ideia de pena como prevenção, ao fim e ao cabo, terminaria dispensando o conceito de culpabilidade, sendo menos uma expressão de reprovabilidade do que de periculosidade. A medida de pena seria determinada não pela reprovabilidade, mas pela reforma do próprio criminoso e sua periculosidade (VORMBAUM, Thomas, BOHLANDER, Michael. **A Modern History of German Criminal Law**. 2ª ed. Trad. de Margaret Hiley. Heidelberg, Nova York, Dordrecht, Londres: Springer, 2011, p. 119).

¹²⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 71.

culpabilidade se relacionavam como dimensões objetiva e subjetiva do fato punível, e a última era constituída por dois elementos:

(a) Capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico;

(b) Relação psicológica do autor com o fato, existente como consciência e vontade de realizar o fato típico, ou como causação de um resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência¹²⁵. Tal concepção foi adotada em nosso país por vários penalistas ilustres, como José Hygino, Galdino Siqueira e Nelson Hungria¹²⁶.

Tratava-se, porém, de um sistema deficiente, uma vez que era incapaz de abranger a culpa inconsciente, em que não há qualquer relação psicológica entre autor e resultado; e era estrutura insuficiente para compreender e valorar situações de anormal motivação da vontade, definidas atualmente como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso¹²⁷.

No início do século XX, com o movimento *neokantista*, agregam-se a essa culpabilidade causal e subjetiva elementos normativos, de modo a retratar-se a culpabilidade como um juízo de valor sobre o comportamento injusto, concludente de uma reprovabilidade jurídica imposta ao autor pelo fato praticado¹²⁸. Neste período firmou-se uma *concepção psicológico-normativa* da culpabilidade¹²⁹.

O trabalho pioneiro deste movimento é o de Reinhard Frank, no seu *Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade*, de 1907¹³⁰. Frank se volta contra dois dogmas fundamentais da doutrina dominante de seu tempo: a delimitação do conceito de culpabilidade aos conceitos de dolo e culpa; e a sua definição como uma relação psíquica em respeito a momentos extra-

¹²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008., p. 283-284.

¹²⁶ BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovção. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovção**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.166-169.

¹²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 284.

¹²⁸ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovção**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 125.

¹²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 532-536.

¹³⁰ Embora se analise aqui a primeira edição da obra, importa advertir que, em edições posteriores, Frank empreendeu algumas modificações em sua construção teórica, sobretudo no conceito de “circunstâncias concomitantes”. Sobre isto, conferir ACHENBACH, Hans. *Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 24, p.850-852, 1981.

subjetivos¹³¹. Observando o estado de necessidade exculpante, da concepção de imputabilidade e da culpa inconsciente, chega à conclusão de que a culpabilidade não seria integrada apenas pela relação psíquica do sujeito com o resultado, senão por três elementos de igual peso, quais sejam, a *normalidade mental do sujeito*, a *relação psíquica concreta do sujeito com o fato ou ao menos a possibilidade da mesma* (dolo ou imprudência) e pela “*normalidade das circunstâncias em que atua o sujeito*”¹³². Frank, assim, assevera que:

A culpabilidade é *reprovabilidade*. Esta expressão não é bonita, mas não conheço outra melhor. (...) Um comportamento proibido pode ser imputado a alguém quando se lhe pode fazer o reproche por o haver aceitado (tradução nossa)¹³³.

Na leitura de Nilo Batista, enquanto as “circunstâncias concomitantes” tiveram efêmera carreira teórica, a “reprovabilidade” alcançou inegável sucesso dogmático, adquirindo conteúdos eticizantes em franca colisão com o princípio ilustrado da separação entre o Direito e Moral¹³⁴.

James Goldschmidt¹³⁵, a partir de seu estudo das chamadas “normas de dever” (normas de conduta interna) em contraposição à “norma jurídica” (norma de direito, externa), conclui pela existência de uma ideia de inexigibilidade de conduta, que seria a ideia diretriz das causas de exculpação¹³⁶. É exatamente a norma de dever que ordena que alguém se abstenha regularmente de pôr em prática a vontade contrária à norma de direito, sendo o descumprimento da norma de dever que fundamenta, portanto, o elemento normativo da culpabilidade¹³⁷. Nas palavras de Goldschmidt¹³⁸,

¹³¹ *Idem*, p. 853.

¹³² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 794-795.

¹³³ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Reimpressão. Montevideu-Buenos Aires: ed. B. de F., 2002, p. 39-40.

¹³⁴ BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.163, 170. Thomas Vormbaum esposa compreensão semelhante, apontando que é em Frank que se dá o primeiro passo rumo a uma eticização do Direito Penal, rompendo-se com a separação entre Direito e Ética (VORMBAUM, Thomas. **A Modern History of German Criminal Law**. 2ª ed. Trad. de Margaret Hiley. Heidelberg, Nova York, Dordrecht, Londres: Springer, 2011, p. 132).

¹³⁵ “*A concepção normativa de culpabilidade*”, 1913 (utiliza-se a edição de 2002 da Editora B de F (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2ª Ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2002).

¹³⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 796.

¹³⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 269, jan./jun. 2010.

¹³⁸ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2ª Ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2002, p. 86, 104.

Com efeito, se expõe, como uma coisa aceita, que a reprovabilidade de uma conduta de alguém pressupõe uma obrigação de omitir tal conduta. No entanto, se nega que deste modo se exija uma culpabilidade ética e que a culpabilidade constitua um vício do caráter.

(...)O não fazer-se motivar pela representação do dever apesar da exigibilidade é contrariedade ao dever ou (...) segundo a formulação de Frank, reprovabilidade (tradução nossa).

Na esteira de Frank e Goldschmidt, desenvolve Berthold Freudenthal¹³⁹ a *inexigibilidade como causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade*¹⁴⁰, podendo-se definir a mesma como a “desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente”¹⁴¹. Trata-se, em sua origem, de uma causa de exclusão de culpabilidade que, por se basear no poder individual de agir de acordo com a norma, só é identificável a partir do caso concreto¹⁴². É interessante perceber ainda que exigibilidade de conduta diversa, como este fundamento geral da reprovação, consiste em um desdobramento da noção de “circunstâncias concomitantes” de Frank, como o próprio Freudenthal o admite¹⁴³.

Aliás, para a adequada compreensão desta excludente, observa Maurício Dieter que a teorização de Freudenthal se situa no contexto da Alemanha da República de Weimar, caracterizada pela impressionante situação geral de depressão econômica¹⁴⁴, embasando suas construções teóricas em julgados do Tribunal Supremo Alemão, dando-lhes uma compreensão social e humana¹⁴⁵. Com o avanço do nazismo, estas construções foram alvo de muita crítica, sobretudo porque a inexigibilidade de conduta diversa implicaria no reconhecimento institucional das debilidades ou fraquezas humanas, o que seria incompatível com o rígido e superior senso moral alemão¹⁴⁶.

¹³⁹ Em “*Culpa e reprovação*”, 1922.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 796.

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral I. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 445.

¹⁴² DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008, p. 39.

¹⁴³ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Reimp. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, p. 72.

¹⁴⁴ A título de ilustração, em 1923 (um ano após a publicação da tese de Freudenthal), “a unidade monetária foi reduzida a um milionésimo de milhão de seu valor de 1913, ou seja, na prática o valor da moeda foi reduzido a zero.” (HOBBSAWN, Eric. **Age of Extremes**: the short twentieth century – 1914-1991. Londres: Abacus, 1995, p. 89).

¹⁴⁵ DIETER, Maurício Stegemann. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 44.

Posteriormente, Edmund Mezger, jurista emblemático e com uma produção teórica dinâmica antes e depois da Segunda Guerra¹⁴⁷, firma a relação entre a existência de um conteúdo da culpabilidade, associando-o ao caráter da reprovabilidade, como juízo de valor negativo daquele conteúdo; é dele a concepção da chamada *culpabilidade por condução de vida*, uma nova modalidade de culpa para aqueles que usualmente se conduziam de modo socialmente desvalioso, onde se suprimia a exigência de que o dolo incluísse a consciência da ilicitude – cuidava-se de *Direito Penal de autor*, altamente reprovável e que, entretanto, foi largamente adotado no período nazista na Alemanha¹⁴⁸.

Dando prosseguimento a esse percurso de normatização, o finalismo, a partir da concepção de ação final de Welzel¹⁴⁹, passando pela realocação do dolo e da culpa no tipo penal, faria da culpabilidade não mais do que uma reprovação pessoal contra o autor, uma vez que não omitiu o comportamento antijurídico, embora tenha podido omiti-lo, reprovando-se, assim, não o autor, mas a formação de sua vontade. *Culpabilidade, em sentido estrito, passa a ser somente a reprovabilidade*, ou seja, a qualidade específica de desvalor na vontade de ação¹⁵⁰. A essa concepção de culpabilidade denominou-se “*teoria normativa pura*”, que desenhava a culpabilidade pelos elementos da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. Trata-se de uma concepção que se ancora na pressuposição da possibilidade do agir humano movido por livre-arbítrio. Nas palavras de Welzel:

A reprovabilidade da culpabilidade pressupõe, portanto, que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade antijurídica de modo mais correto, ou seja, conforme a norma, e isso não no sentido abstrato de um homem qualquer no lugar do autor, mas no sentido concreto de que esse homem, nessa situação, teria podido adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma¹⁵¹.

Após dissertar acerca dos aspectos antropológico, caracteriológico e categorial do livre-arbítrio, Welzel concluiu ser a culpabilidade não um “ato de livre autodeterminação, mas

¹⁴⁷ O aprofundamento neste autor ultrapassa os limites do trabalho; dessa forma, por todos, conferir FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 247-249.

¹⁴⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 535-536.

¹⁴⁹ “A ação é, portanto, um acontecimento ‘finalista’ e não somente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade, propor-se objetivos de distinta índole e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção destes objetivos” (tradução nossa) (WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Trad. de Eduardo Friker. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1951, p. 19-20).

¹⁵⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 149.

¹⁵¹ _____. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável”¹⁵². Esta é, ainda hoje, a teoria majoritariamente adotada na doutrina brasileira¹⁵³.

O principal embaraço do conceito de culpabilidade delineado pela teoria normativa pura é justamente sua base ontológica calcada no livre-arbítrio¹⁵⁴, que não poderia ser provado nem de maneira geral, nem tampouco com relação a um caso concreto; igualmente, a vinculação estreita entre Direito e Moral que a construção provoca levanta inúmeros questionamentos doutrinários, ensejando uma miríade de novos trabalhos em busca de reformulações do conceito e novos paradigmas¹⁵⁵. Por esta razão, a seguir, serão abordadas as tendências inovadoras de maior relevo, seguindo a proposta de Davi Tangerino: (i) culpabilidade como limite a prevenção; (ii) culpabilidade como infidelidade ao direito; (iii) culpabilidade como motivabilidade¹⁵⁶.

A primeira tendência é capitaneada por Roxin, que vislumbrou a *culpabilidade como um meio para limitação das sanções orientadas a objetivos preventivos*¹⁵⁷. A culpabilidade deixaria de ser um elemento autônomo para constituir-se numa parte de um conceito maior: a *responsabilidade*, que representa o juízo de valoração que pode fazer um sujeito ser considerado penalmente responsável¹⁵⁸.

Essa construção tem sua razão de ser no pressuposto político-criminal de que o Direito Penal deve ser funcionalmente orientado por finalidades preventivas (que, ressalva Roxin, não podem conduzir à imposição de pena sem culpabilidade¹⁵⁹), o que provoca uma mudança

¹⁵² *Idem*, p. 129.

¹⁵³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90-91.

¹⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª Ed, 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 242-244; SANTOS, Juarez Cirino dos. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 15/16, p.59, jul./dez. 1974; CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 38; abordando a problemática, com uma posição crítica do debate entre determinismo e indeterminismo, HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 306.

¹⁵⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95; sobre a crítica ao moralismo da ideia de reprovabilidade, BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 173-180; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 139 e FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.458-459.

¹⁵⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p.95-110.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 104.

¹⁵⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 283, jan./jun. 2010.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del Derecho Penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 8.

metodológica significativa, qual seja, a formação de um vínculo entre a teoria do delito e a teoria da pena¹⁶⁰, o que acontece no momento da responsabilidade. O grau de responsabilidade torna-se, portanto, o âmbito em que a Política Criminal referida ao agente penetra diretamente na dogmática do Direito Penal ¹⁶¹.

Na busca pela superação da ideia fundante do “poder atuar de outro modo” ¹⁶², Roxin aceitou a indemonstrabilidade do livre-arbítrio e passou a redefinir a culpabilidade em face das demais categorias do delito¹⁶³, harmonizando-a aos fins da pena. Tangerino anota que o esforço de Roxin pretenderia reunir em um só pensamento deterministas e indeterministas, agnósticos e pios, já que tal construção contemplaria todas as correntes existentes quanto à culpabilidade ¹⁶⁴.

Embora seja uma proposta respeitável pela coerência e solidez de seus argumentos, ela não é isenta de críticas, uma vez que se percebe que a necessidade preventiva da pena não ofereceria, em realidade, um melhor critério para a limitação da pena, já que a necessidade da pena seria fenômeno cientificamente incerto, o que debilitaria a culpabilidade enquanto garantia individual ante a pretensão punitiva estatal¹⁶⁵.

Tangerino identifica uma segunda variação, cujo maior expoente é Günther Jakobs, a partir da vinculação pura da pena à ideia de prevenção, o que repercute na culpabilidade¹⁶⁶.

Baseado em seu funcionalismo sistêmico (também chamado de radical ou extremado), que se funda na estabilização de conflitos sociais através do resgate da confiança normativa, violada pela infração penal, a culpabilidade passa a corresponder a uma *infidelidade ao Direito*, conceito determinado normativamente¹⁶⁷.

Segundo Jakobs, do ponto de vista específico do Direito Penal, apenas existe a expectativa de que não haja culpabilidade, o que, formulado de forma positiva, significa existir a expectativa de uma *fidelidade suficiente ao direito* ou, respectivamente, que apenas

¹⁶⁰ _____. **Derecho penal:** parte general, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 793.

¹⁶¹ _____. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.** Madrid: Reus, 1981, p. 72.

¹⁶² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 541.

¹⁶³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 467-468

¹⁶⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. **Ciências Penais:** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 284, jan./jun. 2010.

existe um *dever de prestar uma fidelidade suficiente ao direito*¹⁶⁸. Portanto, com a medida da culpabilidade não se mediria um sujeito, mas sim uma pessoa cujo papel consistiria em respeitar o Direito¹⁶⁹.

Percebe Paulo César Busato que se trata de uma proposição dogmática que abandona completamente a dimensão humana, reconhecendo a culpa e submetendo o homem ao império do paradigma normativo¹⁷⁰; por isso o autor critica esta construção por ela partir do falso pressuposto de igualdade de todos perante a norma, desconhecendo a real desigualdade entre os homens¹⁷¹.

Bitencourt entende que essa funcionalização extremada proposta por Jakobs promove um esvaziamento do conceito material de culpabilidade, com a retirada de referentes valorativos tangíveis e estáveis, apresentando como principal aspecto negativo a excessiva formalização do conceito de culpabilidade, o que abriria as portas do Direito Penal à instrumentalização do indivíduo em função de expectativas sociais difíceis de controlar e limitar a partir de critérios racionais¹⁷².

Tangerino também apresenta uma terceira linha contemporânea, capitaneada por Muñoz Conde, que, buscando uma alternativa ao “poder agir de outro modo”, se baseou na *capacidade de reação diante de exigências normativas*. Ou seja, o conteúdo material da culpabilidade adviria da relação entre o indivíduo e a norma penal, em virtude da qual o comando normativo penetraria na sua consciência e poderia ser determinante de seu comportamento, fazendo da culpa a última fase de um processo de motivação e socialização, que começaria desde a educação familiar e se estabeleceria ao longo da vida por meio da introjeção das demandas sociais¹⁷³. É esta “motivação”, esta capacidade para reagir frente às exigências normativas, que Muñoz Conde considera a faculdade humana fundamental que, unida a outras (inteligência, afetividade, etc.), permite a atribuição de uma ação a um sujeito, e, em consequência, a exigência de responsabilidade pela ação por ele praticada¹⁷⁴.

¹⁶⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sanchez. 1ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2000, p. 63-64.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 65.

¹⁷⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 545.

¹⁷¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 546.

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 469.

¹⁷³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110-111.

¹⁷⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 130-131.

Bitencourt entende que, sob essa perspectiva, a motivabilidade não se presumiria de um standard generalizado de comportamento, mas em função das condições de participação do indivíduo na vida em sociedade; dever-se-ia levar em consideração as circunstâncias sob as quais realizou o injusto, uma vez que, a partir do Estado Social e Democrático de Direito, não se objetivaria punir aqueles que não podem participar em condições de igualdade na configuração da vida social, devendo-se antes promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos nos quais se integra sejam reais e efetivas ¹⁷⁵.

Muñoz Conde conclui ainda que na estrutura do Direito Penal nos Estados Democráticos, a culpabilidade deve ser o final de um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e em que medida se deve recorrer a uma forma de intervenção tão grave quanto a pena, não devendo ser utilizada como meio para atingimento de determinadas metas político-criminais; dessa forma, não apenas a culpabilidade, mas todas as demais categorias da teoria geral do delito devem servir para realizar esta tarefa limitativa do Direito Penal ¹⁷⁶.

1.4.2 A existência de uma culpabilidade do adolescente e seus principais contornos na dogmática penal juvenil predominante

1.4.2.1 A culpabilidade do adolescente na doutrina nacional

Feito o breve panorama do desenvolvimento da culpabilidade no Direito Penal comum, cumpre delinear o respectivo quadro teórico no que concerne ao Direito Penal Juvenil. Preliminarmente, importa destacar que o ato infracional será analisado, ressalvadas necessárias peculiaridades do Direito Penal Juvenil, com o mesmo instrumental teórico proveniente da teoria do delito no Direito Penal comum ¹⁷⁷.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 470.

¹⁷⁶ CONDE, Francisco Muñoz. Introducción. In: ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1981, p. 27.

¹⁷⁷ Isso porque o Estatuto englobou em uma só expressão – “ato infracional” – a prática de crime e contravenção penal por criança e adolescente (LIBERATI, Wilson Donizetti. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111). Assim, o ato infracional parte da mesma seleção de condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, uma vez que contrariam a ordem jurídica, afetando bens jurídicos determinados em sentido estrito (SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 87).

Válter Ishida constrói o seguinte raciocínio: sendo o adolescente autor de ato infracional inimputável perante o Direito Penal, à lei menorista seria aplicável o conceito de crime como fato típico e antijurídico¹⁷⁸, já que se não preencheria o requisito da culpabilidade (inimputabilidade), pressuposto de aplicação da pena¹⁷⁹. A imputabilidade penal se iniciaria somente aos 18 anos, aplicando-se ao adolescente a presunção absoluta da incapacidade de entender e determinar-se, adotando-se o critério biológico¹⁸⁰. Não obstante, sustenta Ishida que, com a ocorrência de excludentes de tipicidade, antijuridicidade e de culpabilidade, não se permite a aplicação de medidas socioeducativas¹⁸¹.

Rossato, Lépure e Cunha esposam o entendimento de que a caracterização do ato infracional não se bastaria apenas com a constatação da conduta típica e antijurídica, sendo necessário que os agentes somente respondam pelos atos que praticaram na medida de suas culpabilidades¹⁸².

Fuller, Dezem e Martins defendem que o ato infracional, para além de requerer a demonstração da conduta típica, depende ainda da ilicitude do fato e da reprovabilidade do adolescente, que ora denominam culpabilidade juvenil, que dispensaria a imputabilidade por idade¹⁸³. Esta imposição seria um desdobramento da regra da Diretriz de Riad nº 54, que obriga a que não seja delito e nem seja punido o ato cometido por adolescente quando não o for em relação a um adulto¹⁸⁴. Os elementos da culpabilidade seriam aplicáveis ao adolescente, com a ressalva de que, na hipótese de inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não seria aplicável medida socioeducativa

¹⁷⁸ Na linha do entendimento de Ariel Dotti (DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 335-339) e de Damásio de Jesus (JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 7 e 501), que sustentam ser a culpabilidade não um elemento ou requisito do delito, mas um pressuposto da pena.

¹⁷⁹ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 254.

¹⁸⁰ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 254.

¹⁸¹ *Idem*, p. 255.

¹⁸² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296.

¹⁸³ FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. **Estatuto da criança e do adolescente**. Difusos e coletivos. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 92-93.

¹⁸⁴ Diretrizes de Riad, 54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem (tradução nossa).

(tampouco medida de segurança), mas apenas medida de proteção consistente em tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial¹⁸⁵.

Morais da Rosa, de forma crítica, sustenta que seria impossível a configuração do ato infracional como conduta típica, antijurídica e culpável tal qual sustentaria a doutrina dominante do Direito Penal, pois culpabilidade e responsabilidade não seriam sinônimos¹⁸⁶, sendo a última a sujeição à sanção como consequência da conduta, que no caso infracional seria diferenciada¹⁸⁷. A responsabilidade infracional, na visão do autor, deve se dar conta de que excluir a imputabilidade (penal) não pode gerar uma responsabilidade objetiva, devendo-se apurar, caso a caso e no limite do possível, a “vontade do agente”, buscando-se a culpabilidade infracional em face da responsabilidade pelo ato – e não pelo agente¹⁸⁸.

João Batista Costa Saraiva aduz que, uma vez que o ato infracional é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, exige-se a observância dos elementos da infração penal, notadamente a conduta típica, antijurídica e culpável¹⁸⁹. Para o adolescente sofrer a ação estatal visando a sua socioeducação haverá de esta conduta ser reprovável¹⁹⁰.

Prossegue Costa Saraiva afirmando a necessidade de ser dada uma dimensão adequada à condição de sujeito de direitos em peculiar condição de desenvolvimento ostentada pelo adolescente, revendo no conceito de culpabilidade a extensão de seu elemento biológico, de imputabilidade penal, até porque nosso sistema inadmite a responsabilidade objetiva de crianças e adolescentes pela prática de um fato definido como crime – se o mesmo fato redundava em isenção de pena para um adulto, não faria sentido redundar em medida socioeducativa para o adolescente¹⁹¹.

Sérgio Salomão Shecaira percebe que o fato de a Constituição repetir, em seu art. 228, o que o legislador ordinário já fizera no art. 27, CP, dispondo acerca da inimputabilidade penal etária aos menores de 18 anos, teria arrefecido a doutrina penal no tema, que raramente

¹⁸⁵ FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. *Op. cit.*, p. 92-94.

¹⁸⁶ ROSA, Alexandre Morais da., LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 239-240.

¹⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da., LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 242.

¹⁸⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 78-79.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 79.

¹⁹¹ *Idem*, p. 80-81.

teceria comentários sobre a culpabilidade dos adolescentes, inibindo-se a discussão sobre a responsabilidade dos atos praticados por estes menores de idade¹⁹².

Shecaira nota ainda que, antes da legislação atual, o sistema guardava uma harmonia intrínseca, já que a inimputabilidade penal de adolescentes (e, por conseguinte, o defendido afastamento do direito menorista do direito penal) compatibilizava-se com o ideal tutelar em voga. Porém, com a Constituição de 1988, com a promoção do “menor” a sujeito de suas ações, considerando-se crianças ou adolescentes, promoveu-se uma substancial alteração doutrinária que, na visão do autor ainda não aconteceu plenamente¹⁹³.

Apesar do aparente paradoxo de que a responsabilização do adolescente seja sustentada exatamente com base no instrumental do Direito Penal (quando é ele mesmo que nega imputabilidade no caso), Shecaira entende que, sem este instrumental, a atribuição de responsabilidade ao autor de ato infracional restaria debilitada, ainda mais porque adolescentes são sujeitos especialmente protegidos pela Constituição. O que se deve levar em conta é que, pela imposição constitucional de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as peculiaridades da personalidade juvenil devem ser consideradas para a correta aplicação das noções de potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de atuação conforme o direito¹⁹⁴. Por fim, sobre o juízo de imputabilidade, prefere Shecaira o considerar não como um pressuposto da culpabilidade, nem como obstáculo à culpabilidade, mas sim um *dado distintivo da pessoa humana*, constituindo um pressuposto da ação, decorrência de uma opção valorativa¹⁹⁵.

Para Karyna Sposato, no Direito Penal Juvenil, a culpabilidade e a responsabilidade representam que as medidas socioeducativas devem ter como pressuposto o agir infracional do adolescente, que há de ser um agir típico, antijurídico e culpável e, como no Direito Penal comum, não pode haver sanção sem prévia demonstração de culpabilidade¹⁹⁶. O princípio da culpabilidade deve valer também para a imposição as medidas socioeducativas¹⁹⁷.

¹⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

¹⁹³ *Idem, ibidem*.

¹⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 159-160.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 158-159.

¹⁹⁶ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, 2011, p. 102.

¹⁹⁷ _____. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 104.

Em sua mais recente obra, Sposato aprofunda o estudo da culpabilidade no Direito Penal Juvenil brasileiro, e aduz que a ausência do estudo de uma culpabilidade específica a ser reconhecida para os menores de idade permite que a intervenção siga marcada por imensa arbitrariedade e insegurança jurídica. Ademais, o tratamento a situações díspares de forma generalizada tem favorecido a percepção (errônea) na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves e sem solução¹⁹⁸.

Na visão da professora, a rejeição da periculosidade como fundamento ou limite da pena, nos Estados democráticos de Direito, entra em contradição com a imposição de sanções preponderantemente preventivas fundadas no caráter fluido do estado perigoso, como ocorre com os menores de 18 anos. A exigência democrática de que a culpa pelo ato concreto deva ser a base sobre a qual incidam a qualidade e quantidade da sanção, seria estranhamente afastada da imposição de medidas coercitivas e sancionatórias aos adolescentes autores de infração penal¹⁹⁹.

Aplicada à responsabilidade penal dos adolescentes, a análise da culpabilidade se revestiria de dupla faceta: reconhece o adolescente como ser humano titular de direitos fundamentais e confere um fundamento à imposição das medidas socioeducativas, limitando o poder punitivo e as chamadas funções preventivas de tais sanções²⁰⁰.

Sposato entende que, embora a responsabilidade penal dos adolescentes tenha assento nos mesmos pressupostos da responsabilidade penal dos adultos, em razão da idade e da condição peculiar de desenvolvimento, a responsabilidade dos primeiros deve ter um caráter especial, sobretudo pela intensificação dos aspectos educativos de sua intervenção²⁰¹.

Neste norte, ao se dedicar à categoria da imputabilidade, Sposato sustenta que, se a imputabilidade do menor de idade não é completa, trata-se uma imputabilidade *sui generis*; não meramente uma imputabilidade diminuída (independentemente de que seja também possível apreciar no adolescente outra causa de inimputabilidade completa ou incompleta), destacando-se que este elemento dogmático possui uma série de fatores condicionantes, que influem sobre a capacidade de entender e querer, e por isso, seria possível afirmar que na imputabilidade concorreriam fatores de ordem biológica, psicológica, e inclusive sociológica,

¹⁹⁸ _____. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, 2011, p. 84.

¹⁹⁹ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, 2011, p. 140-141.

²⁰⁰ *Idem*, p. 162.

²⁰¹ *Idem*, p. 163.

uma vez que contribuiriam para conformar a capacidade intelectual e volitiva necessária para ser imputável²⁰². Reafirmando este posicionamento, Sposato leciona:

Importante destacar que a inimputabilidade penal etária não exclui dos adolescentes tais capacidades, mas tão somente funciona como fundamento para um sistema específico de responsabilidade penal que combina razões de caráter psicopedagógico com critérios de imputabilidade e de prevenção especial de finalidade predominantemente educativa. Portanto, a diferença da reação penal para os menores de idade em relação aos adultos é de natureza qualitativa e não unicamente quantitativa. Se assim o fosse, a inimputabilidade penal etária se aproximaria da semimputabilidade, que dá margem a uma redução da pena originalmente imposta ao adulto imputável. Em definitivo, não é este o caso; o adolescente possui sua imputabilidade *sui generis* o que o faz titular de uma resposta penal diferenciada do adulto, quantitativa e qualitativamente²⁰³.

Em suma, considerando que a medida socioeducativa possui natureza penal, que o ato infracional não difere em substância de um crime ou contravenção penal, e que esta imputabilidade *sui generis* do adolescente não seria óbice à verificação dos demais elementos que compõem a estrutura da culpabilidade, Sposato conclui no sentido da existência de uma culpabilidade especial para os adolescentes e que responde, em última análise, à ideia de que, se o adolescente é sujeito de direitos, dele não pode ser subtraído o direito fundamental de ser responsável pelos seus atos²⁰⁴.

1.4.2.2 Contribuições estrangeiras para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil

Este é o quadro doutrinário geral em matéria de culpabilidade que recebe maior repercussão no Direito Penal Juvenil brasileiro. De forma complementar, passa-se a algumas lições de doutrina estrangeira na matéria que, guardando pertinência ao nosso contexto normativo e realidade empírica, possam contribuir significativamente para o estudo da categoria conceitual em análise.

Estudando a imputabilidade do menor de idade, Bustos Ramírez já sustentava ser a fórmula tradicional de inimputabilidade como falta de capacidade de conhecer o injusto ou

²⁰² *Idem*, p. 164.

²⁰³ *Idem*, p. 165.

²⁰⁴ SPOSATO, Karyna Batista, **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, 2011, p. 206-208.

falta de capacidade de atuar em consequência com o conhecimento do injusto não lhe poderia ser aplicável, pois seria uma ficção e negaria sua realidade²⁰⁵.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, a inimputabilidade dos jovens deve partir do pressuposto de que se trata de pessoas que gozam do reconhecimento da dignidade de tal e de todos os direitos que lhes são inerentes ²⁰⁶. Além disso, em um segundo nível, o juízo de inimputabilidade impõe que se reconheça ao jovem uma capacidade de resposta combinada pela satisfação de suas necessidades, devido a sua especial situação dentro do sistema social; assim, sancioná-lo pelo seu feito injusto (delito), conforme as garantias correspondentes, resulta indispensável, não havendo que se falar em “irresponsabilidade” do jovem ²⁰⁷.

Encerra Ramírez com o seguinte apontamento:

A inimputabilidade do jovem não impede sua responsabilidade nem que se lhe aplique um Direito Penal. Por isso mesmo não se aplicam todas as garantias do Direito Penal em geral, além de seu aprofundamento em virtude da situação especial em que se encontra o jovem frente ao Estado²⁰⁸.

Alessandro Baratta, analisando a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o ECA, sustentava ser a responsabilidade ali consagrada uma responsabilidade penal, ainda que atenuada em relação a dos adultos, mas de mesma natureza, e isso porque em ambos os casos se está diante de uma resposta à realização culpável de uma figura delitiva e de uma restrição de direitos, uma sanção negativa²⁰⁹.

Se se trata de responsabilidade penal, ainda que atenuada, não se deve respeitar todos os filtros previstos pelo Direito Penal de adultos para a atribuição de responsabilidade penal a uma determinada pessoa. Os filtros seriam quatro²¹⁰:

(a) Prova da realização do delito;

²⁰⁵ RAMÍREZ, Juan Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Disponível em: <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>, Acesso em 11 maio 2016, p. 5.

²⁰⁶ *Idem*, p. 6.

²⁰⁷ *Idem*, p. 7.

²⁰⁸ RAMÍREZ, Juan Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Disponível em: <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>, Acesso em 11 maio 2016, p. 8.

²⁰⁹ BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. **Capítulo Criminológico**: Revista de las Disciplinas del Control Social, Maracaibo, v. 23, 1-2, p. 9-10, jan./dez. 1995.

²¹⁰ *Idem*, p. 10.

(b) A realização do delito deve ser contrária à lei, ou seja, a conduta deve ser típica e antijurídica;

(c) O adolescente, da mesma forma que o adulto, para que se lhe possa atribuir aquela responsabilidade penal atenuada, deve ter aquela “*capacidade de culpabilidade*”, ou seja, a capacidade de querer e entender a ação que está levando adiante, conhecendo a antijuridicidade;

(d) O comportamento deve ser culpável, não sendo suficiente a mera constatação da capacidade de entender e querer. Isso significa duas coisas: em primeiro lugar, o adolescente deve estar em posse de opções de comportamento razoáveis e, em segundo lugar, deve haver uma exigibilidade social do comportamento conforme a lei. Os requisitos que exigem estes dois critérios podem e devem ter características distintas das do adulto, *podendo ser mais generosas para o adolescente*. Mas não pode haver uma atribuição de responsabilidade penal sem este quarto filtro.

Baratta afirmava que apenas reconhecendo a natureza restritiva de direitos das medidas aplicadas aos adolescentes é que seria possível assegurar, no processo e na execução das medidas, todas as garantias necessárias, que não devem ser menores, senão maiores do que as de que goza o infrator adulto²¹¹.

Ademais, haveria confusão no uso dos termos “imputabilidade” e “inimputabilidade” para designar situações distintas, de um lado, a capacidade de responsabilidade penal, e de outro, a capacidade de culpabilidade. Baratta propunha, diante disso, que o termo imputabilidade deveria ser reservado para a primeira acepção, e os termos “capacidade de culpabilidade” ou “capacidade de entender e querer” para a segunda²¹². Assim, as normas em questão estariam se referindo à forma de responsabilidade, uma vez que não faria sentido se fossem interpretadas como uma presunção absoluta de incapacidade de entender e querer; seriam, isto sim, uma regulação da capacidade de responsabilidade penal em geral, isto é, da possibilidade de ser sujeito de sanções negativas previstas para diferentes estratos de idade ou não ser sujeito de qualquer sanção negativa²¹³.

²¹¹ BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A proposito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. **Capítulo Criminológico: Revista de las Disciplinas del Control Social**, Maracaibo, v. 23, 1-2, p. 12, jan./dez. 1995.

²¹² *Idem*, p. 13.

²¹³ *Idem, ibidem*.

Eduardo Pesce Lavaggi, escrevendo sobre o Projeto de Código da Infância e Adolescência uruguaio (hoje, Lei 17.823/04), estuda a conveniência ou inconveniência da adoção da culpabilidade, em um sentido normativo, no Direito Penal Juvenil²¹⁴.

Lavaggi parte do conceito de culpabilidade normativa pura para posteriormente analisar as mais modernas enunciações da culpabilidade que poderiam se derivar do mesmo. Apesar de entender que a teoria normativa pura cumpre uma função limitativa do poder punitivo estatal, uma vez que só se castiga a comissão do injusto quando era exigível do sujeito a atuação de acordo com a norma, tratar-se-ia de uma concepção criticável pelo seu conteúdo eticizante, que acaba reprovando a má consciência individual²¹⁵.

Por essa crítica, Lavaggi passa a trabalhar o que chama de “moderna formulação da culpabilidade normativa” (“culpabilidade social”), que, acolhida em especial por autores hispano-americanos, e partindo de uma matriz normativa, admite a incidência de fatores socioculturais por meio do juízo de exigibilidade²¹⁶. Dialogando com Zaffaroni, Bustos Ramírez, Muñoz Conde e Gonzálo Fernandez, Lavaggi defende a penetração destes fatores socioculturais e de realidade social na culpabilidade, admitindo se tratar de culpabilidade de autor, mas com sinal negativo, em uma perspectiva redutora de poder punitivo²¹⁷.

Entendendo haver no Direito Penal uruguaio a abertura normativa necessária para uma concepção social de culpabilidade, Lavaggi passa a analisar a possibilidade de se sustentar uma perspectiva semelhante para o Direito Penal Juvenil²¹⁸.

Partindo da análise do juízo de imputabilidade, percebe Lavaggi, na esteira do pensamento de Bustos Ramírez, que considera a imputabilidade como uma incapacidade de conhecer a ilicitude e atuar conforme a este conhecimento carregaria em si a tendência de desconhecer o caráter de pessoa do adolescente, isto é, um ser autônomo dotado de direitos e obrigações, reforçando sua estigmatização, tornando-o dependente do Estado, o que iria à contramão do respeito a sua dignidade²¹⁹.

²¹⁴ PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. **Revista de Ciencias Penales: Montevideo**, Montevideo, v. 4, p. 362, 1998.

²¹⁵ *Idem*, p. 363-364.

²¹⁶ PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. **Revista de Ciencias Penales: Montevideo**, Montevideo, v. 4, p. 364, 1998.

²¹⁷ *Idem*, p. 364-366.

²¹⁸ *Idem*, p. 367-368.

²¹⁹ *Idem*, p. 368.

Considerando as críticas a essa visão, a inimputabilidade adquire outra dimensão, uma vez que a dignidade do adolescente como pessoa implica sua consideração como sujeito responsável, mas com um diverso nível de responsabilidade, imposto por razões de política criminal, o que se pauta com um diverso nível de exigibilidade; ademais, uma vez que o Direito Penal comum foi configurado a respeito de uma resposta a atos praticados por maiores e não menores, por essa razão este não seria aplicável aos menores de idade, sendo, em vista disso, inimputáveis²²⁰.

Com estas considerações, Lavaggi entende que o conceito de culpabilidade para o Direito Penal Juvenil deve partir do princípio da exigibilidade, não bastando a consciência do injusto ou da conduta, tomando-se em conta as particulares circunstâncias do menor de idade que realiza o injusto típico. Não seria possível a aplicação de uma medida mais gravosa do que indica o grau de culpabilidade, mas sim, poderá ser aplicada medida menos gravosa, ou até mesmo se prescindir da aplicação de medidas, se assim o indicar o melhor interesse do adolescente considerado como sujeito responsável. Esta seria a única forma de adequada de tratamento para um sujeito de direitos que não chegou a sua maturidade e que se pretende que amadureça integrado na sociedade em que vive. E a única forma de se mitigar as consequências da incidência nociva e devastadora do sistema penal sobre a infância²²¹.

Por isso, se aos adultos Lavaggi defende a possibilidade de aplicação de uma culpabilidade social, com maior razão entende que a consideração de fatores socioculturais também seria exigida para a análise da culpabilidade do adolescente, imposição esta que seria também oriunda da própria Convenção Internacional dos Direitos da Criança. A culpabilidade do adolescente seria sempre analisada de forma *relacional*, orientada ao respeito e proteção de seus direitos, e não a uma pretendida ótica de “defesa social”, não havendo lugar neste sistema para uma ideia de “periculosidade”²²².

Carlos Uriarte, que segue, em linhas gerais, os mesmos caminhos que Lavaggi, mas reforçando a ideia de *alteridade* no Direito Penal²²³, anota que, em consonância com o

²²⁰ *Idem*, p. 369.

²²¹ PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. **Revista de Ciencias Penales: Montevideo**, Montevideo, v. 4, p. 369, 1998.

²²² *Idem*, p. 369-370.

²²³ Em uma bela passagem, nas palavras do autor: “si el otro no puede optar (no le concedemos campos de opciones), se nos queda en el mundo de las cosas (lo cosificamos). En realidad, porque yo opto el otro opta; o soy porque el otro es, y viceversa. Opción sin alteridad de opción es opción de nada (...) Dignidad es, pues, mi opción, la opción del otro y la posibilidad de su recíproca percepción y realización” (URIARTE, Carlos E. Culpabilidad y Derecho Penal Juvenil. **Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitaria**, Montevideo, n. 15, p.54, out. 2005).

princípio da autonomia progressiva, consagrado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança ²²⁴, o jovem deixa de ser um incapaz (que significava basicamente *não ser algo*) e passa a *ser algo em si*, isto é, um ser com capacidade em desenvolvimento, de acordo a sua peculiar situação vital. Consequentemente, o adolescente se posiciona ante o sistema penal (poder punitivo exercido pelos adultos) como um sujeito de direitos e necessidades, com maiores possibilidades de se colocar como ativo, autônomo e responsável²²⁵.

O autor anota ainda que todos os direitos que o Direito Penal Juvenil consagra cumprem a função de limitar e conter o exercício de poder punitivo do mundo adulto, com a exigência fundamental de não servirem de obstáculo aos processos de realização pessoal do jovem²²⁶.

Neste norte, um adolescente que viva um processo vital de crescente autonomia pessoal torna-se capaz e por isso pode apreciar o caráter ilícito do ato ou determinar-se segundo sua apreciação, devendo o adolescente ser concebido como um sujeito responsável, com capacidade e direito a optar ou, pelo menos, a motivar-se pela norma²²⁷.

Uriarte defende então que, no Direito Penal Juvenil, a culpabilidade deve funcionar como um limite ao exercício de poder punitivo; como limite, formula-se como reprovabilidade, que pressupõe: capacidade (conceituada como autonomia progressiva e com limite da idade mínima), possibilidade de conhecer a antijuridicidade e inexigibilidade de conduta diversa. Todos estes elementos devem ser pensados em termos gradativos, ajustáveis ao caso concreto, até porque a reprovabilidade é, por definição, graduável e permeia os aspectos que a integram²²⁸.

Há de se acrescentar importantes contribuições do Direito Penal Juvenil chileno. A partir da Lei 20.084, publicada em 2005, com vigência em 2007, substituindo o modelo

²²⁴ Entende-se o *princípio da autonomia progressiva* como o princípio que orienta ao reconhecimento progressivo da capacidade de autodeterminação do sujeito adolescente; entendê-lo como capaz de tomar decisões de fazer escolhas adequadas a cada etapa da vida que esteja atravessando. Este princípio encontra fundamentos na doutrina da proteção integral, isto é, na responsabilidade dos adultos, através do Estado, da sociedade e da família, de garantirem condições para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes; e na própria dignidade da pessoa humana, pela compreensão do sujeito como capaz de fazer escolhas, de participar dos processos sociais como protagonista, conviver em família e contribuir com sua individualidade em meio à coletividade, de forma cidadã (COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 210-212).

²²⁵ URIARTE, Carlos E. *Op.cit.*, p.77.

²²⁶ URIARTE, Carlos E. Culpabilidad y Derecho Penal Juvenil. **Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitária**, Montevideo, n. 15, p.77, out. 2005.

²²⁷ *Idem*, p. 78.

²²⁸ *Idem*, p. 79-80.

tutelar anteriormente estabelecido pela Lei 16.618/1967, o Chile passou a adotar um modelo de responsabilidade em virtude do qual jovens entre 14 e 17 anos são considerados sujeitos de direito responsáveis por seus atos, mas sob um regime especial que reconhece que, entretanto, ainda não terminaram seu processo de amadurecimento ²²⁹. A lei chilena, nesse sentido, estabeleceu um sistema diferenciado de tratamento para os adolescentes, no que concerne ao sistema de penas, sem, contudo, abordar tratar explicitamente do conjunto de pressupostos da responsabilidade penal e, ao mesmo tempo, das causas de isenção da mesma, no que se poderia denominar a “teoria do delito do Direito Penal de adolescentes” ²³⁰. Assim, Hernández Basualto sustenta que, tanto nas categorias que dizem respeito ao injusto (tipicidade, antijuridicidade), como nas restantes categorias relativas ao exame de culpabilidade, deve-se, por imperativo de proporcionalidade e igualdade, se fazer adequações necessárias para se assegurar um tratamento penal justo para os adolescentes²³¹.

No que tange à culpabilidade, Basualto verifica que a inimputabilidade por enfermidade mental relativa a adolescentes deve sofrer uma profunda revisão, diante da singularidade deste estado quando se apresenta em um indivíduo adolescente: sua imaturidade, sua labilidade, sua relativa falta de estabilidade emocional e, conseqüentemente, a possibilidade de reações irracionais próprias de uma etapa de vida de transição obriga a que se atribua um peso consideravelmente maior a alterações mentais que, tratando-se de adultos, não pareceriam tão significativas²³².

Sobre a exigibilidade de conduta diversa, Basualto, após analisar situações peculiares do Direito Penal chileno (“força ou medo irresistível”, excesso em legítima defesa – que, no Brasil, seria causa supralegal de inexigibilidade), conclui que ela deve estabelecer-se ao menos a partir da ideia de um “adolescente médio”, que, precisamente em razão de seu menor desenvolvimento e maturidade, possui em geral um potencial menor de exigibilidade, o que a aplicação do Direito Penal de adolescentes não poderia desconhecer neste aspecto²³³.

Em matéria de erro de proibição, o autor chileno acrescenta a consideração do componente etário para sustentar que

²²⁹ LANGER, Máximo; LILLO, Ricardo, “Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate”. *Política criminal*, Vol. 9, Nº 18 (Diciembre 2014), Art. 13, p.715-717.

²³⁰ BASUALTO, Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. *Revista de Derecho*, Vol. XX, nº 2, p. 198, Dez. 2007.

²³¹ BASUALTO, Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. *Revista de Derecho*, Vol. XX, nº 2, p. 201, Dez. 2007.

²³² *Idem*, p. 208.

²³³ *Idem*, p. 212.

Na medida em que a capacidade de internalização de normas em geral, e das normas jurídico-penais em particular está fortemente condicionada pelos avanços do processo de socialização e, em última análise, pelo desenvolvimento do sujeito, não se pode duvidar enquanto a que a exigibilidade de conhecimento do injusto é genericamente menor tratando-se de adolescentes, ou, em outros termos, que a invencibilidade do erro de proibição é maior a respeito deste grupo²³⁴.

Esta modalidade de erro, na leitura de Basualto, guardaria certa semelhança com o conceito de “erro de compreensão”, desenvolvido por Zaffaroni, para um erro fundado em uma diversa compreensão da realidade condicionada culturalmente²³⁵.

Jaime Couso, por sua vez, elencando as principais afirmações empíricas da Psicologia do desenvolvimento e da Criminologia sobre a diferente situação em que se encontra o adolescente em comparação ao maior de idade, busca sistematizar standards especiais de julgamento para o Direito Penal de adolescentes, deduzidos dos princípios básicos estabelecidos pelos instrumentos internacionais de Direitos Humanos²³⁶. Seguindo o caminho proposto pelo autor, as afirmações da Psicologia são as seguintes²³⁷:

- (a) Os adolescentes tem menor capacidade cognitiva para raciocinar e entender;
- (b) Os adolescentes possuem menor capacidade de juízo e autocontrole;
- (c) Os adolescentes possuem maior sensibilidade à pena e vulnerabilidade frente aos efeitos prejudiciais do cárcere;

As afirmações desde a Criminologia empírica, a seu turno, são²³⁸:

- (a) Normalidade, caráter episódico e remissão espontânea da maior parte da criminalidade de crianças e adolescentes;
- (b) Risco criminógeno da reação penal formal frente às primeiras manifestações de criminalidade adolescente (ou seja, a reação formal das instituições de controle social penal, ao invés de conter, traz o risco de incrementar e reproduzir a delinquência juvenil);

²³⁴ *Idem*, p. 213.

²³⁵ *Idem*, p. 213.

²³⁶ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 271.

²³⁷ *Idem*, p. 276-280.

²³⁸ *Idem*, p. 281- 284.

- (c) Efeito dessocializador e criminógeno das penas privativas de liberdade de adolescentes;
- (d) Maior eficácia preventivo-especial de intervenções especializadas, multidimensionais e breves, fora do âmbito da justiça, com compromisso ativo do adolescente.

Com estas considerações, Jaime Couso sustenta que, em matéria de responsabilidade penal especial, a categoria mais sensível a modificações é a culpabilidade, que, em adolescentes, deve ser menor, em razão de suas diferenças físicas, psicológicas e emocionais²³⁹. De fato, o autor chileno verifica que a ideia de uma culpabilidade diminuída é amplamente aceita no direito comparado, até mesmo em tradições de “common law”, ao se vedar ou limitar a imposição de penas graves a adolescentes²⁴⁰.

Aprofundando a ideia de uma culpabilidade privilegiada, Jaime Couso analisa as exigências de julgamento diferenciado dos adolescentes em relação aos diversos elementos da categoria sistemática da culpabilidade. Ele inicia colocando em questão a possibilidade de se o princípio da culpabilidade não exigiria oferecer ao adolescente, maior da idade mínima de responsabilização, sequer a possibilidade de demonstrar que, apesar de ser cronologicamente adolescente, não contaria com a maturidade necessária para responder como um imputável²⁴¹. A doutrina se divide: enquanto alguns autores entendem que a deficiência no processo de

²³⁹ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 288. O autor se espelha na Observação Geral 10, parágrafo 10, do Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas: “10. In all decisions taken within the context of the administration of juvenile justice, the best interests of the child should be a primary consideration. Children differ from adults in their physical and psychological development, and their emotional and educational needs. **Such differences constitute the basis for the lesser culpability of children in conflict with the law** (grifo nosso). These and other differences are the reasons for a separate juvenile justice system and require a different treatment for children. The protection of the best interests of the child means, for instance, that the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders. This can be done in concert with attention to effective public safety.”

²⁴⁰ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre). O autor faz menção, em especial, ao acolhimento progressivo desta ideia pela Suprema Corte americana, que rechaçou a imposição de pena de morte a menores de 18 anos, e de pena perpétua a estes sujeitos, por delitos que não sejam de homicídio, partindo das diferenças psicológicas e de experiência entre adolescentes e adultos, das quais se depreende a menor culpabilidade dos primeiros (*Idem*, p. 297-298).

²⁴¹ *Idem*, p. 303. Note-se que, apesar da semelhança, esta sugestão não se confundiria com o velho critério do discernimento, porque este é um elemento que, sendo verificado, redundaria em responsabilização. Possibilitar uma demonstração de inimputabilidade por imaturidade pelo adolescente, a seu turno, teria consequência oposta, não redundando em responsabilização penal diferenciada.

amadurecimento poderia ser avaliada no marco da exigibilidade de conduta diversa, outros pugnam pela aplicação da inimputabilidade por anomalia psíquica²⁴².

Prosseguindo, ainda na inimputabilidade, sustenta-se que privações temporais de razão devem apreciar-se de forma especial em adolescentes, seja declarando seu efeito eximente, seja concedendo-lhes eficácia atenuante, o que é exemplificado pelo autor para casos de inimputabilidade por embriaguez alcoólica, quando se deve considerar que concentrações de álcool insuficientes para afetar a imputabilidade de um adulto, poderiam, sim, ser tomadas em conta para um adolescente²⁴³.

Em relação ao conhecimento da ilicitude, suas exigências devem ser menores do que para os maiores de idade, uma vez que a evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição é condicionada pelos traços característicos do comportamento do menor adolescente (impulsividade, irreflexão, necessidade de experimentação, etc.) e sua particular relação com normas sociais, sobretudo no caso de elementos do tipo que não sejam significativos para as representações dos adolescentes (como os limites de idade nos delitos sexuais) ou no caso de interesses protegidos mais ou menos ambíguos (como no caso de atos obscenos)²⁴⁴.

Por fim, em relação à exigibilidade de conduta diversa, não apenas se sustenta que os adolescentes, por força de suas menores capacidades cognitivas, de juízo e autocontrole, estão em situação de exigibilidade diminuída (diminuindo, assim, a própria culpabilidade), como também que se deve analisar de forma diferenciada todas as exculpantes fundadas na inexigibilidade, examinando situações específicas que afetam mais grave e negativamente a um adolescente do que a um adulto: por exemplo, a influencia ou pressão dos grupos de pares, a participação de um familiar ou adulto no delito em que o adolescente se vê envolvido, e a existência de outras condições familiares e sociais especialmente desfavoráveis²⁴⁵.

Tatiana Vargas Pinto, estudando o sistema de determinação judicial da sanção penal juvenil chilena, verifica a possibilidade haver um possível conflito entre a culpabilidade do

²⁴² COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 304.

²⁴³ *Idem*, p. 305.

²⁴⁴ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 305-306.

²⁴⁵ *Idem*, p. 306.

jovem infrator, que refletiria a ideia de responsabilização, e suas necessidades de reinserção social refletidas na pena designada²⁴⁶.

De qualquer forma, em relação aos fins da pena na determinação judicial, se separam critérios de gravidade do fato e de culpabilidade do agente de aqueles relativos a sua consideração pessoal, ao que a culpabilidade imporá a base de pena em um grau menor que ao do adulto; por sua vez, a prevenção especial guiaria não apenas a precisão do grau de pena, senão especialmente a seleção de sua natureza e quantia exata segundo as características do infrator e as finalidades do sistema²⁴⁷. Contudo, a primazia de fins meramente preventivos especiais traz o risco de impor uma sanção segundo quem seja o menor imputado, o que tenha ou não, ao invés de se considerar o que de fato fez²⁴⁸. Assim, alude a autora ao chamado “neoproporcionalismo”, vinculando-se a determinação da pena com um conceito material de delito, injusto e culpabilidade²⁴⁹.

Esta flexibilidade própria dos sistemas de responsabilidade juvenil importaria reconhecer margens de discricionariedade, mas, na visão da autora, não identificaria com arbitrariedade, explicando-se as opções de pena eleitas segundo os fatores ou critérios contemplados, que não eliminam considerações objetivas²⁵⁰. Sobre uma base determinada por um merecimento reduzido existiria um âmbito de opções que se precisam por fatores preventivo especiais, o que poderia assimilar-se a um “espaço de jogo” limitado pela culpabilidade²⁵¹.

Assim, conclui a autora que, se se entende que a pena se justifica tanto por necessidade como merecimento, ambas devem desempenhar um papel nas distintas fases de determinação da pena, ainda que um possua maior peso do que o outro segundo a etapa que se trate. Dessa forma, na determinação do marco primará a culpabilidade, que ao diminuir-se

²⁴⁶ PINTO, Tatiana Vargas. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXIV (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010), p. 481.

²⁴⁷ *Idem*, p. 489.

²⁴⁸ *Idem*, p. 490.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*.

²⁵⁰ PINTO, Tatiana Vargas. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXIV (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010), p., p. 490.

²⁵¹ *Idem*, p. 492. Sobre isto, na lição de Mario Magariños: “A ‘teoría do espaço de jogo’ é uma teoria elaborada pela jurisprudência alemã, segundo a qual a pena ajustada à culpabilidade compreende um marco determinado entre um máximo e um mínimo, e não é, como propõe a teoria da pena pontual, uma magnitude exata. Existe uma margem de liberdade que se limita, em grau mínimo, pela pena já adequada à culpabilidade, e, em grau máximo, a pena apesar de adequada à culpabilidade. Assim, dito marco constituiria para o juiz um *espaço de jogo* dentro do qual poderia mover-se para graduar a pena com maior precisão, segundo necessidades preventivas.” (MAGARIÑOS, Mario. Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena. In: **Determinación Judicial de la Pena**. Orgs: Claus Roxin, Mary Beloff et al. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 74).

pela condição especial do jovem também incorpora fatores de necessidade; para precisar o grau entram jogo tanto aspectos de gravidade e culpabilidade como de necessidade, ao examinar o desenvolvimento do delito, a participação e as circunstâncias modificadoras de responsabilidade penal²⁵². Nesta determinação da pena juvenil se poderia falar de uma “integração posicional”, que combina critérios de merecimento especial – reduzido – e necessidade de pena na individualização com uma execução que obedece à posição do adolescente, suas condições e necessidades, durante seu cumprimento, em que a consagração daqueles critérios na sentença também servem para a decisão sobre a suspensão ou substituição da medida²⁵³.

Beatriz Cruz Marquez, ao estudar o Direito Penal Juvenil espanhol (edificado a partir da Lei Orgânica 5/2000 com as reformas promovidas pela Lei Orgânica 8/2006), entende que neste ramo, a culpabilidade reflete a dimensão garantista do princípio do interesse superior do adolescente, pois não deixa de ser manifestação das peculiaridades de sua culpabilidade, enquanto um indivíduo que se encontra em uma fase de desenvolvimento da personalidade sumamente delicada e que não dispõe ainda dos mesmos instrumentos que a pessoa adulta para ajustar seu comportamento conforme à norma penal²⁵⁴. A conduta delitativa do adolescente se encontra estreitamente ligada à fase evolutiva em que se encontra, caracterizada pela aquisição de habilidades e afrontamento de estresse e transições complexas, o que justifica uma intervenção diferente da prevista para um adulto diante de um mesmo delito; isso não apenas em termos quantitativos, por uma “menor culpabilidade”, mas principalmente em termos qualitativos, garantindo a continuidade de seu livre desenvolvimento e autônomo como pessoa, mediante o fomento de suas capacidades e interesses e o oferecimento da assistência necessária para que supere ou minimize, material ou psiquicamente, os obstáculos que poderiam colocá-lo em perigo²⁵⁵. É necessário, portanto, quando da determinação e medição de sua culpabilidade, observar as implicações das circunstancias pessoais no processo de aquisição do grau de amadurecimento suficiente, para compreender o caráter injusto do comportamento realizado e para ajustá-lo conforme a dita compreensão²⁵⁶.

²⁵² PINTO, Tatiana Vargas. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXIV (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010), p. 496-497.

²⁵³ *Idem*, p. 499.

²⁵⁴ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente**. **AFDUAM** (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 244.

²⁵⁵ *Idem*, p. 245.

²⁵⁶ *Idem*, p. 246.

Descartando a prevenção especial positiva, e excluindo a prevenção geral negativa e positiva, seja na forma de intimidação como na forma de reforço de vigência da norma, a autora sustenta que, na verdade, a finalidade preventivo-geral do direito penal de menores encontraria seu fundamento na necessidade social de exigir responsabilidade penal ao menor que infringe a norma, apesar de dispor da capacidade de atuar conforme a ela – aqui, proporcionalidade e culpabilidade, como garantias irrenunciáveis em um Estado de Direito, figuram como limites à demanda punitiva manifestada pela sociedade em um momento concreto²⁵⁷. Devem-se considerar em todo caso, com independência da gravidade do fato cometido, as circunstâncias pessoais e familiares do adolescente, assim como seus interesses e habilidades, ao objeto de minimizar os efeitos estigmatizantes da intervenção punitiva e de evitar interferências no desenvolvimento autônomo de sua personalidade, assim como na construção da própria identidade²⁵⁸.

Criticando a legislação espanhola, que impõe internação fechada para a prática de crimes mais graves²⁵⁹, a autora percebe que essa normativa vulnera o interesse superior do adolescente; também se prescinde da valoração das peculiaridades que possa apresentar o menor no aspecto cognitivo e ou volitivo da imputabilidade, como no resto dos elementos que a configuram (conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); aqui estaria o principal erro destas disposições, ou seja, na pretensão de responder a um delito cometido por um adolescente com um esquema de culpabilidade na medida de um adulto, mas rebaixado quantitativamente²⁶⁰.

Tratando especificamente da responsabilidade juvenil, considerando que o Direito Penal Juvenil espanhol importa exatamente as causas de isenção ou extinção da responsabilidade previstas no Direito Penal comum (art. 5.1, Lei Orgânica 5/2000), percebe a autora o protagonismo assumido por cada um dos elementos da culpabilidade, na medida em que esta constitui um juízo de reprovação ao autor da conduta delitativa por não ter acomodado

²⁵⁷ *Idem*, p. 246-247.

²⁵⁸ *Idem*, p. 247.

²⁵⁹ No caso de homicídio, assassinato, agressões sexuais, terrorismo e outros crimes sancionados com pena de prisão igual ou superior a 15 anos, o juiz é obrigado a impor internação fechada, completada com liberdade vigiada, nos termos do art. 10.2, Lei Orgânica 5/2000 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>)

²⁶⁰ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente.** *AFDUAM* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 253.

sua conduta à norma penal apesar de ter podido fazê-lo, além das peculiaridades da fase adolescente provocarem numerosas matizações a respeito ²⁶¹.

Além de constatar a existência de unanimidade em relação à culpabilidade “diminuída” do menor infrator, Cruz Marquez sustenta que isto não reflete em sua totalidade a magnitude das implicações dos câmbios experimentados ao longo da fase adolescente, que acarretam em diferenças qualitativas seja na percepção da norma infringida e suas consequências, como na vivência da intervenção penal ²⁶². Consequentemente, não basta comprovar que o menor dispôs de capacidade para compreender o caráter injusto do fato e para atuar conforme a dita compreensão; a valoração concreta da culpabilidade exige que se analise a dinâmica e a natureza da conduta delitiva à luz das singularidades do processo evolutivo de cada adolescente em particular ²⁶³.

Aprofundando a análise em cada um dos elementos da culpabilidade, a autora verifica que, a partir da psicologia, que constata peculiaridades significativas no comportamento e interação dos menores de idade, sobretudo no que tange à formação de sua personalidade, constatam-se diferenças notáveis, em relação a um adulto, da capacidade de culpabilidade²⁶⁴. Recortando a análise deste elemento em aspectos cognitivos e volitivos, a autora enumera certas hipóteses em que pode faltar o elemento cognitivo da culpabilidade²⁶⁵:

- (a) Socialização deficitária por parte do adolescente, como consequência da incompetência ou falta de interesse daqueles que detenham sua custódia, quando tais deficiências tenham afetado de maneira significativa seu desenvolvimento ético-moral;
- (b) A presença de obstáculos importantes no processo de interiorização das normas sociais em situações de conflito cultural entre a comunidade de procedência e a majoritária, em especial, quando o adolescente siga um padrão de identificação separado.

Acerca do elemento volitivo, a autora também destaca²⁶⁶:

- (a) A dependência do adolescente a respeito de pessoas de referencia em seu entorno (pais, irmãos maiores, etc.) ou menores do mesmo grupo de idade, o que conduz a

²⁶¹ *Idem*, p. 257.

²⁶² *Idem*, p. 258.

²⁶³ *Idem*, p. 258-259.

²⁶⁴ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor:** una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. **AFDUAM** (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 260.

²⁶⁵ *Idem*, p. 261.

²⁶⁶ *Idem, ibidem*.

que o adolescente se submeta às instruções destas pessoas com autoridade apesar de compreender o caráter injusto do fato;

(b) Em delitos contra a liberdade sexual, considera-se a vivência de um impulso sexual repentino e irrefreável que impeça a reflexão e a inibição do menor de seu comportamento.

Sobre o conhecimento da ilicitude, embora não se trate de que o adolescente conheça a norma concreta infringida por seu comportamento, Cruz Marquez sustenta que é necessário algo a mais do que a mera sensação de que se trate de algo imoral ou indecente, o que exige que esteja incorporada em seu entorno vital e que o bem jurídico protegido não seja desconhecido para ele²⁶⁷.

A autora enumera as seguintes circunstâncias suscetíveis de constituírem um erro de proibição (cujas evitabilidade deverá ser valorada tendo em conta as peculiaridades da adolescência, como impulsividade, irreflexão, experimentação direta dos limites das normas sociais)²⁶⁸:

(a) A especial complexidade da norma penal ou seu afastamento a respeito do entorno vital do adolescente, seja por se tratar de fatos que tenham sua origem em condutas infantis e próprias do jogo entre iguais (caso de brigas de colégio, que podem ser ou não lesões corporais); por conter o tipo delitivo algum elemento que não seja significativo para o adolescente; ou por proteger bens jurídicos cujo conteúdo resulte ambíguo;

(b) Erro de proibição indireto por falta de proporcionalidade do meio utilizado ou ponderação errônea do bem jurídico amparado por causa de justificação, por força das peculiaridades de percepção e avaliação do adolescente;

(c) A presença de situação de conflito cultural, quando a educação em uma cultura distinta daquela da comunidade majoritária tenha impedido conhecer ou compreender o significado da norma infringida.

²⁶⁷ *Idem*, p. 262.

²⁶⁸ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente.** *AFDUAM* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 262-263.

Além da situação de medo insuperável (que, no Direito Penal espanhol, figura como excludente de culpabilidade), devem ser incluídas no juízo de exigibilidade de conduta diversa as hipóteses que, sem excluir a imputabilidade nem o conhecimento da antijuridicidade por parte do adolescente, tenham comprometido especialmente o cumprimento da norma penal; assim, enumeram-se as seguintes circunstâncias²⁶⁹:

(a) A comissão do delito no contexto de grupo de pares ou sob indicações de seus membros, quando sua influencia no desenvolvimento da própria autoestima seja especialmente relevante e a dinâmica dos fatos tenha dificultado enormemente ao menor desbancar-se do grupo (merecendo destaque a participação de familiar ou de adulto de referencia no delito, sempre que sua presença tenha dificultado ao adolescente o cumprimento da norma);

(b) A concorrência de déficit de desenvolvimento das habilidades cognitivas e sociais necessárias para a compreensão da norma penal e seu cumprimento, especialmente quando se deriva de circunstâncias pessoais, familiares e sociais desfavoráveis ou prejudiciais para dito desenvolvimento.

1.4.2.3 Síntese geral do tratamento dogmático da culpabilidade do adolescente

Diante do sucinto quadro doutrinário delineado, é possível se traçar algumas conclusões gerais quanto ao tratamento dogmático da culpabilidade do adolescente autor de ato infracional:

(a) Afirmar uma culpabilidade do adolescente só é efetivamente possível se se partir da doutrina da proteção integral e da concepção de um Direito Penal Juvenil (ou um Direito que se oriente pelos mesmos princípios fundamentais), porque de outra forma não se justifica por que se lhe haveria de aplicar as mesmas eximentes de um adulto, aplicá-las de forma diferenciada, ou se cogitar de uma culpabilidade própria do adolescente autor de ato infracional;

²⁶⁹ *Idem*, p. 263.

(b) No mesmo sentido, com a admissão de um Direito Penal Juvenil e uma culpabilidade juvenil, não se pode deixar de reconhecer a natureza retributiva, repressiva da medida aplicada ao jovem, o que importa necessariamente na exigência de respeito a todo um rol de garantias materiais e processuais na imputação de um ato infracional;

(c) A culpabilidade no Direito Penal Juvenil é concebida com base nos mesmos desenvolvimentos dogmáticos da culpabilidade provenientes do Direito Penal comum, mas enriquecida de características distintivas: via de regra, flexibilizações de seus elementos constitutivos (em benefício do adolescente), conforme indicarem os princípios da proteção integral, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da autonomia progressiva;

(d) A concepção de uma culpabilidade juvenil inaugura questionamentos significativos para o conceito de imputabilidade, que repercutem no Direito Penal comum. Embora assumam contornos variáveis conforme a corrente doutrinária que se adote, certo é que a imputabilidade passa a não poder ser configurada de forma estigmatizante, retirando do adolescente o direito fundamental de ser tratado como um sujeito responsável por seus atos;

(e) A culpabilidade do adolescente em sentido gradativo, como um parâmetro aplicativo para as medidas aplicadas ao adolescente autor de ato infracional, ainda se apresenta na doutrina de forma secundária, apesar de haver certo consenso em se vincular de maneira maleável a medida aplicável à culpabilidade do jovem, podendo-se até dispensar a aplicação da medida em tese cabível, desde que em consonância com a doutrina da proteção integral.

Apesar do esforço doutrinário contemporâneo em se delimitar um conteúdo e um sentido próprio para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil, nota-se como sua abordagem científica permanece ainda muito limitada à culpabilidade do Direito Penal comum, que se fundamenta em estruturas diversas. Trazer esta construção para o Direito Penal Juvenil, sem um maior aprofundamento ou revisão de suas estruturas, é uma abordagem que corre o risco de reduzir ou mesmo de comprometer consideravelmente a capacidade de rendimento da categoria conceitual quando aplicada na Justiça Juvenil, em vista de se tratar de sujeitos culpáveis diversos (em condição peculiar de desenvolvimento), inseridos em um complexo

normativo mais amplo e mais generoso, com maiores possibilidades de aberturas e soluções de conflitos que não se cerram na forte lógica repressiva e aflitiva que perpassa o Direito Penal comum.

Diante da tarefa que se vislumbra no presente trabalho, não se mostra equivocado, a princípio, seguir os caminhos trilhados pelo Direito Penal comum no tratamento da culpabilidade; neste proceder, entretanto, deve-se buscar uma identidade própria para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil, que leve em conta as especificidades do adolescente autor de ato infracional e sua realidade empírica e normativa. Por conseguinte, conceber a culpabilidade do adolescente com essa perspectiva é um empreendimento dogmático que se deve iniciar a partir da decomposição dos pilares fundamentais da culpabilidade no Direito Penal comum, paralelamente às contribuições oriundas da Criminologia na temática, para então se enfrentar a possibilidade de delineamento de uma culpabilidade própria do adolescente, tarefa a que se dedicará no segundo capítulo.

2 A CULPABILIDADE DO ADOLESCENTE E A CRIMINOLOGIA

2.1 Os pilares da culpabilidade no Direito Penal comum e no Direito Penal Juvenil

Ao fundo de todas as discussões doutrinárias acerca da culpabilidade, enxerga-se a permanência de uma estrutura, um arranjo teórico composto de pilares que, uma vez presentes, moldam a categoria dogmática de tal maneira que sua funcionalidade, operacionalidade e capacidade de rendimento acabam comprometidas, fazendo com que entre uma ou outra concepção defendida na doutrina a diferença não seja muito substancial.

Trilhando os caminhos abertos por Álvaro Pires no estudo da *racionalidade penal moderna*²⁷⁰, Davi Tangerino identifica ser a culpabilidade formada, até hoje, por três pilares fundamentais, que seguem inalterados pelos mais variados sistemas dogmáticos ao longo da história²⁷¹:

(a) uma imagem de *sujeito, racional, livre e igual*, que remonta ao iluminismo²⁷²;

(b) um *objeto*, qual seja, a imagem do *Direito Penal como herdeiro do Direito natural*, passando as normas penais a traduzirem uma verdade universal, ideia esta que a categoria do *bem jurídico* passa a encarnar²⁷³;

(c) um *vínculo*, a *indissociabilidade entre crime e pena*, fruto das teorias de retribuição ou dissuasão iluministas e que impõe ser a pena (entendida como sanção aflitiva) o melhor meio de defesa contra o crime²⁷⁴.

Aplicando-se - consideradas as devidas peculiaridades²⁷⁵ - a metodologia de trabalho proposta por Davi Tangerino ao Direito Penal Juvenil, pode-se encontrar neste ramo também

²⁷⁰ Entende-se como *racionalidade penal moderna*, em apertada síntese, a maneira de pensar o sistema penal construída a partir da segunda metade do século XVIII, que, edificando o Direito Penal a partir da pena aflitiva aplicada em nome da proteção à sociedade, a normas ou valores em geral, naturaliza a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal e, dessa forma, se apresenta como um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, ou seja, a aberturas voltadas a novas racionalidades ou estruturas normativas (PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. São Paulo, **Novos Estudos Cebrap**, n. 68, mar. 2004, p. 40-44).

²⁷¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 249.

²⁷² *Idem*, p. 61.

²⁷³ *Idem*, p. 77-78.

²⁷⁴ *Idem*, p. 117.

três elementos: *um sujeito, adolescente, o bem jurídico violado como objeto e um vínculo, a associação entre a medida socioeducativa e o ato infracional*. A construção de uma culpabilidade própria para o Direito Penal Juvenil passará, portanto, pela identificação e estudo de cada um destes pilares e como eles se apresentam diante da realidade empírica e normativa do adolescente autor de ato infracional.

Começando pelo estudo do adolescente autor de ato infracional, pesquisa-se, de um lado, a sua realidade diante do sistema penal, retratando-se suas condições de seletividade e vulnerabilidade em relação ao poder punitivo; e de outro, a condição que ostenta diante da Justiça Juvenil, isto é, como (e se) ele é tratado juridicamente na qualidade de sujeito.

Neste segundo ponto lança-se uma hipótese: o adolescente autor de ato infracional ainda não seria, efetivamente, tratado como sujeito, mas sim como objeto, uma vez que sobre ele o sistema de Justiça Juvenil poderia operar (e, muitas vezes, opera) pela lógica da periculosidade no marco do positivismo criminológico, negando-lhe culpabilidade. Destarte, lançando luz ao problema da periculosidade no Direito Penal e sua relação com a infância e a juventude, serão investigadas suas raízes e permanências neste sistema de justiça a despeito de todo um arcabouço normativo de proteção prometido pela doutrina da proteção integral, dirigindo-se esforços para perceber como o adolescente foi tratado, como deve(ria) ser tratado, e como ele é tratado juridicamente em sua condição de sujeito.

Optou-se por esta hipótese de trabalho uma vez que verificar se, de fato, o adolescente é tratado como sujeito é condição prévia necessária ao estudo de qualquer concepção de culpabilidade. Seria igualmente possível e proveitoso estudar o adolescente a partir da psicanálise, da psicologia ou das neurociências; contudo, não apenas o Direito Penal Juvenil já pretende conferir (pela força normativa internacional e nacional na matéria) um status diferenciado ao sujeito adolescente²⁷⁵, como o problema da permanência da periculosidade no

²⁷⁵ Não se ignora que a constituição da racionalidade da Justiça Juvenil seguiu caminhos que se apartam consideravelmente da penalidade moderna (CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien**. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011, p. 107-109). Entretanto, como o problema a ser aqui enfrentado é o da existência e delineamento de uma *culpabilidade* do adolescente, parte-se da constatação (observada no primeiro capítulo) de que o desenvolvimento desta categoria no Direito Penal Juvenil ainda permanece atrelado à culpabilidade do sujeito adulto – e, com isso, observa-se uma aproximação com aquela maneira de pensar que torna possível sua desconstrução através de uma investigação aprofundada de seus elementos, quando relacionados ao sujeito adolescente.

²⁷⁶ CRIVELLI, Aníbal Ezequiel. **Derecho Penal Juvenil**. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevidéo-Buenos Aires: B de F Editorial, 2014, p. 167-176 e TENA, Alfredo Romero. **La capacidad de culpabilidad del menor**. Dissertação de Mestrado. Universidad de Sevilla. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Máster de especialización en Derecho Penal. Disponível em: <<http://master.us.es/cuadernosmaster/13.pdf>> Acesso em 10 maio 2016.

marco do positivismo criminológico remanesceria por ser enfrentado, e é justamente esta categoria que oferece um poderoso óbice a qualquer possibilidade de tratamento do adolescente em conflito com a lei na qualidade de sujeito diferenciado.

A abordagem sobre o bem jurídico seguirá as trilhas já abertas pela Criminologia Crítica, notadamente a partir das teorias subculturais e do etiquetamento, fazendo-se menção também ao pluralismo jurídico. Trata-se de identificar a inserção do adolescente autor de ato infracional em seu universo referencial normativo.

Por fim, tendo em vista que a relação entre ato infracional e a medida socioeducativa não é diferente da relação entre crime e pena (comparação feita inclusive pela doutrina dominante)²⁷⁷, empreender-se-á sua análise a partir do mesmo instrumental teórico oriundo das teorias da pena, defendendo-se uma teoria agnóstica da medida socioeducativa.

Ao final deste percurso, espera-se delinear com precisão os possíveis pilares de uma culpabilidade penal juvenil: o sujeito, o objeto e o vínculo entre ato infracional e medida socioeducativa, tensionando-se a realidade do adolescente submetido à justiça juvenil com a proteção integral visada pela Constituição e a normativa internacional relativa à infância e juventude. Do cotejo das previsões constitucionais e internacionais com a realidade empírica subjacente do adolescente autor de ato infracional e da justiça juvenil é que, então, se poderá cogitar de possibilidades e inovações teóricas para uma culpabilidade no Direito Penal Juvenil.

2.2 O sujeito culpável: o adolescente autor de ato infracional

2.2.1 A proteção integral e o sistema penal juvenil brasileiro: vulnerabilidade e seletividade

O Brasil, desde a Constituição de 1988, passando pela adesão a todo um complexo normativo internacional de tratados e convenções, adotou um sistema de proteção de direitos da infância e juventude sintetizado como *doutrina da proteção integral*. Esta doutrina elenca um conjunto de direitos fundamentais cujos titulares são os adolescentes brasileiros, em sua

²⁷⁷ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 113-114.

generalidade e especificidade ²⁷⁸. É importante notar, na esteira de Ana Paula Motta Costa, que a doutrina da proteção integral deve ser entendida como “proteção especial aos direitos da pessoa em desenvolvimento, e não das pessoas em si”, uma vez que, do contrário, nada mudaria, continuando-se a tratar a pessoa como se objeto fosse²⁷⁹.

Entretanto, em que pese o vasto e rico instrumental normativo adotado pelo Brasil, deve-se contrapor os compromissos legais, constitucionais e internacionais à realidade empírica subjacente do sistema de Justiça Juvenil. Neste ponto, Alessandro Baratta trouxe lição fundamental, que merece transcrição:

A justiça para menores, desde sua fundação, no final do século XIX, foi sempre a parte mais sensível de todo o sistema punitivo, a mais problemática e qualificante, o lugar onde a mistificação doutrinária e ideológica do sistema e, ao mesmo tempo, o seu caráter seletivo e destrutivo alcançaram seu ponto mais alto. Todavia, a justiça para menores foi também o lugar onde nos últimos tempos melhor se pôde medir suas contradições e onde prosperaram sinais de crítica e projetos de reforma²⁸⁰.

Se a doutrina da proteção integral necessita de concretude, não há outra alternativa senão sua inserção e cotejo com dados da realidade do adolescente autor de ato infracional e da Justiça Juvenil. Por isso, deve-se estudar os conceitos de *vulnerabilidade* e *seletividade*.

Entende-se a seletividade como a *característica de atuação das agências de criminalização secundária, em vista de sua capacidade operacional limitada, de sempre agir seletivamente, selecionando não apenas as pessoas a serem criminalizadas, como também as vítimas potenciais a serem protegidas*, podendo se falar, portanto, em pessoas mais ou menos vulneráveis ao poder punitivo, conforme determinados critérios e processos de seleção, como, por exemplo, o estereótipo ²⁸¹.

Da operação seletiva das agências de criminalização decorre a vulnerabilidade dos sujeitos, entendida aqui como o *estado pessoal em face do sistema penal, de que decorre a probabilidade de ser criminalizado ou vitimizado* ²⁸².

²⁷⁸ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 128.

²⁷⁹ *Idem*, p. 133.

²⁸⁰ BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: **Díficeis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p. 18.

²⁸¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 43-44.

²⁸² *Idem*, p. 47-49 e p. 53-55.

Aplicando estas categorias para se analisar o sistema penal juvenil brasileiro, faz-se necessário trazer alguns dados que permitam um retrato mais ou menos acurado, mais ou menos preciso, da operação global deste sistema de justiça²⁸³, bem como do contexto real dos adolescentes autores de ato infracional, seja no tocante à vitimização, seja em relação à criminalização secundária, pela intervenção das agências policiais e judiciais.

Adolescentes sofrem mais assassinatos proporcionalmente do que adultos. Na faixa etária entre 16 e 17 anos, nos últimos 30 anos, o número de assassinatos no Brasil aumentou em 640,9%, sendo que nesta faixa os homicídios representam 46% do número total de mortes²⁸⁴. Ademais, o número de homicídios juvenis não é proporcional ao peso demográfico do grupo. Apesar de jovens representarem aproximadamente 18% da população total, o número de assassinatos gira em torno de 36% do total, praticamente o dobro do que seria esperado em função de seu peso²⁸⁵.

Tampouco os homicídios são proporcionais no que diz respeito à cor. Jovens pretos e pardos possuem maior probabilidade de serem vítimas deste crime do que indivíduos brancos, amarelos e indígenas: entre 14 e 18 anos, as chances variam entre 40% e 120%, chegando a um pico de 140% aos 21 anos, conforme aponta o *Atlas da Violência 2016*, elaborado pelo IPEA²⁸⁶.

Importante pesquisa de 2015 realizada pela Anistia Internacional no Rio de Janeiro sobre mortes decorrentes de intervenção policial²⁸⁷ atesta que, neste estado, jovens e adolescentes morrem mais do que adultos. Analisando dados entre 2010 e 2013, verificou-se

²⁸³ Há de se advertir o leitor pela carência e dispersão de dados unificados e sistematizados acerca do sistema penal comum e juvenil brasileiro. Desse modo, o que se pretende nada mais é do que um retrato do adolescente e da Justiça Juvenil, o mais aproximado possível, nessas condições.

²⁸⁴ WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil**. Brasil: Flacso, 2015. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf>, acesso em 06 jun. 2016, p. 18-19.

²⁸⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa da violência 2013: homicídios e juventude no Brasil**. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>, acesso em 06 jun. 2016, p. 38-39.

²⁸⁶ IPEA e FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). **Atlas da Violência 2016**. Brasília: IPEA, FBSP, 2016. Disponível em <http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf>. Acesso em 06 jun. 2016.

²⁸⁷ Trata-se dos também chamados casos de “autos de resistência”, registros administrativos de ocorrência realizados pela Polícia Civil (que remontam à ditadura militar), que faz uma classificação prévia do homicídio praticado por policiais, associando-o a uma excludente de ilicitude: legítima defesa do policial. Pela conhecida deficiência de investigação e processamento destes casos, trata-se de uma categoria que muitas vezes encobre casos de execução extrajudicial.

que mais da metade das vítimas tinha idade até 24 anos, 79,11% eram negros (pretos e pardos) e 99,5% eram do sexo masculino²⁸⁸.

Ainda no Rio de Janeiro, outro dado a se considerar é o de apreensões policiais de adolescentes. De 2012 a 2014, passamos de 5.042 apreensões em 2012, para, ao fim de 2014, 8.380, ou seja, neste intervalo houve aumento de 166,20%²⁸⁹.

No Estado de São Paulo, interessante pesquisa percebeu que, em 2012, enquanto o total de prisões de adultos foi de 161.697, as apreensões de adolescentes totalizaram 30.222, equivalendo a 18,6% do total relativo a adultos. Mesmo assim, o aumento das apreensões dos jovens, que foi de 42% nesses três anos, representa mais que o dobro do crescimento registrado nas prisões de adultos, que ficou em 17%²⁹⁰.

Acerca da aplicação das medidas de restrição de liberdade (internação, internação provisória e semiliberdade), importa observar, conforme dados da Secretaria de Direitos Humanos (SDH), que adolescentes sujeitos a essas medidas representam 0,08% dentre a população de 12 a 18 anos no país (26.154.356 adolescentes)²⁹¹. Verifica-se, ainda, um crescimento da restrição e privação de liberdade no país: 10,5% entre 2008-2011; 4,7% entre 2011-2012 e 12% entre 2012-2013²⁹².

Um dado surpreendente exsurge da comparação entre o encarceramento adulto e o encarceramento juvenil (aqui compreendidas as medidas de restrição de liberdade de adolescentes em conflito com a lei). Salo de Carvalho²⁹³ já havia percebido como o encarceramento juvenil é maior e desproporcional em relação ao adulto, comparando as taxas de encarceramento adulto e juvenil. Comparando dados do Departamento Penitenciário

²⁸⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!:** homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf>, acesso em 06 jun. 2016.

²⁸⁹ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Balanco das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (ano base 2014)**. Rio de Janeiro: Governo do Rio de Janeiro, 2015, Disponível em <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/BalancoAnual2015.pdf> acesso em 06 jun. 2016, e *Idem*, **Balanco das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (ano base 2013)**. Rio de Janeiro: Governo do Rio de Janeiro, 2013, disponível em <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/BalancoAnual2013.pdf>, acesso 06 jun. 2016.

²⁹⁰ Disponível em <<http://www.unesciencia.com.br/2014/03/unesciencia-50/>>, p. 20, acesso em 06 jun. 2016.
²⁹¹ SDH. Secretaria de Direitos Humanos. Brasil. Presidência da República. **Levantamento Anual Sinase 2013**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. 1.Direitos Humanos. 2. Socioeducação. 3.Adolescentes. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>>. Acesso em 06 jun. 2016.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ CARVALHO, Salo de. Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case). **Open Journal of Social Sciences**, 2013. Vol.1, Nº 4, p. 4-5.

Nacional (DEPEN), da SDH (Secretaria de Direitos Humanos) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificou-se que entre 1996 e 2010, o número de adolescentes encarcerados por 100.000 habitantes cresceu de 2,72 para 9,24, em 239,7%; em relação a adultos, entre 1995 e 2010, houve uma variação de 95,47 para 259,17 presos por 100.000 habitantes, em um aumento de 171%.

Atualizando sua pesquisa até 2015, nota-se que, em comparação com o crescimento do encarceramento adulto, a restrição de liberdade de adolescentes apresentou variação significativamente maior. Se, no encarceramento adulto, passamos de, em 1995, uma população carcerária de 148,8 mil presos para, em 2013, 581,5 mil, ou seja, um aumento de 390,79%²⁹⁴, o encarceramento juvenil no mesmo período saltou de, em 1996, 4.245 adolescentes para, em 2013, 23.066, em um aumento impressionante de 543,36%²⁹⁵.

Sobre os adolescentes autores de ato infracional e suas características pessoais, por pesquisas da SDH e do Conselho Nacional de Justiça verifica-se que a faixa etária predominante de adolescentes em restrição de liberdade é de 14 a 17 anos (76%), sendo que os adolescentes entre 16 e 17 anos representam 57% do total²⁹⁶. Adolescentes pretos e pardos compõem 57,41% deste número²⁹⁷. Há uma clara predominância masculina de adolescentes restritos de liberdade (96%)²⁹⁸, e a média da idade em que o adolescente interrompeu os estudos é de 14 anos²⁹⁹. A última série escolar cursada varia, de forma acentuada, entre a 5ª e 8ª séries (6º ao 9º ano do ensino fundamental), o que corresponde a 66% do total³⁰⁰.

No que concerne às adolescentes autoras de ato infracional, pesquisa de 2015 do CNJ verifica algumas características semelhantes em seu encarceramento: a faixa etária média é entre 15 e 17 anos; mais da metade (entre 60% e 70%) são não-brancas; e a última série

²⁹⁴ DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

²⁹⁵ SDH. Secretaria de Direitos Humanos. Brasil. Presidência da República. **Levantamento Anual Sinase 2013**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. 1. Direitos Humanos. 2. Socioeducação. 3. Adolescentes. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>>. Acesso em 06 jun. 2016.

²⁹⁶ *Idem*.

²⁹⁷ *Idem*.

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ). **Panorama Nacional: a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Programa Justiça ao Jovem**. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>, acesso em 06 jun. 2016.

³⁰⁰ *Idem*.

escolar cursada está, em geral, entre o 6º e o 9º ano do ensino fundamental³⁰¹ (CNJ, 2015, p. 22-27).

Por fim, vale traçar algumas notas sobre o sistema socioeducativo. No Rio de Janeiro, as condições gerais do sistema estão muito aquém do ideal. O CNJ constatou, dentre outros problemas, tratamento assemelhado ao prisional; superlotação; violência dos agentes e separação dos adolescentes por “facção” ao invés de por idade, compleição física e gravidade da infração³⁰² - o que corresponde, aliás, ao quadro nacional geral do sistema socioeducativo, conforme atestou o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura³⁰³. A Comissão de Direitos Humanos da Alerj também aponta aumento, neste estado, do número de adolescentes privados em liberdade, desde 2012, chegando à cifra de 1.487 em 2014³⁰⁴.

Ademais, são relatados com frequência casos de maus tratos, tortura, castigos físicos que ocorrem em unidades do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase), que, por sua vez, também passam por problemas de condições estruturais e insalubridade³⁰⁵.

De forma surpreendente, ainda não há pesquisas recentes de âmbito nacional medindo a renda familiar e condições sociais dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa. Contudo, na tentativa de visualizar esta questão, citam-se aqui os resultados de uma pesquisa realizada pelo IPEA e Ministério da Justiça (2003), que mostram um perfil de exclusão social entre esses adolescentes: mais de 60% dos adolescentes privados de liberdade eram negros, 51% não frequentavam a escola e 49% não trabalhavam quando cometeram o delito e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres³⁰⁶. Além

³⁰¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Coord. Marília Montenegro Pessoa de Mello; pesquisadores Camila Arruda Vidal Bastos et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 22-27.

³⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ). **Relatório de Visita. Programa Justiça ao Jovem, Fase 2, Rio de Janeiro, Outubro de 2012**. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/relatorio_2_etapa_justica_ao_jovem_rio_de_janeiro.pdf>, acesso em 06 jun. 2016.

³⁰³ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). Relatório Anual 2015-2016. Org.: MNPCT. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>>, p. 46-58, Acesso em 26 setembro 2016.

³⁰⁴ COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA/Alerj. **Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania/Alerj**. Rio de Janeiro: Alerj, 2014, p. 73.

³⁰⁵ COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA /Alerj. **Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania/Alerj**. Rio de Janeiro: Alerj, 2013, p. 84.

³⁰⁶ IPEA. **Nota técnica: o adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários**. Brasília, 2015, disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20> acesso em 06 jun. 2016.

disso, a atuação expressiva da Defensoria Pública na área da infância e juventude sugere se tratar, em sua larga maioria, de adolescentes oriundos de famílias hipossuficientes.

Diante de todas estas informações, o quadro geral que se apresenta é de uma Justiça Juvenil que opera como um subsistema muito mais agressivo em relação aos adolescentes do que o sistema penal comum é para adultos. Esta situação se agrava em razão da condição de vulnerabilidade destes jovens em relação ao sistema penal, sendo mais vitimizados e criminalizados proporcionalmente do que adultos.

É possível se verificar a existência de uma seletividade na forma de operação deste sistema de justiça, que apresenta um direcionamento claro: a expressiva maioria dos casos submetidos à Justiça Juvenil retrata adolescentes entre 14 e 16 anos, pobres, negros, do sexo masculino e que interromperam os estudos ainda no Ensino Fundamental.

Este contexto sugere que uma construção dogmática da culpabilidade no Direito Penal Juvenil que pretenda efetivar os direitos consagrados pela doutrina da proteção integral não pode ignorar a vulnerabilidade do adolescente autor de ato infracional, seja por seleção vitimizante, como criminalizante, que é operada por um sistema de justiça que, sobre ele, opera de forma mais violenta do que o sistema penal comum em relação a um adulto.

2.2.2 Adolescentes e periculosidade

A vagabundagem, para ser bem compreendida, deve ser observada principalmente em menores (...).

Os jovens vagabundos, quer dizer, os jovens de 7 a 16 anos que levam uma vida errante e preguiçosa, formam entre eles uma espécie de grupo em que os membros devem se sustentar mutuamente para escapar às buscas dos pais e dos mestres. Os menos pervertidos ou mais tímidos mendigam, frequentam os mercados e os pavilhões para oferecer seus serviços a comerciantes e compradores; os outros cometem pequenos furtos. (...)

Os jovens ladrões possuem de resto o mesmo calão que os ladrões formados; eles mostram como eles a inclinação a se associar para a execução de seus malfeitos: constatou-se sucessivamente a existência de vários bandos dos quais um era composto de dezoito jovens de nove a dezesseis anos, e procediam com um conjunto e habilidades pouco comuns. Os jovens vagabundos dirigiam principalmente suas tentativas contra os mercadores vitrinistas e contra os curiosos que se agrupavam em bulevares diante de pequenos espetáculos e nas passagens perante os mercadores de gravuras.

Todos os lugares de reunião pública são de resto o teatro habitual de suas proezas (tradução nossa)³⁰⁷.

O relato acima, que mais se assemelha aos editoriais jornalísticos referentes aos “arrastões” nas praias da Zona Sul do Rio de Janeiro, provém na verdade de alguns escritos de Honoré Antoine Frégier, um Chefe de Polícia da Paris de 170 anos atrás, em sua obra *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes, et des moyens de les rendre meilleures* (“As classes perigosas da população das grandes cidades, e os meios de torna-las melhores”)³⁰⁸, cujo título é sugestivo e oportuno para se iniciar o presente tópico.

De fato, é possível perceber a existência de um vínculo histórico existente entre uma ideia de periculosidade e o tratamento jurídico conferido à infância e juventude. Contudo, tal vínculo ainda não se encontra suficientemente esclarecido, o que obscurece a possibilidade de construção dogmática de uma culpabilidade para o adolescente autor de ato infracional. Nestes termos, os objetivos do presente tópico são: investigar as raízes da periculosidade no Direito Penal e na Criminologia e a relação entre periculosidade e culpabilidade; identificar a periculosidade no nascimento e desenvolvimento da Justiça Juvenil brasileira e as rupturas normativas promovidas desde 1988 pela doutrina da proteção integral; e, por fim, verificar as condições de permanência do paradigma da periculosidade na prática judicial desse sistema de justiça.

³⁰⁷ FRÉGIER, Honoré Antoine. *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*, tome premier (réimpression de l'édition de Paris, 1840). Genève: Slatkine – Megariotis Reprints, 1977, p. 194-197.

³⁰⁸ Além de Frégier, também é oportuna a menção às obras de Mary Carpenter, uma das pioneiras no estudo da delinquência juvenil. Escrevendo em vista da Inglaterra de meados do século XIX, a autora propõe novas formas, técnicas e instituições para tratar da questão criminal relativa a menores de idade. Por um lado, Carpenter tece críticas ferrenhas ao tratamento indiferenciado entre crianças, adolescentes e adultos e como a punição sobre os primeiros é mais severa do que sobre os segundos (CARPENTER, Mary. **Reformatory schools for the children of the perishing and dangerous classes and for juvenile offenders**. Londres: C. Gilpin, 5, Bishopsgate Street Without, 1851, p. 284-290), mas, por outro, trata o crime como uma espécie de “doença moral”, verificada sobretudo por carência ou ausência de educação adequada e influência familiar, motivo pelo qual a autora (*Idem*, p. 2) já distingue entre “*classes percíveis*” (classes que, embora não tenham se rendido ao crime, por sua ignorância, destituição e circunstâncias de desenvolvimento, provavelmente o farão) e “*classes perigosas*” (classes que já carregam a marca da prisão e que preferem o crime ao trabalho). A autora não chega explicitamente a enquadrar os jovens nestas categorias, mas, sim, seus pais e familiares que não lhes dariam educação própria (_____. **Juvenile delinquents, their condition and treatment**. Londres: W. & F. G. Cash, 5, Bishopsgate Street Without, 1852, p. 5-7). Inobstante, classificando as categorias de delinquentes juvenis, quando se refere a fraudadores e “batedores de carteira”, destaca como esta é uma categoria perigosa para a sociedade (*Idem*, p. 24), e, elencando os “princípios de tratamento”, ressalta como se percebe que a “*condição perigosa*” destas crianças e adolescentes decorreria das circunstâncias em que cresceram e, mais frequentemente, da negligência ou criminalidade dos pais (*Idem*, p. 292). Curiosamente (e de forma bastante avançada para o seu tempo), Carpenter não considera a pobreza uma causa da criminalidade, seja juvenil (*Idem*, p. 33), tampouco adulta (*Idem*, p. 138-140).

2.2.2.1 A periculosidade no Direito Penal

A categoria ou ideia de periculosidade no Direito Penal encontrou, ao longo do tempo, inúmeras formulações e situou-se de diferentes maneiras nas ciências penais. Há doutrina que sustente ter ela origem em Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que, em 1799, a definiu como “*a qualidade de uma pessoa que faz presumir fundadamente que violará o direito*”, e que foi também desenvolvida por Francesco Carrara em seus estudos acerca do dano e do perigo³⁰⁹; mas, neste momento, ao menos, até os primeiros passos da Criminologia etiológica e do estudo do criminoso, o que se verifica é um *estudo do perigo voltado exclusivamente ao delito*³¹⁰.

Os primeiros sinais de mudança de paradigma se encontram na supramencionada obra de Frégier, a qual, segundo Zaffaroni, consiste na primeira oportunidade em que se usou da expressão “*classes perigosas*”³¹¹. Aqui a noção de perigo já começa a ser dotada de um viés personalista, sendo identificada em indivíduos ou classes concretas de indivíduos (no caso, “prostitutas”, “vagabundos”, “apostadores”, etc.).

Entretanto, há de se fazer duas notas fundamentais: o discurso de Frégier é um discurso *pré-positivista*, que, cunhado no seio das agências policiais, ainda não conhecia os avanços da medicina e das ciências biológicas (em especial, a teoria da evolução das espécies e sua aplicação nas ciências sociais) – ou seja, ainda não havia acontecido o encontro entre o discurso médico e o poder policial, característica fundamental do Positivismo criminológico; e por esse motivo, essa noção personalista de periculosidade ainda convivía com o penalismo ilustrado, o que se verifica no respeito ao princípio da ofensividade e na não desqualificação

³⁰⁹ Destaca-se, por todos, suas notas acerca da tentativa, em que lecionava que “a tentativa, que põe em perigo a seguridade, produz um dano político, o qual se põe como remédio político o castigo de aquele a cujos maus propósitos apenas faltou o favor da fortuna” (CARRARA, Francesco. **Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito**. Trad. de Vicente Romero Giron. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1877, p. 7).

³¹⁰ RUIZ-FUNES, Mariano. Algunos conceptos sobre la peligrosidad. **Revista jurídica argentina La Ley**: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010, Buenos Aires, v. 3, p.943-944, 2011. Muito antes, também já localizava a gênese das ideias de perigo e periculosidade no Direito Penal clássico Sebastián Soler (SOLER, Sebastián. **Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929, p. 12).

³¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las clases peligrosas: el fracaso de un discurso policial prepositivista. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. **El penalista liberal**: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 144.

total dos sujeitos tidos como perigosos – em outras palavras, não se defendia aqui a neutralização, extermínio ou eliminação de sujeitos “defeituosos” ou “irrecuperáveis”³¹².

Na leitura de Gabriel Anitua, a ideia de periculosidade relacionada ao autor tem sua gênese no Positivismo criminológico³¹³, e sua introdução no Direito Penal se deve a Raffaele Garofalo, que, combinando critérios de psiquiatras e médicos com os da ciência jurídica, utilizou a expressão pela primeira vez em 1878 sob o nome de “*temibilidade*”³¹⁴. Garofalo sustentava ser a temibilidade a “ativa e constante perversidade do agente e a quantidade de dano a ser apreendida dele, ou, em outras palavras, sua capacidade para o crime”³¹⁵.

De fato, essa noção de periculosidade era muito cara ao Positivismo criminológico; tão cara que Sebastián Soler percebeu que “*o princípio da defesa social (ideia reitora do Positivismo) não adquire todo seu valor enquanto não se completa e aperfeiçoa com o da periculosidade*”³¹⁶.

A principal consequência jurídica do desenvolvimento da ideia de periculosidade é a sua instrumentalização em uma medida ou sanção adequada para aqueles sujeitos tidos como “perigosos”. A sanção que cumpriria este papel seria a “medida de segurança”.

Para além da discussão doutrinária acerca do nascimento da medida de segurança³¹⁷, por hora importa situar seu nascimento jurídico-positivo, que se encontra no Anteprojeto de

³¹² *Idem*, p. 145.

³¹³ A Criminologia positivista caracteriza-se por se fundar em um *paradigma etiológico*, sendo definida como uma “*ciência causal-explicativa da criminalidade*” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social**: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 16, n.º. 30, 1995, p. 24.). Fernanda Matsuda verifica que a periculosidade nasceu pelo cruzamento entre Medicina e Direito, relação que tem início na primeira metade do século XIX (MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade**: periculosidade e controle social no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2009, p. 19-20).

³¹⁴ ANITUA Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**, trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 314. Apesar de Garofalo ter sido pioneiro na gênese desta categoria, há de se fazer menção a Lombroso, que, inaugurando a ideia de “*criminoso nato*”, chegou a identificá-la em certas categorias de pessoas ou grupos, dentre os quais, os “*bandos*” de malfeitores jovens, com predominância masculina e idades de até 25 anos (LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, p. 186).

³¹⁵ GAROFALO, Raffaele. **Criminology**. Trad. de Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown and Company, 1914, p. 303.

³¹⁶ SOLER, Sebastián. **Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929, p. 12.

³¹⁷ Artur Gueiros e Carlos Japiassú apontam que já Enrico Ferri sustentava a necessidade de medidas terapêuticas para cura ou neutralização do infrator da lei (SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 517); Nilo Batista, na esteira de Aníbal Bruno, entende ser Adolphe Prins o pioneiro na formulação das medidas de segurança (BATISTA, Nilo. Prefácio. In: DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a Criminologia do fim da história. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 9-10).

Código Penal Suíço, elaborado por Carl Stoos, em 1893, e, naquela formulação, destinava-se aos reincidentes, aos alcoólatras habituais, aos corrompidos perigosos e aos delinquentes juvenis, eis que, nesses casos, a pena poderia não ser eficaz, seja em razão do sujeito ser inimputável ou quando a pena, determinada segundo critérios de culpabilidade, seja insuficiente, isto é, ineficaz, para a proteção da sociedade³¹⁸. Sua previsão se espalhou pelos ordenamentos jurídicos ocidentais³¹⁹, destacando-se sua presença nos projetos de Reforma Penal alemã do início do século XX cuja orientação se deu principalmente com base nas ideias de Von Liszt³²⁰.

Se, de um lado, a periculosidade e a medida de segurança são relacionadas aos inimputáveis por doença mental, também aos inimputáveis etários a noção de periculosidade passou a ser parâmetro de tratamento jurídico³²¹. Exemplo claro disso é como a noção de “*infância perigosa e em perigo*” – e, que, por consequência, demandaria intervenção judicial “profilática” - se mostrou presente no importante Congresso Internacional de Tribunais de Menores, de 1911³²².

³¹⁸ MURTINHO, Rodrigo Gomes. **Medidas de segurança e aplicação dos princípios penais de garantia**. Dissertação de Mestrado. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005, p. 28.

³¹⁹ Portugal a adotou em seu CP de 1896; Noruega, em 1902, Argentina em 1921 e a Itália formulou o primeiro sistema completo de medidas de segurança em 1930 (PRADO, Luiz Régis, CARVALHO, Érika Mendes de e CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 559).

³²⁰ Destaca-se o famoso trecho de seu Programa de Marburgo em relação aos “irrecuperáveis” (ou seja, não suscetíveis de pena, e, por consequência, de culpabilidade; no caso, mendigos, “vagabundos”, prostituídos de ambos os sexos, alcoólatras e delinquentes habituais), em que, considerando-os como um “câncer social”, e, tendo em vista a impossibilidade de os “decapitar, ou enforcar, ou mesmo deportar”, não restaria outra alternativa senão “a privação de liberdade por tempo indeterminado” (VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el Derecho Penal**. Trad. de Enrique Aimone Gibson. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 116-120).

³²¹ Fernanda Matsuda leciona que, em realidade, a periculosidade permeia a construção social de personagens que constituem o cenário da “desordem” – os “loucos”, os “menores”, e os “indisciplinados”, impondo a estes a condição de perigoso como marca que sela seus destinos (MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2009, p. 8).

³²² **1er Congrès International des Tribunaux pour Enfants – Paris, 29 Juin – 1er Juillet 1911. Actes du Congrès**. Org.: KLEINE, Marcel. Paris: Imprimerie Typographique A. Davy, 1912. No Congresso, destaca-se o discurso de Paul Deschanel, alertando para o tratamento da infância perigosa e em perigo moral, (*Idem*, p. 49-50); Henderson também alertava para “as condições e perigos das famílias de trabalhadores e de pobres”, (*Idem*, p. 57); Durbig, Presidente do Tribunal de Munique, apontava que a vigilância das crianças em perigo passou a ser questão de “interesse geral” (*Idem*, p. 111); Duval postulava que se devia tomar às mãos a causa de reeducar e reformar estes “seres débeis”, para que não se tornem incuráveis e perigosos (*Idem*, p. 141); e, finalmente, é emblemática a colocação de Marcel Kleine: “tanto que a criança delinquente seja um fenômeno isolado, não parece útil constituir a seu uso organismos judiciários especializados; mas, do momento em que o número de crianças trazidas à justiça aumentou, ao ponto de constituir, na cidade moderna, um sintoma de perigo social, foi necessário procurar nos métodos novos o meio de frear a marcha ao crime da criança, hoje delinquente, amanhã criminosa.” (*Idem*, p. 154).

Portanto, com bases no Positivismo criminológico, a estruturação da Justiça Juvenil ao longo do final do século XIX e pelas três primeiras décadas do século XX passou a ser informada pelo paradigma da periculosidade, ainda que preenchido por objetivos correccionais e de reeducação³²³; à medicina coube a tarefa de diagnóstico de patologias, mitomanias e possibilidades de recuperação e formas de tratamento da infância; e à justiça coube regulamentar a “proteção” da criança e da sociedade, construindo o “menor” como categoria jurídica específica, rotulando crianças e adolescentes pobres como perigosos³²⁴. Esta personalidade perigosa dos menores demandava “cura” - no caso, a institucionalização de caráter tutelar e terapêutico com a finalidade de correção e reeducação, por tempo indeterminado até cessar o perigo, exatamente na mesma linha das medidas de segurança.

Tal concepção perigosista foi levada às últimas consequências pela *Reforma Penal para a Juventude* na Alemanha Nazista de 1939, em que se chegou a permitir a punição de jovens como se adultos fossem no caso de, sendo graves delinquentes, se tratar de um feito com “caráter criminal particularmente reprovável”, ou, “quando a punição do menor, igualada a adulto, seja necessária para a defesa do povo”³²⁵. Kirchheimer apontou que, apesar da mudança de ênfase, dos motivos pessoais ou da vontade do agente para as circunstâncias externas da ofensa, o propósito de dissuasão prevalecia sobre quaisquer outras considerações, ao que a interpretação oficial fazia predominar considerações de “proteção da comunidade”³²⁶. Nesse sistema, doutrinas que sublinham o tipo de criminoso ganharam reconhecimento oficial: o “parasita de guerra”, o “*delinquente juvenil precocemente perigoso*”, e o “criminoso brutal”, como eles apareciam nos decretos de guerra, eram tipos criminosos para os quais a impressão pictórica prevalecia sobre definições legais precisas³²⁷. Este método levou ao uso de antecedentes para estabelecer a culpa em relação ao crime, e a culpa, no caso, não se referia àquele crime em particular, mas a toda a carreira e modos de vida anteriores do

³²³ Fato que também é observado e analisado por Michel Foucault, que chegou a compreender os tribunais de menores como “tribunais da perversidade e do perigo” (FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. – São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010, p. 34-35).

³²⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

³²⁵ GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. **La reforma penal nacional-socialista**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Rodrigo Codino. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 77-80.

³²⁶ KIRCHHEIMER, Otto. Criminal Law in National Socialist Germany. In: **The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer**. Ed. de William E. Shceuerman. Berkeley, Loas Angeles: University of California Press, 1996, p. 183.

³²⁷ *Idem*, p. 183.

criminoso³²⁸. Em um macabro elogio a essas disposições, Filippo Grispigni se perguntava sobre “quantos menores de 18 não foram condenados à morte por aplicação desta norma!”³²⁹.

O emprego da periculosidade como categoria conceitual ou como critério de julgamento (parâmetro decisório) acarreta, portanto, em uma negação direta da culpabilidade e, por consequência, subtrai da pessoa sua condição e direito de ser tratada como um sujeito culpável, respeitada em sua dignidade. Em razão deste problema, deve-se passar ao estudo da correlação entre as ideias de periculosidade e culpabilidade na ciência jurídico-penal.

2.2.2.2 Periculosidade e culpabilidade

Segundo Salo de Carvalho, o advento do Positivismo criminológico trouxe o desenvolvimento de projetos de substituição da noção de culpabilidade (cunhada num modelo liberal contratualista pelas capacidades de cognição e volição do agente) pela de periculosidade do autor, correspondentes às expectativas empírico-organicistas deflagradas por Darwin e Spencer³³⁰.

Uma vez que o Positivismo criminológico negava ser o crime um ato humano resultado de vontade livre do sujeito, mas sim uma conduta derivada de causas alheias (antropológicas, biológicas, ou sociais), não apenas negar-se-ia a culpabilidade, como se procederia à sua substituição pela periculosidade. Identifica-se, assim, uma crise regressiva na categoria, que, por obra de doutrinas ou ordenamentos autoritários, passaria a ser alinhada, integrada ou substituída pela categoria de “periculosidade do réu” ou com outras figuras de qualificação global de sua personalidade, como a capacidade de delinquir, a culpabilidade de autor e semelhantes³³¹.

No marco do Positivismo criminológico, a periculosidade, ancorada no discurso médico-psiquiátrico, passa a identificar o inimputável psicológico, sujeito incapaz de compreensão da ilicitude do fato e de determinação conforme as expectativas de direito, e,

³²⁸ *Idem, ibidem.*

³²⁹ GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *Op. cit.*, p. 81.

³³⁰ CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: LIMA, Joel Côrrea de; CASARA, Rubens R. R. (Org.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito**: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 01, p. 926.

³³¹ *Idem*, p. 927.

assim, criminalmente irresponsável, o que, porém, não impediu a edificação de um sistema de sequestro asilar a estes sujeitos³³².

A partir dos *movimentos antimanicomial e antipsiquiátrico* iniciados em meados do século XX, que denunciavam as disfunções das instituições totais manicomiais, bem como a rotulação moral dos indivíduos como doentes ou não doentes³³³, experimentou-se uma importante ruptura não apenas na Criminologia (até então, marcadamente positivista) como no próprio Direito Penal, atingindo em cheio a ideia de periculosidade e, por conseguinte, as bases teóricas das medidas de segurança.

Em uma investigação de grande profundidade, Virgílio de Mattos demonstra como a periculosidade é, em verdade, um conceito indefinível, de caráter quase oracular e impregnado de condições *a priori*, e a medida de segurança, um instituto pretensamente protecionista, mas que, na verdade, produziu uma dupla-exclusão baseada (ou justificada) em uma “garantia” especial, que não trata o diferente pelo reconhecimento do seu direito à diferença, mas, ao contrário, o segrega e o exclui³³⁴. Por esses motivos o professor já sustentava a não recepção da medida de segurança pela Constituição de 1988³³⁵.

No Brasil, há de se fazer menção à Lei 10.216/01 (também conhecida como *Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial*), que inaugurou uma nova fase no tratamento psiquiátrico no Brasil, declarando o direito da pessoa portadora de transtorno mental a tratamento humanitário, baseado em serviços comunitários de saúde mental ao invés de internação em instituições com características asilares³³⁶. Por suas profundas modificações, há quem defenda sua aplicação às medidas de segurança³³⁷, ou mesmo que a partir dela se operou verdadeira revogação das medidas de segurança, operando como substitutivo das disposições penais relativas a inimputáveis portadores de sofrimento psíquico³³⁸.

³³² *Idem, ibidem.*

³³³ _____. **Antimanual de criminologia**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 283-294.

³³⁴ MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 181-182.

³³⁵ *Idem*, p. 152.

³³⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 301.

³³⁷ Por todos, QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. V. 1. 8ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 525.

³³⁸ CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 48, p. 77, 2013. Batista e Zaffaroni sustentam que a Lei Antimanicomial, sendo posterior e especial em relação ao Código Penal e à Lei de Execução Penal, promoveu derrogação tácita de alguns de seus dispositivos. No caso, considerando que a internação, pela referida lei, é, em regra, vedada e só permitida quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º, Lei 10.216/01), revogado está o art. 97, CP, por ser o tratamento ambulatorial regra e a internação a exceção (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et

Apesar de todas as críticas, percebe Zaffaroni que, uma vez que a periculosidade, enquanto categoria conceitual jurídico-penal, traduziu-se no máximo esforço discursivo para legitimar um poder punitivo ilimitado e reduzir o Direito Penal a um discurso policial, não se estranha que na culpabilidade se possa observar que, nos tempos posteriores à queda do Positivismo, tenha havido uma formidável sucessão de tentativas para substituir a periculosidade por outro conceito que, com o nome de “culpabilidade”, pudesse operar como sua equivalente funcional para a legitimação do exercício autoritário de poder punitivo³³⁹.

A hipótese de Zaffaroni se comprova por um importantíssimo antecedente histórico: a “adequação” do conceito de culpabilidade pelos juristas do regime nacional-socialista a partir de elementos de periculosidade, notadamente a personalidade do autor, dando à luz concepções autoritárias como a *culpabilidade por condução de vida*, sustentada por Mezger, ou a *culpa por decisão de vida*, de Bockelmann³⁴⁰.

No Direito Penal brasileiro, a confusão entre a culpabilidade e a periculosidade evidencia-se, sobretudo, na aplicação da pena, em especial, nos critérios correlacionados à culpabilidade (que, nos termos da Reforma de 1984, consistem em “antecedentes”, “conduta social”, “personalidade” e “motivos”) quando do cálculo da pena-base. Salo de Carvalho demonstra que nesta fase a periculosidade, que tende a se concentrar na análise judicial da personalidade do réu, emerge nos discursos dogmáticos adotados pelos subterrâneos da jurisprudência, alimentados em boa parte por senso comum³⁴¹. Aqui se pode afirmar a ocorrência de um verdadeiro processo dogmático de corrupção da culpabilidade³⁴².

al. Inimputabilidade e semi-imputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. **Revista Epos**, Rio de Janeiro-RJ, v.6, nº 2, Jul – Dez 2015, p. 148-149).

³³⁹ Isso se verificaria principalmente pelas intensas discussões dogmáticas acerca da funcionalidade da culpabilidade, havendo quem sustentasse ser a culpabilidade composta tanto de uma culpabilidade de ato, como uma culpabilidade de autor (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 659).

³⁴⁰ FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 245-249.

³⁴¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 355. A título histórico pode-se fazer menção à clássica lição de Aníbal Bruno sobre a periculosidade, que seria composta pelos seguintes elementos: (i) as condições físicas e psíquicas da personalidade do agente que possam explicar tendências anti-sociais; (ii) o fato delituoso ou não em que se exprime a periculosidade; (iii) os motivos que determinaram o fato e as circunstâncias que o cercaram; (iv) a vida antecedente do autor; (v) o seu comportamento contemporâneo e subsequente ao fato; (vi) as condições do meio familiar e social em que se formou e onde vive o suposto perigoso (BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 142). Embora o professor sustentasse que o diagnóstico da periculosidade era informado pelas contribuições dos domínios biológico, antropológico e social, tratar-se-ia de um juízo de expressão ético-jurídica que, informada por estes saberes técnicos, permitia o esclarecimento do fenômeno e a aplicação das medidas de segurança em cada caso particular (*Idem, ibidem*).

³⁴² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 356.

As linhas acima se referiram, em grande medida, aos inimputáveis portadores de sofrimento psíquico, à periculosidade positivista e às medidas de segurança. Porém, quando se volta o olhar à Justiça Juvenil, visualiza-se um sistema que apresenta traços do mesmo tipo de funcionamento. Conforme Virgílio de Mattos, as medidas de segurança, assim como as socioeducativas aplicadas a adolescentes “em conflito com a lei”, fazem parte da imensa teia dos controles penais dispersos, oriundos da disciplina sem questionamento e perplexidade diante do risco ³⁴³; por sua vez, Salo de Carvalho leciona:

A propósito, é interessante verificar como este processo de minimalização de direitos daqueles que vivem em situações de maior vulnerabilidade é sintomático na ordem jurídica nacional. Basta um simples olhar comparativo entre as formas de execução das medidas de segurança e das medidas socioeducativas para comprovar esta assustadora hipótese. A alternativa humanitária na execução das medidas de segurança não parece ser muito distinta da proposta em relação aos direitos e garantias dos adolescentes em conflito com a lei submetidos às medidas socioeducativas (...)³⁴⁴.

Flávio Américo Frasseto, estudando a periculosidade no sistema de execução das medidas socioeducativas, observa que o sistema funciona nesta lógica: isto é, a partir do objetivo preventivo-especial das medidas, a duração destas passa a não ter vinculação com a gravidade da infração, mas sim com o tempo necessário para se “tratar” o infrator; cuida-se, na visão do doutrinador, de uma herança positivista que instaura um autêntico Direito Penal de autor, em que o ato infracional figura como indicador, “sintoma” de um traço desviante, e que enquanto pendente a “cura” e persistente o “perigo”, a medida pode durar indeterminadamente ³⁴⁵.

Com estas observações, na sequência, analisa-se a periculosidade no Direito Penal Juvenil brasileiro, tanto do ponto de vista histórico-doutrinário, como legal-jurisprudencial, para se investigar as permanências deste paradigma no sistema de Justiça Juvenil.

³⁴³ MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 182.

³⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 521 e 522.

³⁴⁵ FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://www.mpdfp.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>. Acesso em 05 jun. 2016, p. 328-329.

2.2.2.3 A periculosidade no Direito Penal Juvenil brasileiro

A criminalidade da infância e da adolescência já ganhou novos rumos. Um clássico afirmou que ela saiu definitivamente do Direito Penal. O que hoje domina na matéria é o tema do perigo e o dever de assistência para com os menores. Não é possível que esse maravilhoso despertar da consciência pelos fatos bio-psicológicos, que das escolas subiu aos Tribunais de Menores e criou uma legislação e uma justiça superiormente humanas e, sobretudo racionais, não alcance a opinião comum e os juristas que meditam sobre o crime dos adultos³⁴⁶.

O elogio entusiasmado de Aníbal Bruno, no seu clássico “Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança”, ao tratamento jurídico da infância e juventude pelo marco da periculosidade é um ponto de partida significativo para se empreender a investigação das relações entre esta ideia e o Direito Penal Juvenil brasileiro.

Como se firmou anteriormente, a Justiça Juvenil é um dos frutos da Criminologia positivista, e esta teve, na América Latina em geral e no Brasil em particular um desenvolvimento e um papel muito peculiar³⁴⁷.

De fato, como observa Vera Malaguti, o positivismo criminológico no Brasil confluíu para o ordenamento da intensa conflitividade social na passagem da escravidão ao trabalho livre, do Império para a República, com o objetivo maior de, nessa transição, assegurar a manutenção da ordem social escravista. Travestindo-se como técnica, encobria sua natureza política a partir do fetiche criminal, revestindo a questão penal de duas características: a degenerescência do povo e a pena como salvação da sociedade³⁴⁸. Tal mentalidade se fez (e ainda se faz) muito presente na Justiça Juvenil brasileira, e a categoria jurídica que deu vida a estas ideias foi justamente a periculosidade.

O marco introdutório da periculosidade no tratamento à infância e à juventude no Brasil foi o Código de Menores de 1927 (“Código Mello Mattos”, Decreto 17.943-A/1927), em seu artigo 71³⁴⁹. Este dispositivo autorizava a internação de adolescentes entre 16 e 18

³⁴⁶ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 28.

³⁴⁷ Sobre esta história, por todos, DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e a sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

³⁴⁸ BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: vol. 8, nº 2, maio-agosto, 2016, p. 300-302.

³⁴⁹ Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circunstancias 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 Código Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma

anos em “estabelecimento para condenados de menor idade” ou, na falta destes, em “prisão comum com separação dos condenados adultos” caso se tratasse de um crime “considerado grave pelas circunstâncias de fato e condições pessoais do agente” e se verificasse tratar de um indivíduo “perigoso”, estado que seria aferível pelo seu “estado de perversão moral”³⁵⁰. A internação duraria até que o adolescente se “regenerasse”, sem que, todavia, a duração da pena pudesse exceder o seu máximo legal.

Em 1941, a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914/41) em seu art. 7º, regulamentou o art. 71 do Código Mello Mattos³⁵¹. Chama a atenção, para além do viés “reeducativo”, a aplicação, quanto à revogação da medida, do disposto no então CP de 1940 sobre a revogação de medida de segurança (art. 7º, §3º da Lei de Introdução). A diferença entre o art. 71 do Código de Menores e este dispositivo é sutil, mas digna de nota: o art. 71 da Lei Menorista ainda utilizava a palavra “pena” para se referir a essa medida aplicada para os adolescentes que se enquadrassem na norma; a Lei de Introdução já não dispunha assim, aproximando explicitamente as sanções aplicadas a adolescentes das medidas de segurança.

Em 1943, o Decreto-Lei 6.026 promove mudanças substanciais na disciplina da matéria, trazendo novas disposições acerca das medidas aplicáveis aos menores de 18 anos. Destaca-se o art. 2º, que se valia da periculosidade do adolescente para estipular a forma de

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.

³⁵⁰ Neste período encontram-se famosos estudos brasileiros que buscavam traçar as relações existentes entre o crime e os estados biopsicológicos e sociais de crianças e adolescentes, desembocando todos em visões não apenas positivistas, mas, por vezes, eugênicas. Leonídio Ribeiro, médico do Rio de Janeiro, estudando as influências do meio e as razões biológicas, as “causas da criminalidade”, sustentava que na campanha “em favor da criança” em que estavam os médicos, era opinião unânime que a medicina e os médicos teriam papel preponderante e eficiente (RIBEIRO, Leonídio. A criança e o crime. **Revista de Medicina**, São Paulo-SP, v. 19, n. 63, 1937, p. 54). Por isso, afirmava que as penitenciárias passaram cada vez mais, a alargar os domínios da antropologia criminal e da psicotécnica, de tal modo que uma prisão pudesse ser, antes de tudo, “um hospital e uma escola”, capaz de realizar a “regeneração dos criminosos” (*Idem*, p. 55). Também propugnava que a medicina e a pedagogia poderiam, pela assistência precoce às crianças “degeneradas”, ou “doentes”, suprimir grande parte dos motivos que poderiam conduzi-las a reações antissociais, e, assim, evitando que se tornassem “elementos perigosos para a sociedade” (*Idem*, p. 57). Finalmente, transcreve-se o seguinte trecho, que elucida bem o viés de suas ideias: “ao critério jurídico puro, que só nos tem permitido até agora a repressão e a punição dos criminosos adultos, devemos preferir, por todos os motivos, o critério social e humanitário, que visa, antes de tudo, defender o homem e a sociedade de seus elementos inúteis e perigosos” (*Idem*, p. 59).

³⁵¹ Art. 7º - No caso do art. 71 do Código de Menores (decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), o juiz determinará a Internação do menor em seção especial de escola de reforma.

§ 1º A internação durará, no mínimo, três anos.

§ 2º Se o menor completar vinte e um anos, sem que tenha sido revogada a medida de internação, será transferido para colônia agrícola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal.

§ 3º Aplicar-se-á, quanto á revogação da medida, o disposto no Código Penal sobre a revogação de medida de segurança.

intervenção judicial³⁵². Se os “motivos e as circunstâncias do fato” e as “condições do menor” não evidenciassem periculosidade, as medidas aplicáveis poderiam ser mais brandas e, em tese, menos repressivas: o juiz poderia deixar o adolescente com “o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou mandar interná-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional” ressalvando-se a possibilidade de se revogar ou modificar a decisão a qualquer tempo (art. 2º, “a”).

Porém, se os mesmos elementos dispostos anteriormente evidenciassem periculosidade, a medida aplicável seria mais repressiva, devendo o adolescente ser “internado em estabelecimento adequado até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público”, o Juiz declarasse a cessação da periculosidade.

O mesmo Decreto-Lei autorizava, em casos excepcionais, que o juiz internasse o “menor perigoso” em “seção especial de estabelecimento destinado a adultos”, até que se declarasse a cessação de sua periculosidade.

Na hipótese de o adolescente atingir a maioria sem que houvesse sido declarada a cessação da periculosidade, o Decreto-Lei (art. 2º, §2º) remetia ao art. 7º, §2º e 3º da Lei de Introdução ao Código Penal, seguindo-se a disciplina relativa às medidas de segurança.

Dispositivo do Decreto-Lei 6.026 permitia ao juiz, ainda que cessada a periculosidade e desligado o adolescente do estabelecimento de internação, impor-lhe “vigilância”, podendo mesmo cassar o desligamento no caso de inobservância das condições ou de nova revelação de periculosidade (art. 2º, §3º).

³⁵² Art. 2º São as seguintes as medidas aplicáveis aos menores de 14 a 18 anos:

a) se os motivos e as circunstâncias do fato e as condições do menor não evidenciam periculosidade, o Juiz poderá deixá-lo com o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou mandar interná-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional e, a qualquer tempo, revogar ou modificar a decisão;

b) se os elementos referidos na alínea anterior evidenciam periculosidade o menor será internado em estabelecimento adequado, até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público, o Juiz declare a cessação da periculosidade.

§ 1º Em casos excepcionais, o Juiz poderá mandar internar o menor perigoso em seção especial de estabelecimento destinado a adultos, até que seja declarada a cessação da periculosidade, na forma da alínea b deste artigo.

§ 2º Completada a maioria sem que haja sido declarada a cessação da periculosidade, observar-se-ão os parágrafos 2º e 3º do art. 7 do decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

§ 3º O Juiz poderá sujeitar o menor desligado em virtude de cessação da periculosidade a vigilância, nas condições e pelo prazo que fixar, e cassar o desligamento no caso de inobservância das condições ou de nova revelação de periculosidade.

Na sequência, vale recordar a polêmica Lei 5.258/67³⁵³ que, prevendo, em seu art. 2º internação por prazo não inferior a dois terços do mínimo da pena privativa de liberdade na hipótese da prática de infração penal cominada com pena de reclusão, subvertia, na leitura de Alyrio Cavallieri, “todos os princípios conhecidos de Direito do Menor e se contradizia, determinando reeducação por prazo determinado”, além de provocar problemas de proporcionalidade no tratamento³⁵⁴. Essas e outras imperfeições culminaram em sua alteração, pela Lei 5.439/68, fazendo com que se repetissem, essencialmente, as previsões do Decreto-Lei 6.026/1943.

Outro marco fundamental desta trajetória é a Lei 6.697/79, o segundo Código de Menores brasileiro. Esta legislação já não mais se valia da expressão “periculosidade” de forma tão explícita quanto nos diplomas antecedentes; no entanto, a categoria continuava a ser a marca deste Código, em pelo menos dois momentos essenciais: na configuração da “situação irregular”, permitindo a aplicação do Código a adolescentes que se encontrassem em “perigo moral” (art. 2º, III³⁵⁵), que se verificava quando o adolescente se encontrasse, de modo habitual, “em ambiente contrário aos bons costumes” ou em “exploração de atividade contrária aos bons costumes”; e na execução da internação prevista pelo Código (art. 41³⁵⁶), possibilitando, caso não cessasse o motivo para aplicação da medida (que outro não poderia ser senão a periculosidade), a transferência do adolescente para “estabelecimento adequado” e a transferência da execução da medida para o Juízo da Execução Penal.

³⁵³ Conforme Alyrio Cavallieri, a referida lei teria sido promulgada em razão do impacto do famoso caso Aída Cury, que envolveu adolescente, contando com forte clamor da imprensa (CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 143).

³⁵⁴ CAVALLIERI, Alyrio. *Op. cit.*, p. 143-144.

³⁵⁵ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

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;

³⁵⁶ Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

§ 1º O menor sujeito à medida referida neste artigo será reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção de medida.

§ 2º Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade.

§ 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o *motivo* em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal.

Rompendo radicalmente com o modelo anterior, a Constituição de 1988, apesar de consagrar a “doutrina da proteção integral”, assegurar uma série de direitos e garantias no art. 227 (dentre os quais se destaca o próprio “caput”³⁵⁷ e o §3º, inc. V ³⁵⁸) e elevar a inimputabilidade penal de menores de 18 anos ao nível constitucional (art. 228 ³⁵⁹), não criou, em relação à Justiça Juvenil, um sistema próprio e explícito de princípios similar ao das penas ³⁶⁰.

A grande norma seguinte à Carta é a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que, ratificada pelo Estado brasileiro pelo Decreto 99.710/1990, integra o ordenamento jurídico pátrio com força vinculativa. No que diz respeito à questão relativa à periculosidade e culpabilidade, destaca-se o art. 40.1³⁶¹, que impõe tratamento digno a 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 modo a “promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros”. Em que pese o dispositivo se referir, em outros momentos, à “culpa”, ou à declaração de culpa da criança – que mais parecem se referir a questões processuais de imputação do ato infracional -, é a norma do art. 40.1 que guarda mais afinidade com a culpabilidade, em especial, à sua dimensão de circunstância judicial de aplicação da pena. Vale ressaltar ainda o art. 40.3, “b”, que orienta que o tratamento a esses jovens seja feito, sempre que possível, sem recorrer a procedimentos judiciais, desde que respeitadas as garantias legais e os direitos humanos ³⁶².

Por fim, o ECA e a Lei do SINASE (Lei 12.594/2012) retiram do direito relativo à infância e adolescência qualquer referência à periculosidade ou a seus elementos

³⁵⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁵⁸ Art. 227, §3º, V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

³⁵⁹ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

³⁶⁰ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Ano 17, números 19/20, 1º e 2º semestres de 2012, p. 463.

³⁶¹ Art. 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.

³⁶² Art. 40.3, “b” - A adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitadas plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

constitutivos. Porém, estas leis não criaram uma disciplina específica para a culpabilidade do adolescente.

Pelo Estatuto, a medida socioeducativa é aplicável pela capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e gravidade da infração (art. 112, §1º³⁶³), podendo-se, analogicamente, aplicar o art. 100, caput do diploma, que fornece uma diretriz pedagógica à aplicação das medidas, reforçando-se vínculos familiares e comunitários³⁶⁴. É também digno de nota que o art. 189 não faz qualquer referência a excludentes de culpabilidade³⁶⁵, tal como o art. 386, VI, CPP³⁶⁶, devendo este ser aplicado por analogia.

A Lei do Sinase, por sua vez, é um diploma bastante fértil em sentido programático, trazendo balizas mínimas para a aplicação de medidas socioeducativas e para a configuração de uma culpabilidade para o adolescente – notadamente, art. 1º, §2º³⁶⁷ e art. 35³⁶⁸. Entretanto, também não trouxe uma disciplina específica para a referida categoria conceitual.

³⁶³ Art. 112, § 1º - A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

³⁶⁴ Art. 100 - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

³⁶⁵ Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato ato infracional;
- IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

³⁶⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

³⁶⁷ Art. 1º, § 2º - Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 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;
- II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- 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.

³⁶⁸ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

- I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
- VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
- IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

A conclusão a que se chega pela leitura do sistema normativo inaugurado após a Constituição de 1988 é que *à ruptura do sistema menorista tutelar baseado, direta ou indiretamente, na periculosidade do adolescente, que fundamentava e mensurava tanto a intervenção policial-judicial quanto a responsabilização por meio da aplicação de medidas restritivas de liberdade, não se seguiu uma nova disciplina, expressa, especificada e rigorosa para a fundamentação e mensuração das medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente em conflito com a lei*, mesmo tendo havido avanços significativos no que diz respeito à consagração de limites mínimos às intervenções policiais e judiciais na liberdade do adolescente. Em outras palavras: no Brasil, *existe e permanece, em grande medida, uma lacuna normativa no que se refere à culpabilidade do adolescente*.

A hipótese que se cogita é, portanto, que, *na lacuna relativa à fundamentação e mensuração da culpabilidade do adolescente, permitir-se-ia seu preenchimento pela periculosidade tutelar menorista*, habilitando-se poder punitivo por formas e fundamentos inconstitucionais, funcionando esta categoria mais do que como um equivalente, mas como verdadeira substituta da culpabilidade.

Pelos limites e finalidades do trabalho, a presente hipótese será confrontada pela análise de decisões judiciais emblemáticas, em especial, do STJ³⁶⁹. Sabe-se que o processo socioeducativo é complexo, e que, por conseguinte, o adolescente se submete a reavaliações periódicas ao longo do cumprimento de medidas socioeducativas, conforme dispõe o art. 42 da Lei do Sinase. Entretanto, o objetivo aqui é se deter na análise do momento aplicativo da medida socioeducativa, seja em sentença ou acórdão. Evita-se, ao menos neste momento, uma pesquisa empírica mais ampla e profunda para se permitir e privilegiar uma reflexão dogmático-teórica com bases empíricas minimamente aceitáveis.

Foram objeto de pesquisa nos sítios eletrônicos dos tribunais apenas acórdãos, descartando-se decisões monocráticas ou decisões em agravos regimentais, primeiro pesquisando-se pelas palavras-chave “medida socioeducativa, periculosidade”; “medida

³⁶⁹ Em relação a tribunais inferiores e varas especializadas já foi feita análise de dados por Karyna Sposato e Maria Auxiliadora Minahim. As Professoras pesquisaram, entre janeiro de 2008 a julho de 2009, casos e decisões não apenas do próprio STJ, como dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e Bahia; bem como varas da infância e juventude de São Paulo, Porto Alegre, Recife e Salvador. Observou-se como a construção da ideia de periculosidade dos adolescentes, na forma de etiquetagem, é bastante frequente nos argumentos de justificação da internação (SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Revista Direito GV**. Vol. 7, n.1. p. 277-298, São Paulo, 2011).

socioeducativa, personalidade” (já que frequentemente a expressão “personalidade” é utilizada para compor o elemento maior da periculosidade) e “reiteração, atos infracionais”.

No HC 267.623 – MG (2013/0093123-0), impetrado pela Defensoria Pública de Minas Gerais em favor de três adolescentes submetidos a medida de internação pela prática de atos infracionais equiparados aos crimes previstos no art. 157, §2º, I e II, e §3º, CP postulando que a medida de internação não foi imposta após análise da situação peculiar de cada um dos adolescentes, e que não estariam preenchidos os requisitos para a imposição da medida, a Quinta Turma do STJ, por unanimidade, denegou a ordem, ao argumento de que as instâncias ordinárias ressaltaram a necessidade da medida, como se transcreve abaixo,

Em razão da periculosidade dos menores (grifo nosso), “concretamente evidenciada a partir das circunstâncias que cercaram a prática do ato infracional”, assim como pelo fato de a folha de antecedentes revelar que o episódio não é isolado na vida de nenhum dos três, pois já lhes foram aplicadas outras medidas socioeducativas. Dessa forma, verifica-se que os adolescentes não apresentam condições pessoais favoráveis ao retorno imediato ao convívio social³⁷⁰.

O HC 270.587 – SP (2013/0152082-9) teve destino semelhante. Impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de dois adolescentes submetidos à internação pela prática de ato infracional equiparado a roubo circunstanciado, nele alegou-se que seria inadequada a medida aplicada aos pacientes, uma vez que "*um adulto, primário, condenado por crime de roubo, ainda que com as causas de aumento, dificilmente teria sua liberdade privada*", e por ter sido estabelecida tão somente com base na gravidade do ato, requerendo, no mérito, a substituição da medida por outra em meio aberto.

A Quinta Turma do STJ, por unanimidade, primeiro julgou prejudicado o *writ* em relação ao segundo paciente, já que este já cumpria liberdade assistida e, em relação ao primeiro, denegou a ordem, em razão de as instâncias ordinárias, ao legitimarem a aplicação da medida de internação, terem levado em consideração não apenas a violência, justificando motivadamente a necessidade da medida, mas também "*a personalidade voltada para a delinquência e extrema periculosidade no modo de proceder*", não havendo, por isso, constrangimento ilegal; ademais, seria possível a aplicação da medida socioeducativa de internação da hipótese de ato cometido com violência, por si só³⁷¹.

³⁷⁰ STJ, HC 267.623/MG, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 13/08/2013, DJE 23/08/2013, p. 4-5.

³⁷¹ STJ, HC 270.587/SP, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 15/10/2013, DJE 25/10/2013, p. 4.

Na Sexta Turma, verificou-se julgado que teve o mesmo resultado. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pelo HC 298.931 – SP (2014/0169834-4) impetrado em favor de adolescente internado pela prática de ato infracional análogo ao delito previsto no art. 157, §2º, I e II, CP, buscou, em substituição ao recurso próprio, a cassação da medida imposta, sob o fundamento de que ela sua imposição violaria o princípio constitucional da excepcionalidade e que o art. 122 do ECA, por si só, não ensejaria a aplicação de internação, devendo-se cotejar as peculiaridades fáticas de cada caso e as condições pessoais de cada adolescente.

Por unanimidade, a Sexta Turma denegou a ordem. Em primeiro lugar, os ministros enfatizaram a inadmissibilidade do manejo de HC em substituição ao recurso cabível, uma vez que sua banalização representaria verdadeiro “índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores”³⁷². No mérito, alinhando-se às decisões nas instâncias inferiores, os ministros mantiveram a medida de internação:

In casu, as instâncias ordinárias destacaram que "*embora primário*, o adolescente não relutou em ingressar na vida delinquencial, praticando um roubo duplamente agravado, cometido com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, o que revela sua personalidade voltada para a delinquência e extrema periculosidade no modo de proceder"³⁷³. Enaltecem, ainda, que consta no relatório técnico do adolescente que "está em situação de risco pessoal e vulnerabilidade social, 'transparece certa influência e envolvimento com pessoas do meio infracional (fls. 35), bem como relatou à equipe técnica que está 'envolvido com o meio infracional há um ano e diz já ter roubado outros carros", de modo que, ante a situação pessoal de vulnerabilidade que se apresenta, está justificada a medida extrema"³⁷⁴.

No HC 312.048 – SP (2014/0334933-6), impetrado em favor de três adolescentes internados em razão da prática de ato infracional análogo ao delito do art. 157, §2º, I e II c/c art. 70 e 61, II, "h", CP, alegou-se precariedade das provas existentes nos autos de que os pacientes tenham cometido o ato infracional imputado, por imprecisão das declarações das testemunhas, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*, impondo-se a desinternação com a restituição da liberdade aos adolescentes, expedindo-se o competente alvará de soltura.

A Quinta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e denegou a ordem, em razão da *periculosidade* dos adolescentes, revelada pelas circunstâncias concretas do caso (ato infracional análogo ao crime de roubo, praticado com emprego de faca, em que os três

³⁷² STJ, HC 298.931/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura (Voto), J. 23/09/2014, DJE 09/10/2014, p. 6.

³⁷³ Vale notar como o sujeito é considerado perigoso sempre: se ele tem antecedentes ou é reincidente, sua vida pregressa atesta sua periculosidade; se ele for primário, os meios e modos de execução do delito é que indicarão seu desvio de personalidade.

³⁷⁴ *Idem*, p. 7-8.

agentes, menores de idade, abordaram as vítimas, dois idosos, anunciaram o assalto e após subtraírem dinheiro, fugiram), pelo que se justificaria a medida de internação imposta; ademais, em relação a um dos adolescentes, já teria sido imposta medida socioeducativa em meio aberto, por atos infracionais correlatos aos crimes de ameaça, dano e lesão corporal no âmbito das relações domésticas, mas que ele não cumpria adequadamente³⁷⁵.

No HC 172.802 – PE (2010/0088470-3), movido pela Defensoria Pública do Estado de Pernambuco em favor de adolescente sujeito a medida de semiliberdade pelo ato infracional análogo ao crime do art. 157, §2º, II, CP, tal como nos outros casos, a Quinta Turma denegou a ordem por unanimidade, na esteira do Tribunal a quo, entendendo que a medida seria cabível uma vez que a Corte não teria levado em consideração apenas a violência contra a pessoa, justificando motivadamente a necessidade da medida, especialmente em razão do comportamento desajustado do Paciente, “*de sua personalidade voltada para a prática de atos equiparados a crimes (vários roubos)*”, por ter abandonado a escola e por seu pai não ter controle de seus atos³⁷⁶. Há de se notar que aqui não se invocou expressamente a periculosidade, mas se justificou a imposição da medida por seu traço característico, a personalidade voltada para a prática de infrações, além de culpabilizar a família pelo ato³⁷⁷.

Destaca-se, igualmente, o HC 85.602 – SP (2007/0146478-6), impetrado em favor de adolescente em semiliberdade pela prática de ato infracional análogo a tráfico ilícito de entorpecentes. O impetrante, invocando o art. 120, §2º, que estabelece que à semiliberdade deve-se aplicar, no que couber, o disposto relativamente à internação, sustentava não ser o tráfico ilícito de entorpecentes ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, postulando assim a aplicação de medida adequada em regime aberto. A Quinta Turma, por unanimidade, denegou a ordem:

Verifica-se, portanto, que foi atendida a exigência de apreciação das condições pessoais do infrator, uma vez que foram apontados elementos concretos - histórico comprometido com a vida delitiva e omissão de sua família, que não exerce

³⁷⁵ STJ, HC 312.048/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Convocado, TJ/PE), (Voto), J. 28/04/2015, DJE 13/05/2015, p. 5.

³⁷⁶ STJ, HC 172.802/PE, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 14/06/2011, DJE 28/06/2011, p. 2.

³⁷⁷ A imposição de medidas socioeducativas mais gravosas em razão de “desestrutura” ou “descontrole” familiar pelos atos do adolescente é muito frequente, e também evidencia a permanência do paradigma da periculosidade menorista na Justiça Juvenil, conforme demonstra pesquisa qualitativa de jurisprudência nos arquivos do TJRS realizada por Ana Paula Motta Costa e Júlia Maia Goldani entre 2012 e 2014 (COSTA, Ana Paula Motta; GOLDANI, Júlia Maia. A influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais de adolescentes: o intervencionismo familiar ainda se faz presente? **Textos & Contextos** (Porto Alegre), v. 14, n.1, p. 87-103, jan./jun. 2015).

nenhuma autoridade afetiva sobre o adolescente - a demonstrar a adequação da medida cerceadora de liberdade à ressocialização e reeducação do menor³⁷⁸.

A mesma Quinta Turma, no HC 198.653 – DF (2011/0040796-0), denegando a ordem por unanimidade, justificou a aplicação de medida de internação a adolescente que praticara ato infracional análogo a homicídio levando em consideração não apenas a violência, mas especialmente “em razão do comportamento desajustado do Paciente, de sua personalidade voltada para a prática de atos equiparados a crimes e de sua extrema periculosidade”³⁷⁹.

A Sexta Turma, em sua vez, no HC 277.098 – RN (2013/0305728-2), denegando a ordem por unanimidade, manteve medida de semiliberdade aplicada a adolescente condenado pela prática de ato infracional análogo ao crime de roubo por este possuir “personalidade agressiva” e “fazer uso constante de drogas”³⁸⁰.

Diante do HC 294.014 – SP (2014/0105532-9), movido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de adolescente internado por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, a Quinta Turma, por unanimidade, denegou a ordem baseando-se no argumento, levantado pelas instâncias inferiores, de que o adolescente revelava “personalidade distorcida, ausência de freios inibitórios, bem como completa ausência de respaldo familiar”³⁸¹.

Por fim, destaca-se o Recurso em Habeas Corpus 24.817 – DF (2008/0246135-1), que, interposto em favor de adolescente internado por ato infracional análogo a furto qualificado tentado, pugnavia pela anulação da sentença no tocante à medida aplicada uma vez que a conduta praticada pelo adolescente não se enquadraria nas hipóteses do art. 122, ECA, por não possuir o furto elementar de violência ou grave ameaça à pessoa no tipo penal.

A Quinta Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso:

Na hipótese, considerando que o menor já se viu envolvido na prática de 7 atos infracionais equiparados aos crimes de furto qualificado, demonstra uma personalidade voltada à prática de atos infracionais, justificando a aplicação da medida socioeducativa mais gravosa³⁸².

³⁷⁸ STJ, HC 85.602/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (Voto), J. 06/03/2008, DJE 31/03/2008, p. 9.

³⁷⁹ STJ, HC 198.653/DF, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 23/04/2013, DJE 30/04/2013, p. 3.

³⁸⁰ STJ, HC 277.098/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro (Voto), J. 16/04/2015, DJE 27/04/2015, p. 4.

³⁸¹ STJ, HC 294.014/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze (Voto), J. 10/06/2014, DJE 18/06/2014, p. 4.

³⁸² STJ, RHC 24.817/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima (Voto), J. 10/03/2009, DJE 06/04/2009, p. 3.

Encontram-se decisões deste tipo no próprio STF. No RHC 107.856 – DF movido pela Defensoria Pública da União em favor de adolescente internado pela prática dos atos infracionais análogos aos delitos do art. 121, 121, §2º, II CP e art. 14, Lei 10.826/2003, a Primeira Turma do STF, na linha das instâncias inferiores, manteve, por unanimidade, a medida aplicada não apenas pela gravidade abstrata do ato infracional, mas por conta da “periculosidade do menor”, demonstrada por seu “modus operandi”³⁸³.

Mais representativo da aplicação jurisprudencial da categoria da periculosidade na aplicação de medidas socioeducativas é o *entendimento dos tribunais superiores a respeito da hipótese de internação por reiteração no cometimento de atos infracionais*, consubstanciada no art. 122, II, ECA³⁸⁴.

De forma majoritária, a doutrina sempre postulou (e ainda postula) que a internação por reiteração na prática de atos infracionais dependeria da prática anterior de pelo menos três atos infracionais graves por parte do adolescente, comprovados por sentença transitada em julgado, dado que “reiteração” não se confundiria com “reincidência”, sendo, portanto, expressão diversa e mais exigente – o que se coaduna com o mandamento constitucional da brevidade e excepcionalidade na aplicação de qualquer medida privativa de liberdade sobre um adolescente (art. 227, §3º, V, CRFB)³⁸⁵.

A jurisprudência, por certo tempo, acompanhou este posicionamento³⁸⁶. Contudo, precedentes no STF e no STJ demonstram que as Cortes se apartaram da orientação hermenêutica tradicional.

No STF, o “*leading case*” responsável pela atual orientação interpretativa da Corte é o HC 84.218-6 – SP, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, de 2004. Impetrado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (não havia, à época, Defensoria Pública

³⁸³ STF, RHC 107.856/DF, Rel. Min. Luiz Fux (Voto), J. 13/12/2011, DJE 09/02/2012, DIVULG 08/02/2012, p. 1 e 4.

³⁸⁴ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

³⁸⁵ Nesse sentido, Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 231); Costa Saraiva (SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 176); em sentido contrário, Ishida, (ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 314). Josiane Petry Veronese ressalta, para fins de reiteração, que não basta a mera certidão de antecedentes fornecida pela autoridade policial, sendo indispensável a certidão cartorária constando o número do processo e a data do trânsito em julgado da sentença que aplicou determinada medida socioeducativa (VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?** : o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 225).

³⁸⁶ STJ, HC 27273/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 10/06/2003, DJE 04/08/2003.

consolidada) em favor de adolescente condenado à medida de internação pela prática de ato infracional análogo a tráfico de drogas³⁸⁷ e que, anteriormente, havia recebido medida de liberdade assistida pelos atos infracionais correspondentes a tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha, sustentou-se que não caberia internação por ausência de quaisquer das hipóteses do art. 122, ECA; que a gravidade do ato infracional não poderia, por si só, justificar a medida socioeducativa de internação e, repudiava o argumento de reiteração, uma vez que tal situação só restaria configurada quando praticados no mínimo três destes atos, ao que, na ocasião, o adolescente só teria praticado um³⁸⁸.

Por unanimidade de votos, a Primeira Turma do STF indeferiu o pedido de habeas corpus, seguindo os argumentos levantados pelo Ministro Relator.

Iniciou Joaquim Barbosa ressaltando que o ato infracional em tela, equiparado a tráfico, embora de “extrema gravidade”, “causador de grande parte dos problemas crônicos de criminalidade que assolam principalmente as grandes cidades brasileiras”, além de ser considerado hediondo, não justificaria por si só a aplicação da medida socioeducativa, uma vez que o inciso I do art. 122, ECA seria claro ao restringir a internação a atos praticados mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Nesse ponto, a despeito de suas considerações de Criminologia e política criminal de fundo (no mínimo problemáticas), o Relator concordou com o impetrante³⁸⁹.

Contudo, foi em relação ao que se entendia por reiteração que discordou Barbosa. Destacou o Relator que a sentença que impôs ao paciente a medida de internação assentou-se no fato de que o adolescente já cometera outras infrações graves e que fora sujeito à medida socioeducativa de liberdade assistida, a qual não se mostrara suficiente para afastá-lo da “vida criminosa”³⁹⁰.

Ademais, o argumento de que seriam necessários no mínimo três atos infracionais graves não teria fundamento legal, diante da simples leitura da lei. Na visão de Barbosa, o raciocínio seria uma construção jurisprudencial que buscou estabelecer restrições à aplicação da medida extrema de internação. O que o juiz deveria analisar e levar em consideração seriam apenas as “peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação da

³⁸⁷ No caso concreto, transporte de 559,7 gramas de “crack”.

³⁸⁸ STF, HC 84.218-6, Rel. Min. Joaquim Barbosa (Voto), J. 24/11/2004, DJE 18/04/2008, DIVULG 17/04/2008, p. 1-2.

³⁸⁹ *Idem*, p. 5-6.

³⁹⁰ *Idem*, p. 6-7.

justiça”. Dessa forma, assim como um adolescente que ostentasse várias incidências infracionais poderia receber medida socioeducativa mais branda, nada impediria que o jovem que ostentasse apenas uma prática infracional grave seja sancionado com internação; isto é, se, diante das condições pessoais do jovem, esta se mostre necessária. Para o Relator, tais condições seriam, por exemplo, o “meio social” onde vive, seu “grau de escolaridade”, sua família, suas “ocupações”, ou seja, tudo o que permitira uma “maior análise subjetiva do jovem”³⁹¹.

Apresenta-se, dessa maneira, qual o conteúdo do precedente firmado no STF no que diz respeito à reiteração. “Meio social”, “grau de escolaridade”, família, “ocupações”: estes elementos, além das considerações de defesa social elencadas por Barbosa (o “combate à criminalidade” e ao tráfico de drogas), remetem inevitavelmente aos parâmetros aplicativos da velha periculosidade positivista, característicos do período menorista anterior à Constituição de 1988, afrontando o conjunto de normas que pretende concretizar o princípio da proteção integral. Apesar disso, este, hoje, é o entendimento predominante no STF e adotado por parte da doutrina³⁹².

No STJ, embora julgados isolados já sinalizassem seu alinhamento ao STF, sua mudança de orientação trilhou caminhos um pouco diferentes. Isso porque, apesar do entendimento do Supremo, o STJ, de forma predominante, continuou a seguir o entendimento tradicional chancelado pela doutrina, isto é, que seria necessária, no mínimo, a prática comprovada de três atos infracionais graves anteriores para o cabimento da internação prevista no art. 122, II, ECA³⁹³.

A partir de inúmeros casos de internação por ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/06), que causavam perplexidade uma vez que esta infração, por ser praticada sem violência ou grave ameaça não admitiria tal medida socioeducativa extrema, o STJ editou, em 2012, a súmula 492, consagrando que “o ato

³⁹¹ STF, HC 84.218-6, Rel. Min. Joaquim Barbosa (Voto), J. 24/11/2004, DJE 18/04/2008, DIVULG 17/04/2008, p. 7-8.

³⁹² STF, HC 94.447, Rel. Min. Luiz Fux, J. 12/04/2011, DJE 15/04/2011, DIVULG 14/04/2011; e STF, HC 88.748, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 08/08/2006, DJE 18/08/2006, DIVULG 29/09/2006. Segue este entendimento Caroline Teixeira, que destaca a necessidade de que pelo menos dois outros atos infracionais já tenham sido reconhecidos em sentença transitada em julgado (TEIXEIRA, Caroline Köhler. As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação. **Revista da Emesc**. Vol. 20, n.26. p. 180. Florianópolis: Emesc, 2013).

³⁹³ STJ, HC 54.787/SP, Rel. Min. Felix Fischer, J. 03/10/2006, DJE 20/11/2006; STJ, HC 103.277/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 19/02/2009, DJE 06/04/2009; STJ, HC 108.466, Rel. Min. Felix Fischer, J. 21/08/2008, DJE 13/10/2008.

infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”³⁹⁴.

Em 2013, a Quinta Turma do STJ julgou o HC 280.478 – SP (2013/0356468-0), impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de adolescente condenado a medida de internação pela prática de ato infracional análogo a tráfico de drogas, e que ostentava apenas uma condenação anterior. O impetrante sustentava o não cabimento de medida de internação por não ter sido o ato infracional praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, e o paciente ostentar apenas uma condenação anterior, o que não se enquadraria em nenhuma das hipóteses do art. 122, ECA, postulando a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida³⁹⁵.

A Quinta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, seguindo o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio Belizze.

O Ministro Belizze ponderou, logo no início de seu voto, que a jurisprudência do STJ (súmula 492) apontava que ao ato infracional análogo a tráfico de drogas, não se autorizava, por si só, a imposição de medida de internação³⁹⁶. O Relator, dessa forma, invocou os argumentos do magistrado sentenciante, que entendeu que o Estado “não pode permitir a subversão da ordem pública diante da criminalidade”, e que “o adolescente já ostenta registro de antecedentes”, especificamente por tráfico de drogas³⁹⁷. O Tribunal de origem chancelou o entendimento do magistrado.

Na visão do Min. Belizze, não haveria como se afastar das conclusões alcançadas, pois a medida de internação teria sido aplicada em atenção às peculiaridades do caso, notadamente “a comprovada reiteração na prática de atos infracionais” e a “ineficiência das medidas anteriormente impostas, que não desencorajaram o paciente de persistir na contramão da lei”³⁹⁸.

O Relator reconheceu que a jurisprudência do STJ firmara-se no sentido de que a reiteração só se configuraria verificadas, no mínimo, três infrações graves; entretanto, destacou o entendimento firmado no STF a partir do HC 84.218-6, e passou a seguir aqueles

³⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 492. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Julgado em 08/08/2012, DJE 13/08/2012, p. 951.

³⁹⁵ STJ, HC 280.478/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze (Voto), J. 18/02/2014, DJE 26/02/2014, p. 1.

³⁹⁶ *Idem*, p. 4.

³⁹⁷ *Idem*, p. 4.

³⁹⁸ *Idem*, p. 5.

fundamentos levantados pelo Ministro Joaquim Barbosa, apontando ainda que a Quinta Turma já vinha se inclinando, em julgados anteriores, àquele entendimento³⁹⁹.

Hoje, a Quinta Turma do STJ já acompanha o STF, e, a Sexta Turma, embora ainda adote, majoritariamente, o entendimento tradicional mais exigente, sinaliza possibilidades de mudança, seja em certos julgados⁴⁰⁰, seja no que concerne ao posicionamento individual de parcela dos Ministros⁴⁰¹.

Assim, torna-se bastante claro que, no caso do STJ, a Lei e a Jurisprudência, ao invés de representarem limites e garantias fundamentais aos adolescentes, configuravam óbices significativos para a aplicação de medida de internação, especialmente para casos de tráfico de drogas. A forma de superar esses obstáculos foi se valer da posição do STF, isto é, empregando elementos característicos da periculosidade para possibilitar a aplicação de sanções extremas para casos de adolescentes autores de tráfico de drogas.

Diante de tudo que foi abordado, levantam-se as seguintes conclusões possíveis:

(a) A categoria da periculosidade relativa ao autor teve seu berço no Positivismo criminológico e sua inserção no Direito Penal provocou (e ainda provoca) graves contradições com o princípio da culpabilidade, servindo de porta de entrada para as mais diversas concepções jurídico-penais autoritárias⁴⁰²;

(b) As medidas aplicáveis a adolescentes autores de ato infracional e sua disciplina legal pertinente guardam congruência jurídica e criminológica com o nascimento das medidas de segurança, baseando-se ambas na periculosidade positivista, o que se revelou de forma bastante sensível pela análise do sistema tutelar menorista brasileiro edificado a partir do Código de Menores de 1927;

(c) A ruptura com o menorismo, promovida pelo advento da Constituição de 1988, passando pela Convenção sobre os Direitos da Criança, o ECA e a Lei do Sinase, embora tenha retirado formalmente do ordenamento o paradigma da periculosidade, não

³⁹⁹ *Idem*, p. 5-6.

⁴⁰⁰ STJ, HC 225.139/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 29/05/2012, DJE 11/06/2012.

⁴⁰¹ STJ, HC 330.573/SP, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, J. 05/11/2015, DJE 23/11/2015.

⁴⁰² Confirma-se a percepção de Fernanda Matsuda, que entende ser a periculosidade uma espécie de argumento estratégico de que se servem as diversas instancias de poder para justificar práticas de punição que não raro escapam à legalidade nos termos propostos pelo ordenamento jurídico e que incidem preferencialmente sobre determinadas categorias de sujeitos (MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade**: periculosidade e controle social no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2009, p. 3).

trouxe em seu lugar uma disciplina própria e específica para a culpabilidade do adolescente, deixando uma lacuna normativa na fundamentação e aplicação de medidas socioeducativas;

(d) Em vista dos casos e decisões judiciais analisados, é de se concluir que a lacuna normativa constatada pode ser (e muitas vezes é) preenchida não com a culpabilidade, mas com a periculosidade menorista ou seus elementos constitutivos, notadamente por análises de personalidade e conduta social, o que não possui qualquer respaldo jurídico. Além disso, trata-se de uma aplicação judicial que, quando confrontada com limites normativos rígidos, se presta a superá-los para permitir a aplicação de medidas sancionatórias mais extremas.

Sebastián Soler, em uma feliz passagem ao longo de seu estudo acerca do estado perigoso, condenou a posição comumente tomada no tema (o entusiasmo acerca da categoria da periculosidade), que seria de uma “atitude exclusivamente defensiva”, “lógica ante uma fera”, mas “não ante um homem, e o criminoso é um homem”⁴⁰³. Parafraçando o grande jurista argentino, a lacuna aberta no ordenamento em relação à culpabilidade do adolescente torna possível seu tratamento conforme a periculosidade, e, quando isso ocorre, não se lhe trata como ser humano, mas como “fera”.

Dessa forma, a primeira condição para se estruturar uma culpabilidade para o Direito Penal Juvenil – e, dessa forma, tratar o adolescente autor de ato infracional verdadeiramente como um sujeito, e não um objeto - deve ser de, necessariamente, rejeitar toda concepção que possa remeter à periculosidade positivista, por sua franca inconstitucionalidade, inconveniência (isto é, a afronta aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil) e colisão direta com o princípio da proteção integral.

Visto que o adolescente é um sujeito culpável vulnerável, sujeito à seletividade do sistema penal e da Justiça Juvenil, e que, devido à lacuna existente no tratamento de sua culpabilidade, muitas vezes lhe tem subtraída sua condição de sujeito de direitos, passa-se na sequência ao segundo pilar de sua culpabilidade: a relação do sujeito com o bem jurídico violado.

⁴⁰³ SOLER, Sebastián. **Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929, p. 197.

2.3 O objeto violado pelo ato infracional: o bem jurídico

Findas as análises relativas ao sujeito culpável, importa agora proceder ao estudo do segundo pilar constitutivo da culpabilidade, de acordo com a leitura de Davi Tangerino: a universalidade axiológica dos bens jurídicos, fazendo com que o Direito Penal assumira as feições de herdeiro do direito natural⁴⁰⁴.

É importante esclarecer que serão trazidas pesquisas e investigações criminológicas relativas, precipuamente, ao Direito Penal comum, o que não causa, contudo, qualquer prejuízo ou inconsistência quando trazidas para o Direito Penal Juvenil.

2.3.1 A imagem do bem jurídico e sua desconstrução criminológica

O título do tópico que ora se inicia é muito amplo e pode suscitar no leitor a impressão de que se procederá à análise do conhecido percurso histórico traçado pelo bem jurídico ao longo do desenvolvimento dogmático. Embora a matéria seja de muita importância para o Direito Penal, sendo objeto de inúmeros trabalhos de peso⁴⁰⁵, dado que a pesquisa se volta para o Direito Penal Juvenil, não parece necessário, neste momento, imergir nessas investigações.

De forma um pouco mais modesta, mostra-se suficiente que se parta de uma concepção de bem jurídico que seja mais aceita e consagrada, e que goze de certa aceitação na dogmática em geral para, a partir dela, trazer alguns questionamentos oriundos de

⁴⁰⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77-78.

⁴⁰⁵ Confira-se, por exemplo, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1992; ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005; PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7ª Ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; SANTOS, Juarez Cirino, **Direito penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008; BOZZA, Fabio. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

investigações criminológicas de relevo. Assim, sem prejuízo de outros grandes doutrinadores, parte-se do conceito contemporâneo de bem jurídico cunhado por Claus Roxin⁴⁰⁶:

(...)podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Este conceito, segundo Roxin, indica que bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, mas podem também ser criados por ele (por exemplo, as pretensões atinentes ao Direito Tributário)⁴⁰⁷. Também se trata de um conceito que vai além do reconhecimento de bens jurídicos individuais, abrangendo também bens jurídicos da generalidade, desde que sirvam definitivamente ao cidadão do Estado em particular⁴⁰⁸. Por fim, é um conceito que busca ser crítico em relação à legislação, uma vez que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima⁴⁰⁹.

Apesar de esta ser uma respeitável definição de bem jurídico, que busca dotar a dogmática jurídico-penal de um instrumental teórico que possa obstaculizar racionalmente toda forma de expansão irracional de poder punitivo, é importante que se perceba como a categoria conceitual do bem jurídico padece de certas fragilidades teóricas de fundo que comprometem sua capacidade de rendimento.

Alessandro Baratta, em denso estudo crítico sobre o bem jurídico, percebeu formar-se no seio de sua construção dogmática uma argumentação circular, definindo-se o Direito Penal como um instrumento que tutela os interesses fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definindo-se estes interesses como vitais e fundamentais por serem tomados em consideração pelo Direito Penal⁴¹⁰.

A circularidade argumentativa promovida pelo bem jurídico traduz-se assim, em um duplo inconveniente, porque os interesses fundamentais são definidos pela lógica do discurso punitivo, baseando-se numa sociedade homogênea em que o desvio é tido como praticado por uma minoria; em segundo lugar, detém-se a atenção sobre os conflitos interindividuais e

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed, 2ª Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18-19.

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 19.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 19.

⁴⁰⁹ *Idem*, p. 20.

⁴¹⁰ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica. In: **Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)** Motevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 65.

aqueles entre “indivíduos e sociedade”, ao passo que se excluem os conflitos estruturais e grupais. Isso produz uma visão parcial e deformada sobre a negatividade social que, por conseguinte, torna a categoria conceitual incapaz de prover critérios eficazes para a valoração crítica dos sistemas punitivos existentes e para a formulação de projetos inovadores de política de controle social⁴¹¹.

A crítica parece, de fato, contundente, ainda mais quando se observa na realidade legislativa a proliferação e banalização de tipos penais e de leis penais extravagantes desde o final dos anos oitenta, questionando-se, assim, a viabilidade de um conceito crítico tal qual levantado por Roxin.

Esta deficiência dogmática apontada por Baratta repercute na ideia de universalidade axiológica que subjaz à categoria do bem jurídico⁴¹², e que provoca impactos significativos na construção da culpabilidade. Por essa razão, passa-se, nos tópicos seguintes, a analisar este atributo à luz da Criminologia.

2.3.2 Bem jurídico e culpabilidade: contribuições das teorias subculturais e do “labelling approach”

Recordando-se os pilares da culpabilidade já delineados, verifica-se a construção de um sujeito culpável que conhece, respeita e se determina pelas normas jurídico-penais, que, a seu turno, são reflexos do substrato jurídico fundamental para a sociedade (e compartilhado por seus membros) e que, uma vez violadas por esse sujeito, impõem a aplicação de uma sanção penal aflitiva.

O que se pretende problematizar agora é o aspecto de universalidade e homogeneidade axiológica insculpido na ideia de bem jurídico. Por representarem um sério contraponto a essa visão, apresentam-se as teorias das subculturas criminais e do “labelling approach” - sem prejuízo da teoria do pluralismo jurídico que, por possuir traços distintivos, será analisada em separado.

Preliminarmente, deve-se assentar o que se entende por “cultura” e “subcultura”. Há uma multiplicidade de conceituações possíveis para estas categorias; no entanto, selecionam-

⁴¹¹ *Idem*, p. 61.

⁴¹² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

se, por razões didáticas, as definições abrangentes de Hall e Jefferson, que, trabalhando com as subculturas juvenis britânicas do pós-guerra, consideram “cultura” a “maneira pela qual as relações sociais de um grupo são estruturadas e modeladas, mas também como essas formações são experimentadas, entendidas e interpretadas”⁴¹³; e “subculturas” como subconjuntos, “estruturas menores, localizadas e diferenciadas, dentro de uma ou outra das redes culturais mais amplas”⁴¹⁴. Naturalmente, nem toda subcultura é criminosa, havendo uma pluralidade de composições culturais possíveis.

Vera Malaguti leciona que a escola das teorias subculturais criminais origina-se da teoria de associações diferenciais (que possuem a anomia como base teórica explicativa) desenvolvida por Sutherland em seu estudo de crimes de colarinho branco⁴¹⁵. Na raiz desta escola estaria a tentativa de produção de políticas públicas de integração e mobilidade social em uma América heterogênea e conflitiva, apresentando-se como uma visão generosa de sociedade que ajudaria a construir o “welfare state” nos Estados Unidos⁴¹⁶. Em linhas gerais, verifica-se que a teoria das subculturas criminais, na lição de Pavarini,

representaria portanto a reação necessária de algumas minorias altamente desfavorecidas ante a exigência de sobreviver, orientar-se dentro de uma estrutura social, apesar das limitadíssimas possibilidades legítimas de atuar (tradução nossa)⁴¹⁷.

Feitas as considerações preliminares, há de se delimitar quais teorias das subculturas se está a analisar. Por serem as mais representativas, destacam-se as contribuições de Albert Cohen, Richard Cloward e Lloyd Ohlin, que serão trazidas aqui de forma geral.

Cohen, de forma meticulosa, diferencia as subculturas em geral da subcultura juvenil delinquente, e se refere a esta como “o modo de vida de certos grupos, ‘gangues’ de garotos que vem surgindo em grandes cidades americanas”; seus membros crescem, uns se tornam

⁴¹³ HALL, Stuart; JEFFERSON, Tony (orgs.). **Rituales de resistencia**: subculturas juveniles en la Gran Bretaña de postguerra. Trad. de A. Nicolás Miranda, Rodrigo O. Ottonello, Fernando Palazzolo. Madrid: Traficantes de Sueños, 2014, p. 63.

⁴¹⁴ *Idem*, p. 66.

⁴¹⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 69. Sobre a obra de Sutherland, conferir SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

⁴¹⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.*, p. 70.

⁴¹⁷ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Trad. de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 111.

cidadãos obedientes à lei, outros prosseguem em direção a formas mais adultas de criminalidade, mas a tradição delincente seria mantida viva pelos grupos que os sucedem⁴¹⁸.

Para Cohen, a subcultura delincente se caracteriza por ser “não utilitária”, “maliciosa” e “negativista”: “não utilitária” em razão da desconsideração de termos racionais e utilitários pelo esforço empregado e pelo risco corrido na prática do crime; “maliciosa”, por denotar certo gosto, prazer em desafiar e hostilizar a sociedade e seus tabus; e “negativista”, pela “polaridade negativa” com que se configura em relação às normas da “respeitável” sociedade adulta⁴¹⁹.

Por uma série de estudos e estatísticas levantados por Cohen, a distribuição social das subculturas juvenis delinquentes seria predominante na parcela masculina da classe trabalhadora da população juvenil⁴²⁰. É importante frisar que este diagnóstico diverge da velha leitura positivista de que as populações menos favorecidas teriam “tendências” biológicas ou sociais ao delito: Cohen é categórico ao afirmar que seria fora de dúvida que praticamente todas as crianças, independentemente da classe social, praticam delinquências⁴²¹. Assim, o comportamento delincente não é confinado às classes menos favorecidas, o que, entretanto, não significa que a impressão popular de que a delinquência juvenil seria principalmente um produto das classes e bairros menos favorecidos seja uma ilusão⁴²²; essa leitura motivaria apenas, por razões igualitárias e humanitárias, a que se minimize a concentração desproporcional de delinquência nos grupos menos prósperos, menos poderosos e respeitados⁴²³.

Na interpretação de Cohen, subculturas surgem, basicamente, por problemas individuais de ajustamento na sociedade que não se operam sozinhos, devendo-se considerar como pré-requisito a existência das condições necessárias para uma efetiva interação social⁴²⁴; a subcultura delincente é uma das formas de se lidar com problemas de ajustamento, que seriam essencialmente problemas de status: crianças seriam negadas de status na sociedade

⁴¹⁸ COHEN, Albert. **Delinquent boys**: the culture of the gang. New York, The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971, p. 13.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 25-28.

⁴²⁰ *Idem*, p. 37.

⁴²¹ *Idem*, p. 38.

⁴²² *Idem*, p. 42.

⁴²³ *Idem*, p. 42.

⁴²⁴ COHEN, Albert. **Delinquent boys**: the culture of the gang. New York, The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971, p. 70.

porque não poderiam atingir os critérios de respeito e status exigidos, fazendo com que a subcultura delincente possa prover o critério de status que essas crianças podem atingir⁴²⁵.

Cloward e Ohlin, por sua vez, adicionam e corrigem certos aspectos da teoria de Cohen⁴²⁶. Para estes autores, uma subcultura delincente é aquela em que certas formas de atividade delincente são fundamentais para o desempenho de papéis dominantes sustentados pela subcultura⁴²⁷.

Haveria três tipos de subculturas delincentes: “criminosa”, caracterizada por valores criminais e seus membros se orientam em direção a ganhos materiais; “conflitiva”, em que os membros buscam status pela manipulação de força ou ameaça de força e; “evasiva”, marcada pela alienação de papéis convencionais e pela ênfase no consumo de drogas⁴²⁸.

A análise dos autores parte essencialmente da visualização da delinquência como um meio para o atingimento de fins⁴²⁹. Assim, as pressões que levam à formação das subculturas delincentes seriam provenientes das discrepâncias entre as aspirações culturais dos jovens de classe baixa e as oportunidades para alcançá-las por meios legítimos⁴³⁰.

Na sequência das teorias subculturais, aponta-se o advento do paradigma do “labelling approach”, segundo a qual o desvio e a criminalidade não seriam qualidades intrínsecas de uma conduta ou entidades ontológicas pré-constituídas à reação social e penal, mas etiquetas atribuídas a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, processos formais e informais de definição e seleção⁴³¹. O autor fundamental a essa concepção é Howard Becker, segundo o qual desvio não era uma qualidade que residia no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele⁴³².

⁴²⁵ *Idem*, p. 121.

⁴²⁶ BOADAS, Carme Madrenas I. Una visión de la teoría de las subculturas criminales: Albert K. Cohen, y Richard A. Cloward y Lloyd E. Ohlin. **Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p.458, 1982.

⁴²⁷ CLOWARD, Richard; Ohlin, Lloyd. **Delinquency and opportunity: a theory of the delinquent gangs**. Londres: Routledge, reprinted edition, 1998, 2000, 2001, p. 7.

⁴²⁸ *Idem*, p. 20.

⁴²⁹ *Idem*, p. 22.

⁴³⁰ BOADAS, Carme Madrenas I. *Op. cit.*, p.450.

⁴³¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Disponível em: **Sequência**, Florianópolis, v. 16, nº. 30, 1995, p. 28.

⁴³² BECKER, Howard. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. Trad. de Maria Luíza X. de Borges; revisão técnica de Karina Kuchnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 27.

De acordo com Vera Andrade, a partir dessa concepção, já não se poderia, tecnicamente, falar em criminalidade e criminoso, mas, antes, em criminalização e criminalizado⁴³³, por serem expressões relativas à própria construção da realidade social. Vera Malaguti aponta ainda que para compreender a “criminalidade” tornar-se-ia imprescindível estudar a ação do sistema penal; desta forma, o status de delinquente seria produzido pelos efeitos estigmatizantes do sistema penal e, assim, promover-se-ia uma redefinição radical do objeto da criminologia.

Acerca deste grupo de contribuições da Criminologia, importa agora verificar de que forma impactam a culpabilidade.

De acordo com Alessandro Baratta, a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, afirmando que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais⁴³⁴. Por isso, “não existe, pois, um sistema de valores, ou o sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é livre de determinar-se, sendo culpável a atitude daqueles que, podendo, não se deixam ‘determinar pelo valor’”⁴³⁵. Relativiza-se, portanto, a imagem do Direito Penal como um “mínimo ético”⁴³⁶, ligado às exigências fundamentais da vida em sociedade, negando-se toda a teoria normativa e ética da culpabilidade, bem como o próprio princípio da reponsabilidade ética individual como base do sistema penal⁴³⁷.

André Nascimento, seguindo as lições de Baratta, aponta ainda que a autonomia moral do indivíduo consagrada na Constituição preceitua, na dimensão das funções do Direito Penal, que este não possui o papel de impor ou reforçar a uma determinada moral, mas, apenas, impedir a comissão de ações danosas a terceiros⁴³⁸.

Davi Tangerino, sublinhando as conclusões de Baratta, aponta que o “labelling approach” acrescenta à ideia de pluralidade normativa o ingrediente de que não existiriam propriamente valores *per se*, mas valores de quem observa contrastados com os daquele que é

⁴³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Op. cit.*, p. 28.

⁴³⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 73.

⁴³⁵ *Idem*, p. 74.

⁴³⁶ Representação eticizante do Direito Penal que se remete à Welzel (WELZEL, Hans. Verdad y límites del derecho natural. **Dianóia**, México, D.F, v. 10, nº 10, 1964, p. 239).

⁴³⁷ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 76.

⁴³⁸ NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: In: BATISTA, Nilo e _____ (org.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 61.

observado, despindo o fenômeno criminal de qualidades intrínsecas, o que reforça ainda mais a crítica à universalidade axiológica dos bens jurídicos⁴³⁹.

Salo de Carvalho, compartilhando das conclusões de Baratta e Tangerino, verifica que o conhecimento produzido sobre as subculturas criminais (e, do “labelling approach”, tido por Carvalho como o grande responsável pelo impacto do estudo das subculturas no campo criminológico)⁴⁴⁰ não apenas permite uma viragem paradigmática na Criminologia, como instiga à problematização de conceitos dogmáticos no Direito Penal como o da culpabilidade⁴⁴¹. O autor acrescenta as contribuições do pluralismo jurídico, que, embora seja um fenômeno distinto das subculturas criminais, associa-se às pesquisas neste campo na compreensão dos limites de interpretação da legalidade regida pelo positivismo dogmático⁴⁴².

3.3.3 A pluralidade referencial normativa do adolescente: contribuições do pluralismo jurídico

Salo de Carvalho leciona que a constatação de que a sociedade civil cria novos direitos, mesmo contra a lei, de forma organizada (por movimentos sociais) ou espontânea, involuntária, coletiva ou individualmente denota a perda do monopólio do Estado na elaboração do direito, desestabilizando, no que diz respeito ao Direito Penal, o processo de criminalização primária⁴⁴³. A crise do monismo jurídico, já no que concerne à criminalização secundária, se reflete no juízo de culpabilidade, expondo a “instrumentalidade antissecular da reprovabilidade”: a hierarquização, reforço ou solidificação de determinadas concepções morais como universais⁴⁴⁴. Assim, o reconhecimento do pluralismo jurídico problematiza a legitimidade do juízo de reprovação em um cenário de multiplicidade de expressões culturais e distintos ou conflitivos valores vigentes na sociedade⁴⁴⁵.

Na leitura de Wolkmer, a formulação teórica e doutrinária do “pluralismo” designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos

⁴³⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.

⁴⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 215.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 218.

⁴⁴² *Idem*, p. 212.

⁴⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 213.

autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si, emergindo como estratégia descentralizadora em face do monismo social e da teoria da soberania estatal⁴⁴⁶. Para o autor, o pluralismo jurídico deve ser visualizado tanto como fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, quanto como modelo que incorpora condicionantes inter-relacionados (formal e material) adequado às especificidades e às condições históricas de micro e macro sociedades políticas⁴⁴⁷.

Em clássico estudo desenvolvido no Rio de Janeiro, Boaventura de Sousa Santos anota que a juridicidade não oficial é um dos poucos instrumentos a que as classes oprimidas urbanas podem recorrer para organizar a vida comunitária, e conferir um mínimo de estabilidade a uma situação de estrutural precariedade, maximizando assim as possibilidades de resistência contra a intervenção do Estado ou das classes dominantes, fazendo aumentar o custo político de tal intervenção⁴⁴⁸.

Em obra específica acerca do reconhecimento de direitos fundamentais a crianças e adolescentes, Ana Paula Motta Costa assevera que, em decorrência de processos sociais complexos na sociedade plural do Brasil contemporâneo, desenvolveram-se normatividades jurídicas paralelas ao sistema jurídico estatal, localizadas, em especial, nas periferias urbanas⁴⁴⁹. Nesse contexto, a autora verifica que muitos adolescentes brasileiros referenciam-se em distintos planos jurídicos, os quais se definem por conta das especificidades dos grupos urbanos ou rurais a que pertencem, ou em razão da geração que representam; tais referências ou normatividades não seriam autônomas em relação ao direito estatal, mas se situariam em planos distintos⁴⁵⁰.

A autora prossegue verificando que, tendo em vista a especificidade dos adolescentes e jovens dessas periferias, poder-se-ia dizer que sua cultura seria resultado de múltiplas influências (famílias, origens sociais e étnicas, comunidades em que vivem, etc.),

⁴⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 172.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 170.

⁴⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 346. Santos anota ainda que embora o direito de Pasárgada (como chamou a comunidade em que viveu no Rio de Janeiro) refletisse a ideologia jurídica capitalista de base, na realidade atuava para organizar a ação social autônoma das classes populares contra as condições de reprodução impostas por um capitalismo voraz (*Idem*, p. 350).

⁴⁴⁹ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 89.

⁴⁵⁰ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 90.

pertencendo, portanto, a diferentes planos culturais e normativos, cujas regras de comportamento são utilizadas como referência para a solução dos conflitos que vivenciam⁴⁵¹.

Nessa gama de referências, o direito estatal é apenas mais um plano de normatividade, que, a princípio, deveria ser um instrumento de garantia de direitos fundamentais, mas que, muitas vezes, é empregado em sentido inverso, servindo como justificção para a violação destes mesmos direitos⁴⁵². Na percepção da autora, a intervenção do Estado, ainda que em nome de certa legalidade, tem sido repressiva em sentido amplo, seja pela repressão penal propriamente dita, seja pela atuação de políticas sociais, que deveriam garantir direitos, mas acabam se prestando a mero controle social⁴⁵³.

Assim, Motta Costa aduz que a constatação da existência de diferenças entre planos normativos demandaria um esforço de reflexão acerca das estratégias adotadas pelos envolvidos na gestão de eventuais conflitos gerados a partir das diferenças, compreender quais critérios utilizados pelos operadores jurídicos para a intervenção estatal; em suma, é necessário considerar que a norma estatal é um plano jurídico em que as pessoas referenciam-se para a realização de suas condutas, mas que existem outros, que são utilizados por adesão ou imposição, tratando-se de reconhecer uma outra racionalidade que, muitas vezes, justifica ou explica a atuação dos sujeitos⁴⁵⁴. Esse reconhecimento representa dar visibilidade à especificidade, dar voz (ou escutar a fala) aos adolescentes, em sua condição peculiar, a qual existe em razão da etapa de desenvolvimento etário e emocional que atravessam e da condição jurídico-cultural em que estão inseridos⁴⁵⁵.

Por fim, destacam-se, dois trabalhos empíricos no campo da infância e juventude brasileira que revelam um pouco desta pluralidade cultural, normativa e axiológica que se abordou de forma mais teórica nos tópicos anteriores e no presente.

Hélio Silva e Cláudia Milito, em trabalho etnográfico sobre meninos e meninas de rua, percebem:

O que leva o menino a ser internado tem um sabor a mais do que ter uma cama e refeições regulares. Tem o sabor da experiência, o poder dizer que fugiu (...) o fato

⁴⁵¹ *Idem*, p. 92.

⁴⁵² *Idem*, p. 92.

⁴⁵³ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁵⁴ *Idem*, p. 93.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 95.

de ele ir interno e depois sair confere um certo status, porque as aventuras são necessárias, a experiência (...) ⁴⁵⁶.

Prosseguem os autores:

A singularidade do menino de rua deriva da supressão imaginária de todos os laços que o integram em malhas sociais específicas. Tal supressão das dimensões sociais, seus laços, compromissos, obrigações, direitos e deveres é que alimentam a piedade piegas.

(...)A violência extrema que se abate sobre os meninos, acionada pela própria família em nome da internalização de códigos (que nos parecem sobre-humanos), realisticamente avaliados como indispensáveis à estratégia de sobrevivência indica muito claramente para que sociedade estão sendo preparadas e educadas nossas crianças.

(...)Ser em socialização, talvez a marca mais forte da infância seja a própria ideia de incompletude, o que torna a criança ator por excelência do disruptivo e do imprevisto. Essa incompletude e tal imprevisibilidade devem fornecer as lentes com as quais temos de angular o menino que está na rua, a infância que escorre por nossas esquinas e praças ⁴⁵⁷.

Diogo Lyra, a seu turno, apresenta uma obra etnográfica em que se propõe, por meio de entrevistas realizadas com jovens autores de ato infracional no Criad (Centro de Recursos Integrados de Atendimento ao Menor), órgão integrante do Degase (Departamento Geral de Ação Socioeducativa), a esclarecer quem são, o que querem, o que pensam e o que sentem alguns garotos de uma das regiões mais pobres do estado do Rio de Janeiro ⁴⁵⁸.

Traçando uma abordagem peculiar na compreensão da adesão do jovem ao crime, o autor constrói sua análise considerando os processos sociais singulares que distinguem a trajetória do menino do morro ⁴⁵⁹, o que teria a vantagem de atenuar as distâncias morais existentes em relação ao mundo destes meninos, deixando-se de se lhes apresentar como indivíduos cujo juízo moral pareça sempre fraco ante as necessidades de ter ou ser ⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ MILITO, Cláudia; SILVA, Hélio R.S. **Vozes do meio-fio**: etnografia. Rio de Janeiro: Relume-Demurá, 1995, p. 103.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 163-165.

⁴⁵⁸ LYRA, Diogo. **A República dos Meninos**: juventude, tráfico e virtude. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2013, p. 39.

⁴⁵⁹ O autor observa a predominância de dois enfoques distintos para a explicação da adesão do jovem ao crime: o primeiro, hegemônico, que destaca a precariedade material do menino do morro; o segundo, enfatizando a teoria do reconhecimento, caracterizando o processo como uma fonte de existência. Os dois pontos de vista teriam em comum a visão unidimensional do desejo, seja de consumir ou de existir, que motivaria e explicaria o ato de adesão. O autor então, sem discordar estes aspectos, oferece uma proposta distinta de análise, a partir dos processos da trajetória de vida do menino do morro. (LYRA, Diogo. **A República dos Meninos**: juventude, tráfico e virtude. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2013, p. 72).

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem*.

Durante as entrevistas com os jovens do Criam, o pesquisador percebeu que sempre que perguntados diretamente os jovens apresentavam a questão do envolvimento com o crime a partir da dualidade “necessidade” ou “farrá” (“safadeza”); a primeira definiria circunstâncias de carência; a segunda não teria nenhum resguardo moral que pudesse absolver o jovem de sua ação, sendo acompanhada de um juízo de valor que redimensionaria negativamente sua opção⁴⁶¹.

Interessante observação depreendida de sua pesquisa é a de que, ao contrário de inúmeros estudos sobre o tema (como Albert Cohen ou Alba Zaluar), a adesão do jovem ao crime não representaria um repúdio às instituições da escola e do trabalho, não possuindo este qualquer desprezo em relação a essas instituições ou estudantes ou trabalhadores, apenas substituindo os mecanismos sociais de ascensão disponíveis anteriormente por outros compatíveis com a realidade exclusiva do morro na qual sempre foi condenado a viver⁴⁶². Assim, não haveria competição entre dois elementos, “tráfico” e “trabalho”, sendo esferas distintas em que cada um tem o que é seu⁴⁶³.

Nas suas entrevistas, Lyra percebe alguns dos elementos já analisados por outros pesquisadores no que se refere à adesão do jovem ao delito, como status, respeitabilidade, aceitação pública, reputação⁴⁶⁴, mas observa também que a adesão possui três diferentes dimensões, “casual”, do “interesse” e da “vontade”⁴⁶⁵, cada qual demonstrando uma faceta deste complexo processo social.

O que mais diretamente interessa para a presente pesquisa é perceber como o “mundo do trabalho” e o “mundo do crime” são alocados pelo jovem em duas esferas distintas de realização e, uma vez que o menino do morro aloca cada uma destas formas de captação de recursos em determinado tipo de esfera existencial, o problema legal ou jurídico perde sentido, uma vez que o juízo moral que produz não se fundamenta puramente na dicotomia “legal x ilegal”, mas sim no que é legal ou ilegal dentro de cada uma dessas esferas pelas quais transita; assim, o juízo moral produzido pelo jovem não partiria do pressuposto da

⁴⁶¹ *Idem*, p. 89-90.

⁴⁶² *Idem*, p. 99.

⁴⁶³ *Idem*, p. 100.

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 102-103.

⁴⁶⁵ A dimensão “casual” não encontraria respaldo em causa específica, mas dialogaria com circunstâncias rotineiras e banais só possíveis em virtude das ambiguidades das relações sociais do morro; a dimensão “do interesse” se relacionaria com um horizonte de desejos cuja satisfação só poderia ser conseguida pelo próprio jovem, como um grito de autonomia pessoal; e, finalmente, a dimensão “da vontade” seria definida pela projeção que o jovem faz sobre determinada situação ou condição, representando a inscrição definitiva do jovem ao mundo adulto (LYRA, Diogo. **A República dos Meninos: juventude, tráfico e virtude**. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2013, p. 105-114).

ilegalidade do ato, não se ligaria ao tema do enriquecimento, mas sim ao da independência, e, dessa forma, o trânsito entre uma e outra esfera da vida é tomado como uma busca de oportunidades viáveis e exequíveis que ele deve aproveitar para expandir sua autonomia pessoal⁴⁶⁶.

O confronto das pesquisas levantadas neste tópico com uma proposta de construção da culpabilidade do adolescente para o Direito Penal Juvenil parece sugerir que tal categoria conceitual, quando elaborada para este campo específico, não pode partir da premissa de universalidade axiológica dos bens jurídicos – que, se já no Direito Penal comum é bastante questionável, no Direito Penal Juvenil sequer seria capaz de se adequar à realidade social do sujeito adolescente, um sujeito em construção e constitucionalmente considerado como em condição peculiar de desenvolvimento. Um juízo de reprovação edificado a partir de tal premissa representaria, no Direito Penal Juvenil, um giro moralizante e antissecular de volta ao direito tutelar menorista - que vai de encontro às próprias finalidades de pedagogia e reintegração social que (declaradamente) pretende alcançar, por ser paradoxal pretender-se ensinar ou reintegrar alguém através da repressão e da inculpação moral.

A constatação da existência de uma multiplicidade de referenciais normativos pelos quais o adolescente autor de ato infracional determina sua conduta não implica, por si mesma, em uma “carta branca” ao agir infracional. De fato, se o Direito Penal comum figura como um ramo do ordenamento jurídico em que o relacionamento entre “moral” (ética) e “direito” deve ser, no mínimo, de certo afastamento por força das garantias fundamentais de legalidade, lesividade, culpabilidade e secularização do direito (separação entre direito e moral), no Direito Penal Juvenil, por sua vez, parece haver certa aproximação entre os dois elementos.

De fato, o Direito Penal Juvenil se volta a um ser humano em formação, em condição peculiar de desenvolvimento, e tem por objetivo jurídico manifesto sua proteção, sua integração social e responsabilização: em outras palavras, o Direito Penal Juvenil é desafiado com a missão constitucional de permitir ao adolescente a construção e reconstrução de seus projetos de vida, que possam lhe assegurar respeito e dignidade. Ao menos neste ramo jurídico, o Direito não se apresenta como um mero limite negativo às liberdades individuais; ele se converte em um instrumento a serviço de um projeto mais generoso de sociedade. Dessa forma, o Direito Penal Juvenil se legitima quando se vincula, em linhas muito gerais, à missão ética de proporcionar a chamada “vida boa, com e para outrem em instituições justas”;

⁴⁶⁶ *Idem*, p. 119.

“solicitude”, comunhão com o outro, buscando a igualdade através da desigualdade, seja resultante de condições culturais e políticas particulares, como na amizade entre desiguais⁴⁶⁷. Cumprir essa missão passa a ser, por conseguinte, um verdadeiro teste de legitimação pelo qual toda concepção de culpabilidade do adolescente deve passar, e que, se bem cumprida, pode potencializar a capacidade de rendimento da categoria à luz da proteção integral.

2.4 A relação entre ato infracional e medida socioeducativa

O terceiro pilar da culpabilidade, tal qual delineado por Tangerino, é a indissociabilidade entre crime e pena, correspondendo ao “núcleo duro” do Direito Penal, a ponto de definir-lhe o próprio nome⁴⁶⁸, como observa o professor.

Constatando-se uma aproximação substancial, no plano fático, da medida socioeducativa com a pena, passa-se a estudar, no percurso teórico das principais teorias da pena, quais as finalidades, as justificativas atribuídas à sanção penal juvenil para que se possa estabelecer a relação entre o ato infracional e sua respectiva sanção.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que se opta, neste debate, pela terminologia *fundamento* da medida socioeducativa, e não *natureza*. Como leciona Afonso Armando Konzen, a natureza de determinado objeto diz respeito ao elemento substancial, material, e se relaciona ao que é, a uma essência, ao ser de um objeto; mas também pode dizer respeito ao elemento instrumental, à justificação, ao “dever ser” do objeto⁴⁶⁹. Grande parte da doutrina, infelizmente, não tem o cuidado de individualizar estas duas ordens de análise, o que obscurece a compreensão do debate, pois essas premissas muitas vezes se confundem.

Este recorte, embora não deixe de ser criticável⁴⁷⁰, possui certa utilidade semântica e didática; assim, não serão reunidos num mesmo conceito (“natureza”) elementos muito

⁴⁶⁷ Por todos, RICOUER, Paul. **O si-mesmo como outro**. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 186-187 e 212. Trabalhando esta perspectiva no próprio Direito Penal comum, TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246-247.

⁴⁶⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 117-119.

⁴⁶⁹ KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência socioeducativa** – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 41.

⁴⁷⁰ Alexandre Morais da Rosa, por exemplo, entende que partir da premissa de uma “natureza das coisas” é equivocado, pois se assenta numa ultrapassada filosofia da consciência, que separa, estanques, sujeito cognoscente e objeto cognoscível; uma filosofia que não resiste ao giro da filosofia da linguagem de Heidegger, que percebe a influência do próprio sujeito intérprete sobre o objeto interpretado (ROSA, Alexandre Morais da.,

distintos (substancial e instrumental), por motivos de clareza e coerência. Desta forma, ao se indagar sobre a *natureza* da medida socioeducativa, deve-se com isso se referir ao seu elemento material, ontológico, substancial; e no que se refere a questões de justificação e legitimação, será empregada a expressão *fundamento*, de vez que se indaga sua finalidade, seu propósito jurídico, sua razão de ser.

2.4.1 A medida socioeducativa entre a pedagogia e a retribuição

A doutrina dominante no Direito Penal Juvenil brasileiro se inclina a justificar a medida socioeducativa por duas ideias principais: *pedagogia e retribuição*.

Konzen, a partir da constatação de que a medida socioeducativa se reveste de *unilateralidade* (porque sua imposição prescinde da consulta à vontade do destinatário), *obrigatoriedade* (por ser o exercício do poder de coerção sobre o indivíduo que vê lançada contra si uma determinação em consequência de um acontecimento antecedente) e ser medida *aflitiva* à liberdade do adolescente, verifica ser medida de natureza substancialmente penal, e, como corolário lógico, impõe-se a incidência de todo o conjunto de instrumentos individuais e garantias hodiernamente construídas e expressamente previstas pelo direito⁴⁷¹.

No que toca ao fundamento, Konzen recorre ao art. 100, caput do ECA que dispõe que “na aplicação das medidas socioeducativas, levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas(...)”. Este é o pilar de que decorreria todo o viés pedagógico da medida socioeducativa, desde a sua cominação até a sua execução concreta.

Karyna Sposato segue posição semelhante. Para ela, a medida socioeducativa tem natureza penal, representando o exercício do poder do Estado e implicando em uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade; não diferiria das penas, cumprindo o mesmo papel de controle social que a pena, possuindo as mesmas finalidades e idêntico conteúdo⁴⁷².

Quanto ao fundamento, Sposato recorre às teorias da pena, aplicando-as por analogia⁴⁷³. Porém, adverte que para os adolescentes, o princípio da condição peculiar de

LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36 e 37).

⁴⁷¹ KONZEN, Afonso Armando. *Op. cit.*, p. 66-67; p. 91.

⁴⁷² SPOSATO, Karyna Baptista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 114.

⁴⁷³ *Idem*, p. 116.

pessoa em desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem; isto indicaria que a intervenção do Estado diante do cometimento de um ato infracional praticado por adolescente não se moveria pelo castigo e tampouco pela retribuição, lançando mão, assim, deste conteúdo estratégico correspondente à educação⁴⁷⁴.

João Batista Costa Saraiva é mais incisivo, entendendo que a medida socioeducativa tem finalidade pedagógica e natureza retributiva (por ser aplicada somente ao autor de ato infracional)⁴⁷⁵.

Sérgio Salomão Shecaira, sem desconhecer a natureza aflagrante e sancionatória das medidas socioeducativas, entende serem elas dotadas de caráter pedagógico e educativo, com finalidade de reforçar os vínculos familiares e comunitários do adolescente, aplicada em função da não conformação da conduta (prática do ato infracional) ao preceito da norma (Direito Penal Juvenil)⁴⁷⁶.

Ana Paula Motta Costa constata a natureza sancionatória das medidas socioeducativas, no sentido de que são aplicadas aos seus destinatários em decorrência de ato infracional (crime ou contravenção) praticado⁴⁷⁷.

Wilson Donizetti Liberati sustenta que, embora agregada à natureza aflagrante, a medida socioeducativa, como o próprio nome pode sugerir, é executada com finalidade pedagógico-educativa, sob o prisma da prevenção especial voltada para o futuro⁴⁷⁸.

Válter Ishida afirma possuírem as medidas socioeducativas características pedagógicas, mas também um escopo sancionador, como instrumento de defesa social⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ *Idem*, p. 116-117.

⁴⁷⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. 4ª ed. rev. e atual. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.71.

⁴⁷⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 189-191.

⁴⁷⁷ COSTA, Ana Paula Motta. Os direitos dos adolescentes no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, v.2, n. 24, 2013, p.54.

⁴⁷⁸ LIBERATI, Wilson Donizetti. Execução de medida socioeducativa em meio aberto: prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 370-371, acesso em 07 jun. 2016.

⁴⁷⁹ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 288.

Rossato, Lépure e Cunha compartilham do entendimento de que as medidas socioeducativas são medidas jurídicas de conteúdo pedagógico, mas, também de caráter sancionador⁴⁸⁰.

Como se pode perceber, a doutrina amplamente majoritária termina por legitimar a medida socioeducativa, seja atribuindo-lhe natureza penal, retributiva, seja conferindo-lhe propósito pedagógico.

2.4.2 O Direito Penal Juvenil e as teorias da pena: uma correlação necessária

Como se deixou firmado ao longo do trabalho, as medida socioeducativas não são essencialmente diferente das penas; por isso, elas também podem se inserir nas principais discussões relativas aos fundamentos da pena.

A primeira matriz teórica da pena é a *teoria absoluta*, que ganha aspectos diversos dependendo de cada autor, mas que consiste, em essência, no *retributivismo*, que, conforme Luís Greco, é definido como “a tese segundo a qual a pena se legitima por razões de justiça”⁴⁸¹. A base das teorias absolutas ou retributivistas é, fundamentalmente, um modelo iluminista de contrato social, em que o delito é tido como uma violação com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre o crime e a pena é estabelecida a partir de uma noção de dívida, e o poder de punir se expressa, nesses termos, como um direito/dever do Estado exercido por meio da expropriação forçada de algo de valor quantificável⁴⁸².

Há duas formas principais de retributivismo: o *kantiano* e o *hegeliano*. Para o primeiro, na *Metafísica dos Costumes* (1797), a lei penal é um imperativo categórico que deve ser respeitado sob quaisquer condições; rompendo-o, deve haver a determinação de uma pena⁴⁸³. É o famoso exemplo da ilha:

⁴⁸⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

⁴⁸¹ GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: _____; MARTINS, Antonio. **Direito Penal como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-280.

⁴⁸² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 53.

⁴⁸³ *Idem*, p. 54.

Mesmo que a sociedade civil fosse dissolver-se com o consenso de todos os seus membros, o último assassino que se encontra preso ainda teria de ser executado, para que a todos lhes seja imposto aquilo que por seus fatos merecem, e para que a culpa pelo derramamento de sangue não permaneça apegada ao povo, que não insistiu nessa punição; pois esse povo poderá ser considerado partícipe dessa violação pública de justiça (tradução nossa)⁴⁸⁴.

A pena, em Kant, não pode ter qualquer finalidade utilitária (relativa)⁴⁸⁵. Melhorar ou corrigir o homem delinquente, intimidar ou persuadir os não delinquentes a não praticarem crimes seriam objetivos ilegítimos, uma vez que se instrumentalizaria o homem, tornando-o meio para o alcance de um fim, o que tornaria a sanção imoral⁴⁸⁶.

O retributivismo hegeliano, por sua vez, ao invés de buscar uma justificação moral, como Kant, entende que a pena será justificada pela necessidade de recomposição do direito violado. Em *Princípios da Filosofia do Direito*, compreende-se que a violência da pena corresponderia àquela violência perpetrada contra o ordenamento jurídico – ou seja, sendo o crime a negação do direito, a pena é a negação do crime; a pena é, assim, a “negação da negação” que reafirma o direito⁴⁸⁷.

Estes são os principais modelos de retribuição, presentes seus argumentos, até hoje, em certos modelos neoretributivistas contemporâneos⁴⁸⁸. Porém, o retributivismo é severamente criticado.

⁴⁸⁴ KANT, Immanuel. **The metaphysics of morals**. Trad. de Mary Gregor. Nova York, Port Chester, Melbourne, Sydney: Cambridge University Press, 1991, p. 142.

⁴⁸⁵ Discorda desta visão Nicolás Santiago Cordini, apontando que o conhecido exemplo da ilha não poderia ser interpretado de forma isolada, e que, realizando-se uma leitura global da obra de Kant, sua teoria da pena não poderia ser um sistema puramente retributivo (CORDINI, Nicolás Santiago. La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XLIII (Valparaíso, Chile, 2014, 2º Semestre) p. 681). Kant desenvolveria sua teoria penal no âmbito da teoria do direito, cuja característica é o cumprimento da obrigação por meio da coação. A pena seria um instrumento dentre os quais conta o Estado para garantir o cumprimento da norma. O autor, portanto, deduz que a pena em Kant não pode ser interpretada como um mero critério de justiça, próprio do âmbito da moralidade, nem tampouco como mera retribuição (*Idem*, p. 698).

⁴⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 55.

⁴⁸⁷ O pensamento de Hegel no que diz respeito à pena possui algumas complexidades, notadamente porque sua concepção se vincula de forma radical à ideia de racionalidade e igualdade; no entanto, sua forma de retributivismo penal não passa de um aspecto mais particular de sua visão geral de justiça: “esta fenomenalidade do direito - em que ele mesmo e a sua existência empírica essencial, a vontade particular, coincidem imediatamente - torna-se evidente como tal quando, na injustiça, adquire a forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular, tornando-se então um direito particular. Mas a verdade desta aparência é o seu caráter negativo, e o direito, negando esta negação, restabelece-se e, utilizando este processo de mediação, regressando a si a partir da sua negação, acaba por determinar-se como real e válido aí mesmo onde começara por ser em si e imediato.” (HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 80).

⁴⁸⁸ Salo de Carvalho (_____. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 96-101) discorre sobre o assunto de maneira mais aprofundada, trazendo em sua obra o pensamento de Andrew von Hirsch (“Doing Justice: The choice of Punishments – The Report of the Comitte for

Roxin sustenta que a retribuição já não é mais cientificamente sustentável, primeiro porque se a missão do Direito Penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, a pena não pode ser aplicada por mera retribuição e, assim, prescindir de sua finalidade social; também a retribuição acarreta em consequências sociopolíticas indesejáveis, uma vez que uma execução penal que parta do princípio da imposição de um dano não pode reparar os danos na socialização que frequentemente são causa da comissão de fatos puníveis e, assim, não resulta em um instrumento adequado para o combate ao crime⁴⁸⁹.

Ferrajoli rechaça o retributivismo de matriz kantiana e hegeliana, verificando neles a existência da crença em um nexos necessário entre culpa e punição, o que confunde Direito e natureza e remete a concepções arcaicas de tipo mágico-religioso (a pena como restauração, remédio, cura, purificação do mal). Ademais, neles se atesta uma confusão entre a razão legal e a razão judicial da pena, respondendo o “por que punir” (legitimidade externa da pena) com o “como punir” (legitimidade interna), admitindo-se como resposta o princípio retributivo, que nada mais é do que a condição necessária de que a uma pena corresponde o cometimento de um delito⁴⁹⁰. A consequência dessa teoria, para Ferrajoli, é sua idoneidade para justificar modelos não liberais de direito penal máximo, uma vez que solidária ou com concepções jurídico-substanciais do delito e da verdade judiciária ou com concepções ético-formalistas do delito e dos poderes punitivo e proibitivo⁴⁹¹.

Zaffaroni e Batista apontam ainda a deficiência empírica do retributivismo, uma vez que inexistiria qualquer dado que permita afirmar que a sanção exerceria um papel de neutralização. Na realidade, um número muito grande de pessoas protagoniza o delito, mas o poder só seleciona os inábeis. Por fim, quando confrontado com perspectivas normativas, no sentido de se a pena “deve ser” retribuição, o retributivismo perde autonomia, cedendo lugar para outras teorias da pena⁴⁹².

the Study of Incarceration “, de 1976), que prega o discurso do “justo merecimento” contra certos equívocos do correccionalismo no que tange a aplicação da pena e na forma de resposta às crescentes demandas por endurecimento das penas e o custo relativamente alto das políticas de reabilitação. Também Zaffaroni menciona o retributivismo anglo-saxônico de Hart, para quem a pena se legitimaria em dois princípios: igualdade e liberdade (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 81).

⁴⁸⁹ ROXIN, Claus. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. In: _____; BELOFF, Mary et. al.. **Determinación judicial de la pena**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p.19.

⁴⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 237-239.

⁴⁹¹ *Idem*, p. 240.

⁴⁹² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 142.

Ademais, entendem os juristas latino-americanos que não se pode compreender uma função retributiva fora do marco de uma reparação, porque a retribuição não seria um fim em si mesmo (nem para Kant), mas sim um meio que encontra sentido quando associado a uma finalidade diferente, tal como a reparação ou a vingança. Nenhuma dessas duas finalidades, porém, corresponde a um ente distinto do próprio ofendido, como acontece com a pena⁴⁹³.

A segunda ordem de teorias da pena são as chamadas *teorias relativas: prevenção geral negativa e positiva; prevenção especial negativa e positiva*.

A *prevenção geral negativa* busca, em síntese, a dissuasão a partir do exemplo⁴⁹⁴. É igualmente assentada em bases contratualistas e parte do pressuposto da capacidade do autor do delito de valorar as consequências negativas de sua conduta e, a partir de um cálculo racional entre os custos e os benefícios do ato ilícito, optar pelo crime ou pela observância das regras jurídicas; ou seja, ancora-se na ideia iluminista de livre-arbítrio, questão de constante debate no que toca à culpabilidade e à teoria do delito⁴⁹⁵. Batista e Zaffaroni verificam, ainda, haver por detrás da antropologia da prevenção geral negativa uma lógica de mercado, que chegou inclusive a ser formulada expressamente, com aplicação do modelo econômico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo⁴⁹⁶. Os grandes expoentes históricos dessa teoria são Cesare Beccaria (*Dos Delitos e das Penas* – 1764) e Paul Johann Anselm von Feuerbach (*Anti-Hobbes* – 1798)⁴⁹⁷.

A prevenção geral negativa, além de sofrer críticas acerca das representações abstratas (ou hipotéticas) sobre o homem que lhe dão suporte, padece de dois grandes problemas: os efeitos de sua adoção como teoria e a inexistência de relação causal conclusiva entre a existência de sanções e o não cometimento de delitos⁴⁹⁸.

Francesco Carrara, no seu clássico *Programa de Direito Criminal*, já havia percebido que a intimidação

⁴⁹³ *Idem*, p. 142 e 143.

⁴⁹⁴ Batista e Zaffaroni exploram mais a fundo as espécies de prevenção geral negativa (*Idem*, p. 115 e 116), mas a conclusão é que a prevenção geral negativa usa a pena com fins de exemplarização – o que, dados os limites do trabalho, nos é suficiente apontar.

⁴⁹⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 66.

⁴⁹⁶ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Op. cit.* p.117.

⁴⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 62-65.

⁴⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 67-68.

conduz a uma agravação progressiva perpétua das penas; de fato, o delito cometido faz ver positivamente que o culpável não teve medo da pena, concluindo-se que, para assustar os outros, é necessário aumentá-la (tradução nossa)⁴⁹⁹.

Anotam ainda Batista e Zaffaroni que

A lógica da dissuasão intimidatória propõe a clara utilização de uma pessoa como recurso ou instrumento empregado pelo estado para seus próprios fins: a pessoa humana desaparece, reduzida a um meio a serviço dos fins estatais⁵⁰⁰.

No que concerne ao segundo problema, isto é, às possibilidades de verificação empíricas, Salo de Carvalho é certo:

Além de ser uma hipótese isenta de possibilidades empíricas de comprovação, o avanço da teoria criminológica e da penologia no século passado fornece elementos interpretativos que permitem afirmar que a prática ou não de crimes independe dos fatores de criminalização e/ou punição. Ressalte-se que isto não significa dizer que para algumas pessoas a pena não tenha um importante efeito simbólico inibidor. A dúvida posta pela Criminologia Crítica em relação ao fundamento dissuasivo é a de que o fenômeno pena é apenas um fator (e provavelmente o menos importante) dentre as inúmeras circunstâncias que influenciam a prática ou a abstinência de atos ilícitos⁵⁰¹.

Ademais, vale destacar que a criminalização (primária e secundária), como vista no terceiro capítulo, é seletiva – logo, o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis e estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer⁵⁰². Com absoluta propriedade, destacam Batista e Zaffaroni que “as únicas experiências com efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação são os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas”⁵⁰³.

Ao lado da prevenção geral negativa temos a *prevenção geral positiva*, que possui duas versões distintas. Em Welzel encontra-se uma *versão eticizada*, em que a pena se justifica no sentido de reforçar, fortalecer e conservar valores ético-sociais elementares perante o delinquent e a sociedade em face de ações que lesionam bens e se encaminham contra esses valores; e em Jakobs, por sua vez, desenvolve-se uma *versão sistêmica*, em que a pena reforça simbolicamente a confiança do público no sistema social (consenso), no sentido

⁴⁹⁹ CARRARA, Francesco. **Programme du cours de Droit Criminel**. Partie générale. 4ª Ed. Trad. de Paul Baret. Paris: Marescq Ainé, 1876, p. 322.

⁵⁰⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 120.

⁵⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 68.

⁵⁰² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; et al. *Op. cit.* p. 117.

⁵⁰³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 118.

de que este possa superar a desnormalização provocada pelo conflito; nesta versão a pena é aplicada na medida necessária para obter o reequilíbrio do sistema⁵⁰⁴.

No que toca à *versão sistêmica*, são inúmeras as críticas feitas pela doutrina. É suficiente apontar que, em primeiro lugar, ela é uma tautologia, se justificando em si mesma, uma vez que podemos reduzi-la à afirmação de que a pena gera o consenso que sustenta o sistema social, e este impõe a pena para gerar o consenso para continuar se sustentando. “O poder a alimenta para ser por ela alimentado”⁵⁰⁵.

Além disso, não há diferença significativa entre os efeitos da prevenção geral negativa e da prevenção geral positiva: enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os; e assim, quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, menos consenso haverá, e logo maiores penas serão aplicadas para que se produza o nível de consenso necessário ao sistema⁵⁰⁶.

Aqui também a crítica da instrumentalização da pessoa se faz necessária, uma vez que a prevenção geral positiva é, também, uma teoria que utiliza sua dor como símbolo. Por fim, apontam Batista e Zaffaroni “que sua falha mais notória é de natureza ética: legitima o que acontece pelo simples objetivo de que continue acontecendo, pois não passa disso reforçar positivamente o sistema, elevado assim a um valor supremo e imutável”⁵⁰⁷.

No que diz respeito à *versão eticizante*, precedente da versão sistêmica abordada acima, Batista e Zaffaroni observam que

Não se deve sustentar, de modo algum, que o saber o direito penal esteja desvinculado da ética (...) Mas o que se deve observar para esta tentativa de eticização é o seguinte: (i)diante do imenso poder de vigilância (e corrupção) que as agências que o exercem acumulam, a defesa dos valores éticos fundamentais não pode ser levada a cabo mediante a legitimação desse poder, mas precisamente através de sua contenção e limitação; (ii)aliás, a respeito de tal versão é válido, também, o que se disse acerca do pretense valor simbólico: os valores éticos não se fortalecem, mas se fomenta a certeza de que aqueles que são invulneráveis continuarão assim; (iii) tal versão pressupõe algo que é falso: nem todo delito afeta valores ético-sociais básicos; nas complexas sociedades modernas não há um único sistema de valores e, além do mais, a posição contrária está consagrando o estado como gerador de valores éticos, o que implica uma ditadura ética⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 116.

⁵⁰⁵ *Idem*, p. 122.

⁵⁰⁶ *Loc. cit.*

⁵⁰⁷ *Idem*, p. 123 e 124.

⁵⁰⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 124 e 125.

Por fim, esta versão de prevenção geral positiva termina por macular o princípio da lesividade, mas por razões formais, não materiais: isto porque se a essência do delito não se centra tanto no dano sofrido pelos bens jurídicos e sim pelo enfraquecimento dos valores ético-sociais (a consciência jurídica da população), a ofensa a bens jurídicos seria apenas um indício da debilitação dos valores, o que tem o inconveniente de remeter a uma lesão impossível de mesura, tornando assim a ofensa a bens jurídicos cada vez mais independente de deterioração ética. Em última análise, esta teoria desemboca numa retribuição por uma vida desobediente ao Estado⁵⁰⁹.

Vistas as teorias absolutas e preventivo-gerais, passamos agora para a análise das *teorias preventivo-especiais*, a começar pela *prevenção especial positiva*. Defendida, entre outros, por Ferri, Von Liszt, Ancel; e Röder, a seu turno, num viés moralizante⁵¹⁰, ela compreende a tentativa de se legitimar o poder punitivo atribuindo-lhe uma função positiva de melhoramento do próprio infrator e seu discurso se materializa nas chamadas *ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação*⁵¹¹. Suas raízes são, basicamente, modelos de correção moral e, posteriormente, médico-políciais⁵¹².

Percebe-se com a prevenção especial positiva uma virada discursiva, demonstrada por Salo de Carvalho:

A mudança no discurso da fundamentação da pena está associada às transformações no perfil do Estado nas democracias ocidentais. A alteração da forma de intervenção estatal consequentemente modifica os modelos de controle social. A sobreposição do Estado intervencionista (*welfare*) ao Estado liberal redimensionará a expectativa quanto às formas de atuação no controle do delito. Outrossim, a influência das teorias do positivismo criminológico e a autonomização da Criminologia em relação ao Direito Penal irão marcar uma nova concepção sobre a ingerência das agências estatais na execução das punições, com reflexos irreversíveis sobre as teorias de justificação das penas⁵¹³.

Com a prevenção especial positiva, o Direito Penal assiste a uma mudança radical: uma vez que o objetivo passa a ser a reforma individual do condenado, a investigação penológica deixa de ser matéria exclusiva dos juristas e jusfilósofos e passa a ser

⁵⁰⁹ *Idem*, p. 125.

⁵¹⁰ *Idem*, p. 116.

⁵¹¹ *Idem, ibidem*.

⁵¹² *Idem, ibidem*.

⁵¹³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 75.

compartilhada por investigadores de outros ramos; a atuação punitiva é, assim, desapropriada do jurídico e passa a ser do interesse direto de profissionais das áreas de saúde mental e do serviço social, notadamente psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais e pedagogos⁵¹⁴. Abandona-se a ideia de livre-arbítrio (presente no retributivismo e na prevenção geral negativa), passando-se a ter por base um modelo determinista de conduta, o que repercute não apenas na própria teoria do delito (nas concepções de culpabilidade), como as próprias fronteiras entre imputáveis e inimputáveis é bastante mitigada, como prova a própria justiça juvenil, ancorada desde seu nascedouro em um paradigma tutelar correcionalista.

É, possivelmente, a prevenção especial positiva a teoria que mais sofreu críticas, sobretudo pela Criminologia Crítica. Batista e Zaffaroni são precisos ao apontarem que

Hoje, através das Ciências Sociais, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisionizado. Conhece-se o processo interativo e a fixação de papéis que induz desempenhos de acordo com o estereótipo e o efeito reproduzidor da maior parte da criminalização. Sabe-se que a prisão compartilha as características das instituições totais ou de sequestro e a literatura aponta unanimemente seu efeito deteriorante, irreversível a longo prazo (...) É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis⁵¹⁵.

Paralelamente a estas críticas de ordem empírica, do ponto de vista teórico-normativo constata-se que a prevenção especial positiva institui modelos antisseculares de Direito Penal de autor⁵¹⁶, além de fomentar, no âmbito do processo penal, práticas inquisitórias com a redução progressiva do controle jurisdicional da determinação e execução das sanções penais⁵¹⁷.

Em razão das deficiências da prevenção especial positiva, temos, como uma forma de fuga, as *teorias de prevenção especial negativa* (cujo modelo é Raffaele Garofalo), na qual a criminalização também visa atingir a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade; a um mal para a pessoa corresponde um bem para a

⁵¹⁴ *Idem*, p. 76.

⁵¹⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 125-126.

⁵¹⁶ “Na medida em que seja realizável, a finalidade da correição coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificção externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 254).

⁵¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 86.

sociedade, que assume aspectos organicistas⁵¹⁸. Como verificam Batista e Zaffaroni, a defesa social é comum a todos os discursos legitimantes, mas se expressa mais cruamente nesta perspectiva, porque tem a peculiaridade de expô-la de modo mais grosseiro⁵¹⁹. Os juristas brasileiro e argentino assim compilam suas críticas a esta concepção:

Ao nível teórico, a ideia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa (art. 1º da Declaração de Universal dos Direitos Humanos e art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), cuja autonomia ética lhe permite orientar-se conforme o sentido. Por isso, a mera neutralização física está fora do conceito de direito, pelo menos em nosso atual horizonte cultural. (...) O importante é o corpo social, ou seja, o correspondente a uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas. A característica do poder punitivo dentro desta corrente é sua redução à coerção direta administrativa: não há diferença entre esta e a pena, pois as duas procuram neutralizar um perigo atual⁵²⁰.

Em uma perspectiva diversa das anteriores situa-se a concepção da pena como *prevenção à violência* de Ferrajoli:

O objetivo geral do Direito Penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a *minimização da violência na sociedade*. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. (...) A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. (...) *Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários*⁵²¹.

Zaffaroni, entretanto, rechaça a proposta de Ferrajoli. Entende que ela entra em contradição, ao menos parcialmente, dado que se constrói como uma teoria que pretende rechaçar argumentos empíricos para se legitimar, mas acaba se valendo de argumentos empíricos para afastar alternativas teóricas, como o abolicionismo⁵²². Em relação ao argumento da evitação da vingança, em verdade, trata-se de um programa mínimo proposto pelo iluminismo que jamais foi realizado; evitar a vingança desnecessita do exercício do

⁵¹⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Op. cit.* p. 127.

⁵¹⁹ *Idem*, p. 128.

⁵²⁰ *Idem, ibidem*.

⁵²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 311.

⁵²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 104.

poder do sistema penal; finalmente, comprova-se a deficiência do argumento pela própria experiência latino-americana, os genocídios ocorridos no continente, que permanecem, praticamente, impunes, sem que tenha havido um episódio de vingança massiva⁵²³.

Em função do exposto, verificam-se grandes fragilidades nos discursos de legitimação da pena, impondo-se, portanto, uma abertura de horizontes teóricos ao debate.

2.4.3 A teoria agnóstica da pena e sua aplicação no Direito Penal Juvenil: a teoria agnóstica da medida socioeducativa

A demonstração de fracasso ou, no mínimo, de sérias dúvidas acerca da correção ou legitimidade das justificações usuais da pena motivaram os penalistas a buscarem novos discursos acerca da questão criminal, isto é, do papel do Direito Penal e de sua legitimação social, política e jurídica. Na base destes discursos, encontra-se, de forma muito expressiva, o movimento conhecido por *abolicionismo penal*.

Conforme anota Sérgio Salomão Shecaira, a ideia de “abolição” tem sido usada desde o século XVIII, quando filantropos passaram a lutar pela pena de prisão como movimento humanitário em substituição às penas de açoites, trabalhos forçados, mutilações ou a própria pena de morte; também é um marco a luta pela abolição da escravatura surgida na Europa e na América nos séculos XVIII e XIX⁵²⁴, momento histórico de que se considera herdeiro o atual movimento abolicionista penal⁵²⁵.

Na esteira de Vera Malaguti⁵²⁶, o abolicionismo penal, como é conhecido hoje, encontra antecedentes desde William Godwin (1756-1836), teórico do anarquismo, e Josephine Butler (1826-1906), vitoriana defensora das prostitutas contra o higienismo policial. Contudo, é nos anos 1960, a partir de um conjunto de movimentos políticos contra a

⁵²³ *Idem*, p. 106.

⁵²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 366-367.

⁵²⁵ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 196.

⁵²⁶ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 108-109.

prisão⁵²⁷, que se formam as bases das mais radicais das críticas à pena, à prisão, ao sistema penal e ao próprio Direito Penal.

Vera Andrade recorda que, de fato, não existe “um” abolicionismo, mas vários abolicionismos, identificando-se diferentes perspectivas teóricas: uma variante estruturalista em Michel Foucault; uma variação materialista-marxista em Thomas Mathiesen; uma corrente fenomenológica, de Louk Hulsman, e outra, fenomenológica-historicista, de Nils Christie⁵²⁸. Em que pese a importância de Foucault nos estudos da prisão e da dinâmica do poder⁵²⁹, será dada maior ênfase a Mathiesen, Christie e Hulsman não apenas por suas críticas à prisão e ao sistema penal, mas pelos dois últimos terem contribuído significativamente para as bases teóricas de novas formas de resolução de conflitos em matéria criminal, questionando seriamente o vínculo estreito entre delito e pena aflitiva.

A obra principal de Mathiesen, considerada o ponto de partida do abolicionismo, é *As políticas da abolição*, de 1974, em que ele descreve as estratégias do movimento de desencarceramento escandinavo nos anos anteriores, assentando as bases para uma estratégia (de “incompletude”, ou “inacabado”) do punitivo⁵³⁰. Nela, Mathiesen defende uma “moratória” no processo de construção de novas prisões a partir de oito premissas⁵³¹:

- (a) A Criminologia e a Sociologia demonstraram que o objetivo de melhora do detento é irreal, sendo constatável o efeito contrário de destruição da personalidade e a incitação da reincidência;
- (b) O efeito de prevenção geral é absolutamente incerto, só é possível estabelecer alguma relação do impacto de políticas econômicas e sociais na dissuasão do delito;
- (c) Grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram delitos contra a propriedade, ou seja, bens jurídicos disponíveis;
- (d) A construção de novos presídios é irreversível;

⁵²⁷ Por exemplo, o KRUM na Suécia, 1965; KRIM – Dinamarca, 1967; KROM – Noruega, 1968; KRAK – Alemanha, 1970; entre outros na Europa e nos EUA.

⁵²⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista da Esmesc*, V. 13, n. 19, 2006, p. 465.

⁵²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramalhete. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010; _____. *Microfísica do poder*. 26ª ed. São Paulo: Graal, 2013.

⁵³⁰ ANITUA Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 702.

⁵³¹ MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. In: *Abolicionismo*. Orgs.: Mariano Ciafardini e Alejandro Alagia. Buenos Aires: Ediar, 1988, p. 119-124.

- (e) O sistema carcerário, na qualidade de instituição total, tem caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções;
- (f) Prisões (são?) como formas institucionais e sociais desumanas;
- (g) O sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais;
- (h) O custo econômico do modelo carcerário é inaceitável.

Naquele momento, afirma Mathiesen que se vislumbrava e esperava a possibilidade de retração no sistema penal. Entretanto, isto não veio a acontecer, verificando-se, na verdade, exatamente o contrário⁵³². Todavia, o autor entende que essa expansão não significa que uma política de abolição tenha se tornado irrelevante ou inválida, embora necessite de maior desenvolvimento; a abolição de prisões é uma tarefa de longo prazo, requerendo mudanças sociais estruturais. Mesmo assim, o criminólogo sustenta que tais princípios não deveriam ser abandonados⁵³³.

Dando prosseguimento a suas ideias, em *Julgamento da prisão*, Mathiesen aponta e critica ao longo da obra a defesa do cárcere por diversas justificações, perguntando-se “é defendível o cárcere através da reabilitação”? “É defendível o cárcere pela prevenção geral”? “É defendível o cárcere desde a inabilitação e dissuasão individual”? “É defendível o cárcere pela justiça”? Ao fim, conclui que nenhuma teoria de defesa social ou de justiça é capaz de defender o cárcere, sendo este um fracasso quanto a seus próprios propósitos⁵³⁴. Na verdade, o que justificaria a existência do cárcere apesar de seu fracasso é o que o autor chama de *ideologia da prisão*, que a legitima e lhe dá vida, assumindo diversas facetas e funções reais na sociedade capitalista em que se insere⁵³⁵. Assim, ao fracasso da prisão, requer-se, racionalmente, sua redução e eventual abolição⁵³⁶.

⁵³² *Idem*, p. 111.

⁵³³ *Idem*, p. 112-113.

⁵³⁴ MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Rev. de Mario Coriolano, Trad. de Amanda Zamuner. Buenos Aires: 2003, p. 223.

⁵³⁵ O autor enumera dois elementos de tal ideologia: (i) um elemento de apoio, composto de cinco funções: (a) purgatória, em que o cárcere consiste na alocação da população improdutivo; (b) consuntiva de poder, em que se mantém os internos como pessoas improdutivo desprovidas de poder; (c) função de distração, já que como o cárcere captura com mais frequência pessoas de classes menos favorecidas, desvia-se a atenção da sociedade dos perigos promovidos pelos detentores do poder; (d) função simbólica, em que a etiquetagem de uns poucos encarcerados operaria, simbolicamente, eximindo culpa dos que estão de fora; e, finalmente, (e) função executiva, por ser o cárcere a sanção mais visível na sociedade; (ii) um elemento de negação, em que se negaria, de diversos âmbitos (desde tribunais a meios de comunicação) o fracasso da prisão (*Idem*, p. 223-226).

⁵³⁶ *Idem*, p. 229.

Nils Christie, por sua vez, trabalhando a partir de perspectivas concretas, de modelos de resolução de conflitos, lançou críticas importantes em *Conflicts as property* (1977), em que percebe e discorre sobre um fenômeno fundamental para a edificação do controle jurídico-penal, o “confisco do conflito”, deixando a vítima em segundo plano⁵³⁷. Na visão de Christie, uma consequência negativa deste processo seria, além da supressão dos direitos das vítimas dos conflitos, a perda, para a própria sociedade, da chance de discussão e atualização de seu próprio direito, do quão justo ou injusto estariam ofensor e vítima em seus conflitos⁵³⁸.

Em *Os limites da dor*, Nils Christie aborda de forma mais aprofundada a problemática entre delito e castigo, deixando claro logo no prefácio que “a imposição de um castigo dentro do marco da lei significa causar dor, dor deliberada”, afirmando ainda que chegara a hora de firmar posição no sentido de descrever sua futilidade e tomar uma posição moral que advogue por estabelecer restrições severas ao uso da dor como um meio de controle social⁵³⁹. Nesta obra, Christie é claro ao retirar todos os eufemismos e nomenclaturas legais⁵⁴⁰ e assentar que, quando se esteja em dúvida, não se deve impor dor, e que se deve impor o mínimo de dor possível, buscando-se opções aos castigos, e não apenas castigos opcionais⁵⁴¹.

Por fim, vale destacar suas mais recentes contribuições (afastando-se de um marco abolicionista), em *Uma quantidade razoável de crime*, em que pontuou que “o crime não existe” (na esteira de Louk Hulsman, como se verá a seguir), mas sim, atos, aos quais frequentemente são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes⁵⁴².

Louk Hulsman, por sua vez, construiu um abolicionismo que, na leitura de Nilo Batista, se assentaria em três premissas básicas (mas que não se esgotam):

- (a) O “non sense” do sistema penal;
- (b) A recusa de um conceito ontológico de crime;

⁵³⁷ CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property*. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, nº 1, Jan. 1977, p. 3-4. Batista e Zaffaroni apontam que a pena como coerção excludente da vítima firmou-se definitivamente entre os séculos XII e XIII, já que antes os conflitos eram resolvidos por via reparadora (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro**, I. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 102). No século XIII nasce em definitivo o sistema penal, edificado a partir da subtração pelo Estado dos conflitos outrora pertencentes às vítimas e suas comunidades que passam a figurar como objetos em um modelo de decisão e exercício de poder vertical (*Idem*, p. 385).

⁵³⁸ CHRISTIE, Nils. *Op. cit.*, p. 7-8.

⁵³⁹ _____. **Los límites del dolor**. 1ª reimpressão. Trad. de Mariluz Caso. México, D.F: Fondo de Cultura, 1988, p. 7-8.

⁵⁴⁰ Nils Christie demonstra como as palavras, sobretudo as utilizadas no sistema penal, disfarçam ou enganam a realidade dolorosa das penas e sanções, crítica, aliás, absolutamente pertinente para o sistema de justiça juvenil. (*Idem*, p. 16-19).

⁵⁴¹ *Idem*, p. 14.

⁵⁴² CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 20.

(c) As afinidades entre a cultura punitiva ocidental e a tradição judaico-cristã, particularmente em sua institucionalização eclesiástica⁵⁴³.

Neste primeiro ponto, as críticas de Hulsman ao funcionamento do sistema penal são muito intensas. O autor verifica que normalmente se concebe o sistema penal como um sistema racional, elaborado e controlado pelo homem, o que não corresponderia à realidade, uma vez que cada órgão ou serviço do sistema trabalha isoladamente, de forma estanque, o que favorece o desenvolvimento de critérios de ação, ideologias e culturas próprias, reorientando as agências do sistema não para objetivos externos, mas sim, para objetivos internos, de relegitimação das próprias agências⁵⁴⁴. Nas palavras de Hulsman “é como se estivéssemos numa linha de montagem, em que o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta seu parafuso, e, ao final da linha de montagem, sai o produto final do sistema – de cada quatro pessoas, um prisioneiro”⁵⁴⁵.

Acerca da recusa a qualquer conceito ontológico de crime, Hulsman entende que o delito não é objeto, mas sim, o produto da política criminal, sendo a criminalização uma das várias maneiras de construir a realidade social⁵⁴⁶. Haveria apenas, isto sim, *situações problemáticas*, que, sem a participação das pessoas diretamente envolvidas, seriam impossíveis de serem resolvidas de forma humana⁵⁴⁷.

Em relação às afinidades entre o punitivismo ocidental e a tradição judaico-cristã, Hulsman anota que o sistema penal foi concebido num clima de teologia escolástica, e esta ideologia se mostraria presente até hoje. Tal cosmologia é concebida a partir de um ponto absoluto: Deus onipotente e onisciente. Da mesma forma o discurso do sistema de justiça criminal se constrói, substituindo-se este Deus pela lei e as instituições do momento, consideradas como expressão de uma justiça eterna⁵⁴⁸. Assim, a dicotomia inocente-culpado, sobre a qual se estrutura o sistema penal é facilmente aceita⁵⁴⁹. Nesse sistema, o cárcere se

⁵⁴³ BATISTA, Nilo. Relembração de Louk Hulsman. In: _____; KOSOVSKI, Ester (orgs). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 58-60.

⁵⁴⁴ HULSMAN, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam Editora Ltda., 1993, p. 58-60.

⁵⁴⁵ *Idem*, p. 61.

⁵⁴⁶ HULSMAN, Louk. Criminología crítica y el concepto del delito. In: RAMÍREZ, Juan Bustos (org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 127-128.

⁵⁴⁷ _____; Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam Editora Ltda., 1993, p. 101.

⁵⁴⁸ HULSMAN, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam Editora Ltda., 1993, p. 68.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 68.

substitui ao purgatório, local em que o sujeito sofre de acordo com os pecados que cometeu⁵⁵⁰.

Vistos os principais expoentes do abolicionismo ao redor do mundo, no Brasil, merece destaque Edson Passetti, que leciona que o abolicionismo penal emergiu como resistência numa sociedade de controles, combatendo não mais somente as formas tradicionais de aprisionamento, mas também o crescente regime de penalizações que fortifica ainda mais a cultura do castigo⁵⁵¹. Relacionando o abolicionismo à Justiça Juvenil:

O fim da prisão para adolescentes, ou abolir a penalização criminal é uma resposta à vertente jurídica do realismo criminológico que postula políticas de tolerância zero e que, em nome do reconhecimento de que a prisão não educa e não corrige comportamentos, pretende trancafiar o infrator com penas cada vez mais altas. (...) Se para o adulto infrator considerado perigoso as medidas de “tolerância zero” se pretendem humanistas por suprimirem a pena de morte, para os jovens infratores internados elas sinalizam seu inevitável futuro, não como cidadãos, mas como prisioneiros em tempo integral⁵⁵².

Este conjunto de considerações e conclusões a respeito do sistema penal e do Direito Penal enseja, nos saberes jurídico-penais, a formação de um novo discurso, uma teoria da pena radicalmente diversa das anteriores: a *teoria agnóstica da pena*. Esta teoria sustenta não se saber qual o fundamento jurídico da pena, mas, apenas, o que a pena, de fato, é. Nas palavras de Batista e Zaffaroni, a pena

é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. Cuida-se de um conceito negativo, uma vez que não concede qualquer função positiva à pena; e é obtido por exclusão, já que é uma coerção que não se enquadra nem num modelo reparador ou administrativo direto. É também uma perspectiva agnóstica quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la⁵⁵³.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que a única finalidade possível de ser atribuída a um modelo agnóstico de pena é a *contração de poder punitivo*⁵⁵⁴.

A base metodológica deste entendimento é a violação intencional à Lei de Hume (máxima lógica segundo a qual não é possível alcançar logicamente conclusões prescritivas ou morais a partir de elementos descritivos ou fáticos e vice-versa), permitindo-se que o saber

⁵⁵⁰ BATISTA, Nilo. Relembração de Louk Hulsman. In: _____; KOSOVSKI, Ester (orgs). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 60.

⁵⁵¹ PASSETTI, Edson. Louk Hulsman e o abolicionismo libertário. In: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 68-69.

⁵⁵² _____. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 373.

⁵⁵³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.99.

⁵⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 149.

empírico sobre o funcionamento das agências do controle penal sirva como instrumento de desconstrução, modificação e transposição do saber dogmático⁵⁵⁵.

Trata-se de uma concepção contemporaneamente defendida no Brasil por Nilo Batista, Salo de Carvalho, Davi Tangerino, entre outros⁵⁵⁶, que, além de ter sólidas bases no discurso criminológico crítico - a partir do desvelamento das funções reais do poder punitivo – assume que o fundamento da pena da pena é político, isto é, de servir de instrumento para o exercício do poder punitivo instituído; verifica a função de controle social da sanção criminal; percebe a pena como um fenômeno incancelável, ao menos até o presente das sociedades atuais; e, por fim, entende que a sanção criminal, como um ato político de coação, é um fenômeno da realidade, constante em sociedades de cultura punitivista, que necessita urgentemente ser contido (teleologia redutora) em razão de sua pulsão violenta (tendência ao excesso)⁵⁵⁷.

Conforme Davi Tangerino, pensada em sentido agnóstico, a imposição de pena passa a atender a ditames de controle social, e não mais de justa retribuição de um mal causado ou medida por um meio cuja aplicação se busca a prevenção de novas condutas más, sendo apenas mais uma resposta estatal a uma resistência ao controle social⁵⁵⁸; ou, mais diretamente, a pena se torna uma *confissão pública de fracasso na composição de um conflito*⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ *Idem*, p. 48-50.

⁵⁵⁶ Tobias Barreto, já em 1886, em “Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir” (publicado na 2ª edição de “Menores e loucos”), antecipava em muito a construção atual teoria agnóstica negativa da pena, que nele se inspira: “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”. (BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: _____. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 151). Contudo, é importante que se perceba que Tobias Barreto é um autor cuja obra suscita grandes controvérsias. De um lado, Aníbal Bruno interpretava que a pena, para Barreto, era imperativo de segurança social, cujo fim seria a emenda do criminoso, o que estaria cristalizado na defesa social imanente no referido ensaio (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo 1º**: introdução, norma penal, fato punível. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 185). Zaffaroni, a seu turno, compreende que Barreto não foi um autor sistemático, e seu pensamento seria permeado por algumas contradições que seriam devidas ao amadurecimento de suas ideias com o passar do tempo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila, 1993, p. 157). O professor argentino entende que, embora Barreto tenha feito uma deslegitimação da pena, teria terminado explicando-a de forma análoga ao atual funcionalismo sistêmico, e que, diante dessa divergência, nunca se saberá se sua descrição funcional da pena é uma justificação ou uma denúncia (*Idem*, p. 167-168). Na versão brasileira de seu manual, juntamente com o prof. Nilo Batista, resgata-se Tobias Barreto em sentido deslegitimante como base da construção atual da teoria agnóstica da pena (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 109). Salo de Carvalho segue a mesma interpretação, apontando ter Barreto antecipado a crítica criminológica da década de setenta do século passado (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265).

⁵⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 147-149.

⁵⁵⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pena é política. **Revista Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano 19, números 21/22, 1º e 2º semestres de 2014, p. 55.

⁵⁵⁹ _____. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185-186.

Feitas estas considerações quanto à pena criminal, igualmente aplicáveis à medida socioeducativa, Alexandre Morais da Rosa sustenta que esta, assim como aquela, teria também fundamento agnóstico. Ao analisar criticamente o pensamento dominante do Direito Penal Juvenil (ou, como chama, “Direito Infracional”), o jurista verifica que enquanto se defender um fundamento pedagógico para a medida socioeducativa – e, por conseguinte, visões de defesa social, legitimantes do poder punitivo -, nada mudaria; “a medida socioeducativa não pode pretender reeducar, nem deseducar, corrigir ou corromper, melhorar nem piorar o adolescente”⁵⁶⁰.

Diante disso, Morais da Rosa sustenta que a medida socioeducativa, longe de uma fundamentação jurídica, possui somente uma justificação política, de ato de força estatal, afastando-se dela qualquer justificação retributiva ou preventiva, em postura garantista-infracional, informada pelo princípio da secularização e laicização do Estado, propondo-se assim uma *teoria agnóstica da medida socioeducativa*, que a percebe como ato de poder, legando ao Direito Penal Juvenil a finalidade de redução das violências praticadas pelo Estado⁵⁶¹.

Trata-se de uma concepção sustentável no âmbito do Direito Penal Juvenil e que encontra amparo normativo. Em âmbito internacional, as convenções, tratados e demais instrumentos assinados e ratificados pelo Brasil se orientam no sentido de que a sanção aflitiva a crianças e adolescentes deve, sempre, ser a última medida a ser tomada, apenas para casos extremos. Em âmbito nacional, por sua vez, a Constituição de 1988 é silente em orientar de forma finalística as medidas socioeducativas; e o ECA, em que pese o viés retributivo e pedagógico que outorga às medidas, elenca um vasto rol de alternativas e aberturas a formas diferenciadas de resolução de conflito. A Lei do SINASE, apesar de elencar no art. 1º, como objetivos das medidas a responsabilização do adolescente, sua integração social e a desaprovação da conduta infracional, comporta chaves de leitura mais emancipatórias em interpretação sistemática, considerando-se as diretrizes expressas de mínima intervenção, excepcionalidade da imposição das sanções e prioridade a práticas ou medidas restaurativas, que atendam às necessidades das vítimas (art. 35, Lei 12.594/2012).

Portanto, a partir de uma teoria agnóstica da medida socioeducativa, reintegração social e responsabilização pelo ato infracional passam a ser, em verdade, direitos do

⁵⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da., LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42.

⁵⁶¹ *Idem*, p. 267.

adolescente autor de ato infracional, devendo ele ser tratado como um verdadeiro sujeito de direitos, pessoa humana em condição peculiar de desenvolvimento e que, por essa condição, merece respeito e proteção do Estado, da família e da sociedade, não podendo ser estigmatizado ou instrumentalizado pelo poder punitivo.

Ademais, a partir deste embasamento teórico, promove-se uma abertura e incentivo na Justiça Juvenil a modelos alternativos de resolução de conflitos, notadamente meios dialogais, participativos e não judiciais, que permitam o envolvimento direto das partes e da comunidade na solução de suas controvérsias⁵⁶².

Em conclusão, com o desfazimento definitivo dos enlaces entre ato infracional e medida socioeducativa, abre-se espaço na dogmática penal juvenil para a elaboração de uma categoria conceitual própria de culpabilidade, capaz de encarnar todas as conclusões e investigações desenvolvidas até aqui, preenchendo o Direito Penal Juvenil de sentido garantidor e limitativo. Este é o desafio que se enfrentará no capítulo seguinte.

⁵⁶² O meio de maior destaque na atualidade é a chamada “justiça restaurativa”, que, na conhecida definição de Tony Marshall, consiste em um “processo pelo qual as partes envolvidas em uma ofensa específica coletivamente resolvem como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro” (MARSHALL, Tony. **Restorative justice: an overview**. Londres: Home Office Information and Publications Group, 1999, p. 5). De fato, trata-se de uma forma de resolução de conflitos bastante ampla, que, conforme Daniel Achutti, congloba uma série de práticas distintas, como “apoio à vítima”, “mediação vítima-ofensor”, “conferências restaurativas”, “círculos de sentença e cura”, “comitês de paz”, “conselhos de cidadania”, “serviço comunitário”, dentre outras (ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77-81).

3 EM BUSCA DE UM REALINHAMENTO DOGMÁTICO DA CULPABILIDADE DO ADOLESCENTE

3.1 Fundamentos materiais para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil

Por que se conceber uma culpabilidade para o adolescente? Por que e em que medida essa culpabilidade difere da culpabilidade de uma pessoa adulta?

Ao longo dos capítulos anteriores, demonstrou-se a necessidade de aplicação e desenvolvimento da culpabilidade no Direito Penal Juvenil. Sua correta categorização e configuração, entretanto, é matéria que demanda um ônus argumentativo muito maior, a começar pela resposta às perguntas acima, que se referem ao fundamento de legitimidade jurídica e política, à dimensão material da culpabilidade. As respostas a estas perguntas serão as vigas estruturais desta categoria, e a partir delas serão delineados os contornos de seus elementos dogmáticos, seja em relação ao ato infracional, seja em relação à aplicação de medidas socioeducativas.

No primeiro capítulo, demonstrou-se como, a partir do finalismo, a culpabilidade se compreendeu, em definitivo, como um puro juízo de reprovabilidade, ou seja, uma qualidade da ação antijurídica que possibilita fazer um reproche pessoal ao autor desta ação porque não a omitiu quando podia e devia fazê-lo⁵⁶³. Tal juízo de desvalor sobre a vontade do autor se justifica em razão de, sendo livre (ou lhe admitindo certa liberdade de vontade)⁵⁶⁴, escolhera praticar o injusto quando lhe era exigível conduta diversa, conforme ao Direito.

Este arranjo da culpabilidade sofre inúmeras críticas. Conforme foi visto, diversos autores concebem outras configurações dogmáticas, ora aproximando a culpabilidade dos fins da pena, ora concebendo a culpabilidade como expressão de uma forma de fidelidade ao Direito, ou compreendendo-a socialmente, visualizando-a como a capacidade de motivação normativa do sujeito em face do ordenamento. Entretanto, mantém-se a ideia de um sujeito livre e racional, que se motiva pelas normas (expressas em bens jurídicos universais que se refletem no Direito Penal) e, por não ter se comportado de acordo com estas normas quando

⁵⁶³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 148.

⁵⁶⁴ Para Welzel, a culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável (_____. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015, p. 129). Não deixa de se reconhecer, contudo, certa margem de liberdade ao sujeito.

podia e devia, merece uma sanção aflitiva forte (a pena). Essa estrutura, se já no Direito Penal comum merece reparos, no Direito Penal Juvenil deve ser necessariamente diferente.

3.1.1 Um juízo de responsabilidade

Inicialmente, cumpre enfrentar a eterna polêmica que perpassa a culpabilidade, *a capacidade ou não de livre-arbítrio*, se o sujeito é ou não determinado em suas ações.

Como bem observaram Hormazábal Malarée e Bustos Ramírez, a culpabilidade sempre foi considerada um juízo que surge por aspectos negativos da pessoa (em sua “maldade”), cujo fundamento reside no fato de que, sendo livre e podendo escolher agir conforme o Direito, delibera pela prática do injusto. Contudo, como o livre arbítrio não é passível de prova no processo penal⁵⁶⁵, o problema de sua existência torna-se uma questão de fé⁵⁶⁶.

Ao sujeito que não é livre, determinado em suas ações, se lhe julga perigoso ou não. Contudo, o juízo de periculosidade, da mesma forma que o livre-arbítrio, também é uma questão de fé e, portanto, não comprovável em um processo penal⁵⁶⁷.

A partir desta diferença, erigiu-se um Direito Penal em que, para os culpáveis são outorgadas todas as garantias e direitos enquanto para os perigosos se lhes nega em absoluto⁵⁶⁸.

Hormazábal Malarée e Bustos Ramírez passam então a buscar superar a discussão entre partidários do livre-arbítrio e deterministas, dado que ambas as tendências ignoram a

⁵⁶⁵ Como percebe Hassemer, a lei não exige do juiz, como um pressuposto da imputação subjetiva, a demonstração positiva da capacidade de culpabilidade, mas a demonstração negativa da inexistência de exclusão da culpabilidade (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 291). Ou seja, o que se prova não é se o sujeito foi livre ou não; não havendo exclusão de culpabilidade, presume-se que o sujeito poderia e deveria agir conforme ao Direito. A culpabilidade se prova por sua não exclusão. No mesmo sentido, conferir KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho. In: _____, MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho**. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2011, p. 212.

⁵⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 67.

⁵⁶⁷ *Idem*, p. 67.

⁵⁶⁸ *Idem, ibidem*.

realidade do sujeito no mundo⁵⁶⁹. O livre-arbítrio se refere a um homem de qualidades absolutas, fora de tempo e lugar, irreal, metafísico; e o determinismo se refere a um homem atado a uma causalidade cega, indiscutível e inalterado, também irreal. Ambas as concepções escapam ao âmbito científico, ambas as tendências são marcadamente individualistas e estigmatizadoras e, em verdade, renegam o homem como tal⁵⁷⁰.

Tampouco é aceitável a proposta de substituir ou conciliar a culpabilidade com os fins da pena. Uma vinculação desta ordem implica em não mais estabelecer os elementos racionais de estruturação do delito, senão apenas de justificar a pena, acolhida como pressuposto e não consequência do injusto⁵⁷¹; os fins da pena não podem substituir seus pressupostos⁵⁷²; a própria justificação da pena é, no mínimo, problemática, como visto no capítulo anterior; e, finalmente, mesmo em modelos em que a culpabilidade é um limite aos fins da pena (Roxin), a proposição da liberdade de agir como pressuposto normativo acaba sendo interdita pela própria adoção de um modelo polifuncional da pena⁵⁷³.

Propõem Hormazábal Malarée e Bustos Ramírez, desta forma, determinar o conteúdo da culpabilidade a partir do indivíduo em sociedade, podendo-se compreender o homem apenas enquanto vive em sociedade⁵⁷⁴. No injusto se trata do bem jurídico definido como uma síntese normativa de uma relação social determinada; na culpabilidade, por seu turno, se trata de considerar o homem concreto que se vincula dentro desta relação social concreta⁵⁷⁵. Lecionam os autores:

⁵⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999, p. 328.

⁵⁷⁰ *Idem*, p. 327-328. Adere a esta concepção Salo de Carvalho (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 279; _____. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 197-206), que encontra antecedentes históricos no Brasil. Tobias Barreto, em “menores e loucos”, já enfrentava esta discussão (à luz da polêmica envolvendo a nascente criminologia positivista): “realmente, neste terreno, no terreno empírico do direito, pouco importa que o homem seja livre, ou deixe de sê-lo, segundo fabulam, de um lado, os metafísicos do espírito, e, de outro lado, os metafísicos da matéria. Para firmar a doutrina da imputação, o Direito aceita a liberdade como um postulado da ordem social; e isto lhe é bastante (BARRETO, Tobias. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 7-8).

⁵⁷¹ TAVARES, Juarez. La racionalidad, el Derecho Penal y el poder de castigar: los limites de la intervención en el Estado Democrático. **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales**, número 6. RDMCP, p. 18 (disponível em <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15817/15179>>, acesso em 29 jul 2016).

⁵⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.*, p. 329;

⁵⁷³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 176.

⁵⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.*, p. 330.

⁵⁷⁵ *Idem*, p. 332. Deve-se ressaltar que os autores visualizam a culpabilidade como “uma questão totalmente alheia ao delito”, uma vez que não constituiria uma exigência como a tipicidade ou a antijuridicidade necessária para estabelecer o fato punível, senão uma exigência em relação com o sujeito mesmo autor deste fato; logo, a culpabilidade dá lugar a uma teoria sobre o sujeito responsável (*idem*, p. 312). Aparta-se, respeitosamente, desta

(...) suas características físicas, biológicas e psíquicas, devem ser consideradas primeiramente em sua dimensão social. Não são de um homem abstrato, senão dentro de uma relação social. Na medida em que o homem é um ator dentro do processo social é que o homem pode responder por sua atuação, por seu papel, pelo realizado. Só assim o homem tem capacidade de resposta. Sua capacidade de responder não é de caráter abstrato nem metafísica, senão em razão da consciência concreta dentro de uma relação social concreta (tradução nossa)⁵⁷⁶.

Assim colocada a questão, a culpabilidade deixa de ser um juízo de reprovação, e passa a ser um *juízo de responsabilidade*. Esse arranjo adquire uma dimensão muito mais profunda, uma vez que, ao se assignar a responsabilidade do sujeito, também se estabelece a da sociedade, tanto pelo papel que atribuiu ao sujeito, como pelos controles de todo tipo que lhe impôs⁵⁷⁷.

O que passa a interessar, portanto, é a *pessoa responsável frente ao sistema penal-criminal*; sua responsabilidade depende das tarefas concretas que lhe exige o sistema⁵⁷⁸. Por isso, a questão se trata daquilo que pode exigir o sistema social, o Estado, de uma pessoa frente a uma situação concreta⁵⁷⁹. O problema é, então, não mais buscar um fundamento à responsabilidade nas características do indivíduo que o fazem merecedor dela, senão o inverso, isto é, de *se o Estado está legitimado para exigir responsabilidade ao sujeito concreto pelo injusto praticado*⁵⁸⁰.

Importante pontuar que se trata de uma proposta que se assemelha à ideia de *coculpabilidade*, sustentada por Eugenio Raúl Zaffaroni (que viria posteriormente a sofrer modificações significativas, passando-se a denominar *culpabilidade pela vulnerabilidade*)⁵⁸¹. A partir do reconhecimento de que a ordem sustentada pelo Direito não daria a todos as mesmas possibilidades de realização, aqueles que podiam mais deveriam arcar com a responsabilidade em relação àqueles que podiam menos. A sociedade teria, também, parte da

configuração, uma vez que, mesmo em Welzel, a culpabilidade é um elemento integrante do delito: “todo feito penal é uma ação contrária à sociedade, pela qual o autor, como personalidade, é responsável. Responsabilidade pessoal (culpabilidade) por um feito contrário à sociedade (o injusto) são os dois componentes fundamentais do delito” (WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 57).

⁵⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II**: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999, p. 333.

⁵⁷⁷ *Idem, ibidem*.

⁵⁷⁸ *Idem*, p. 335.

⁵⁷⁹ *Idem, ibidem*.

⁵⁸⁰ *Idem*. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 67.

⁵⁸¹ Enfrentando de forma aprofundada a culpabilidade pela vulnerabilidade, conferir FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, n. 120, p.41-73, mai./jun. 2016.

culpabilidade que se atribuiria ao indivíduo,⁵⁸² daí, portanto, a denominação “coculpabilidade”. A ideia não é nova e encontra antecedentes tanto em Frank, como, muito antes, em Marat⁵⁸³. Aliás, até entre os próprios teóricos da Justiça Juvenil encontram-se, de forma embrionária, proposições desta natureza⁵⁸⁴.

Contudo, Zaffaroni percebeu que sua ideia de coculpabilidade seria insuficiente, pelas seguintes razões:

- (a) Em princípio ela evocaria o preconceito de que a pobreza seria a causa de todos os delitos;
- (b) Corrigindo este preconceito, concluir-se-ia pela habilitação de mais poder punitivo sobre as classes hegemônicas e menos sobre as subalternas, o que poderia conduzir a um direito penal classista a duas velocidades;
- (c) Fosse rico ou pobre o selecionado (já que a seletividade não opera apenas em relação a classes marginalizadas),⁵⁸⁵ sempre o será com bastante arbitrariedade;

⁵⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general, IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 66.

⁵⁸³ BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: _____; e NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 164.

⁵⁸⁴ Mary Carpenter, escrevendo sobre as crianças e adolescentes da Inglaterra de 1851, traz um relatório policial de um caso de um menino de 13 anos de idade, preso por um mês por furtar um pedaço de bacon de uma loja. Seu pai morrera em um acidente de trem e sua mãe o abandonara. Como era sua primeira infração, o magistrado remira, convertera a pena de chicotadas (que costumava ser a punição aplicável). Carpenter se pergunta: “o que pode esta pobre criança fazer quando rejeitada do único lar que conhece – a prisão -, se nenhuma ajuda lhe for dada. Seria de se surpreender se ela se vingasse sobre a sociedade que a lançou ao mundo em tenra idade, sem lar, sem amigos e com a marca da prisão sobre ela?” (tradução nossa) (CARPENTER, Mary. **Reformatory schools for the children of the perishing and dangerous classes and for juvenile offenders**. Londres: C. Gilpin, 5, Bishopsgate Street Without, 1851, p. 63). Na mesma obra, Carpenter critica ainda como as infrações dos filhos das classes mais favorecidas e das menos favorecidas não são tratadas da mesma forma: “Tal severidade (das punições) não afeta, de fato, as crianças das classes mais altas e favorecidas da comunidade. Furtar pomares ou galinhas é percebido apenas como um “feito esperto” pelo filho do senhorio na escola pública; e enquanto o garoto que furta chumbo do telhado de uma casa é ameaçado com transportação na próxima condenação, um jovem estudante furtar aldrabas de uma porta é considerado um feito espirituoso, a ser punido, se tanto, apenas com uma multa e uma reprimenda”. (tradução nossa) (*Idem*, p. 288-289).

⁵⁸⁵ “(a) O poder punitivo criminaliza selecionando, por regra geral, a pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais e por isso são vulneráveis, por serem apenas capazes de obras toscas e ilícitas e por as assumirem como papéis demandados segundo valores negativos – ou contravalores – associados ao estereótipo (criminalização conforme a estereótipo). (b) Com muito menos frequência criminaliza pessoas que, sem se enquadrar no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular ou patológica que se tenham tornado vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, roubos neuróticos, etc.) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico). (c) Muito excepcionalmente, criminaliza alguém que, encontrando-se em uma posição que lhe faz praticamente invulnerável ao poder punitivo, leva a pior parte em uma disputa de poder hegemônico e sofre por isso uma ruptura em sua vulnerabilidade (criminalização por perda de cobertura). O sistema penal opera, pois, em forma de filtro e termina selecionando a estas pessoas” (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 11-12).

- (d) Em suma, a construção da coculpabilidade não daria conta da seletividade estrutural do poder punitivo e tampouco seria satisfatória à luz de um conceito agnóstico de pena,⁵⁸⁶ que Zaffaroni passou a adotar⁵⁸⁷.

De modo a corrigir estes defeitos, mas guardando certa coerência com a proposta originária de Zaffaroni, pode-se sugerir, mais modestamente, duas balizas a que a culpabilidade deve respeitar. Primeiro, de forma coerente com a proposta minimalista aqui levantada, *não pode o juízo de culpabilidade se prestar a agravar sofrimentos humanos e sociais desnecessariamente*. Com isso se quer dizer que a culpabilidade, mais do que todas as categorias dogmáticas da teoria do delito, não pode deixar de considerar o sujeito culpável em seu mundo real, diante das condições e circunstâncias que o cerca, sobretudo quando do cometimento de um fato social tão emblemático e complexo como é o delito. Fechar os olhos, deliberadamente, às mazelas humanas e sociais que atingem a enorme maioria dos condenados, às violações sistêmicas de direitos humanos, à forma de operação do sistema penal ocorrida antes, durante e depois da justiça criminal, em um país com um déficit crônico de efetividade constitucional como o Brasil, é, mais do que tudo, se conformar, em nome de medos e moralismos de ocasião, com um projeto de Direito e de sociedade, que até pode ser legalmente válido, mas que, sem dúvidas, é mais mesquinho e menos generoso, porque menos humano.

Em segundo lugar, *não pode o Direito Penal admitir a punição de alguém por suas condições pessoais, escolhas morais ou classe social* – veda-se, porque antiliberal e moralizante e autoritário, o Direito Penal de autor⁵⁸⁸. A punição só é permitida, em consonância ao princípio garantista da secularização do Estado, pelo que se fez, na forma de um “Direito Penal do fato”, no âmbito do qual a culpabilidade (também do fato) se constitui em um juízo sobre o resultado lesivo, e não sobre a pessoa⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Conforme já visto no segundo capítulo. Na versão argentina de seu manual, ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 45-46.

⁵⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidad por la vulnerabilidad**. Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002, p. 10.

⁵⁸⁸ Não por acaso, trata-se de concepção que foi amplamente adotada na Alemanha nazista (FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 232-236).

⁵⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 250. Em pesquisa empírica, Flora Sartorelli evidenciou a permanência de discursos e práticas de Direito Penal de autor na Justiça Juvenil de São Paulo. A partir da consideração de características pessoais e sociais do adolescente desvantajosas (sua “vulnerabilidade social”, que não se confunde com a vulnerabilidade à criminalização ou vitimização no sentido empregado por Nilo Batista e Raúl Zaffaroni), os operadores do sistema frequentemente terminam por restringir sua liberdade, invertendo-se, de forma tutelar e correccional, os princípios socioeducativos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro (SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio

Feitas estas adequações, a visualização da culpabilidade como um juízo de responsabilidade sobre o ato praticado pelo sujeito culpável, pessoa concreta em sociedade – no caso, o adolescente brasileiro, sujeito à Justiça Juvenil brasileira, que tem as características e a forma de operação demonstradas no segundo capítulo - é perfeitamente aplicável no Direito Penal Juvenil. A mera leitura do art. 227 da Constituição da República⁵⁹⁰ sugere que o adolescente não pode ser responsabilizado desconsiderando o mundo em seu entorno, já que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao adolescente, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais para o gozo de uma vida digna, em respeito à sua peculiar condição de desenvolvimento⁵⁹¹.

3.1.2 A responsabilidade no Estado Democrático de Direito

Em um segundo momento, admitindo-se a culpabilidade como um juízo de responsabilidade (e não de reprovação), passa-se a um aporte das modernas concepções de culpabilidade que a inserem no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Ao investigar a culpabilidade, Klaus Günther se vê diante de um dilema: de um lado, a tentativa de fundar a culpa na liberdade do autor de agir de outro modo no momento do fato aproxima a culpabilidade de uma autodeterminação moral, e na medida em que a isso se vincula uma mesma censura moral, tende-se a violar a separação entre direito, costume e moral, constitutiva para um Estado de direito liberal e democrático; de outro lado, a tentativa de, renunciando a significar a culpa pela perspectiva do autor e de sua liberdade de agir,

de. Representações da vulnerabilidade social no processo socioeducativo de internação. **Aracê Direitos Humanos**, v. 3, n. 4, p. 102-121, fev. 2016).

⁵⁹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

⁵⁹¹ Morais da Rosa e Brito Lopes também adotam a corresponsabilidade social como um princípio a ser levado em consideração no momento da imposição da responsabilidade infracional do adolescente (ROSA, Alexandre Morais da.; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e Garantias Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 263). Ellen Rodrigues sustenta ainda que, ao trabalharem com a culpabilidade, a partir dessa dimensão política de contenção do poder punitivo arbitrário, os profissionais que atuam na Justiça Juvenil devem considerar a seletividade do sistema penal e procurar compensá-la, reduzindo a cota de ilegitimidade das intervenções penais ao máximo possível (RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente**: rupturas, permanências e possibilidades. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 256).

assimilá-la pelos fins preventivos da pena cria uma lacuna de legitimidade, pois se toma a necessidade da pena como dada, sem outra fundamentação⁵⁹². A solução a esse dilema, para Günther, encontra-se na possível relação entre o conceito jurídico-penal de culpa à ideia da *legitimação democrática das normas jurídicas e à pessoa do cidadão como titular do direito de participação política* no processo democrático de formação do pensamento e da vontade sobre a positivação das normas jurídicas⁵⁹³.

Günther então se volta ao próprio conceito de pessoa, que deve servir de ponte entre a pretensão de legitimidade da ordem jurídica e as exigências de obediência à norma, cuja lesão seria imputada como “culpa”⁵⁹⁴. Elabora-se, assim, o conceito de *pessoa deliberativa*: em apertada síntese, uma *concepção comunitária e comunicativa de pessoa*, que parte da ideia de serem os cidadãos não apenas destinatários, mas autores das normas jurídicas, e que, elencando uma série de características e requisitos específicos, como o direito de participação no processo democrático de elaboração normativa e a possibilidade de trazer à validade, em tais processos, a rejeição à norma, permite a exigência de observância da norma e de evitação do injusto⁵⁹⁵.

Vale notar que Klaus Günther tem o cuidado de ressaltar que a observância da norma não depende apenas da postura da pessoa deliberativa em relação a ela, mas também do fato de que *os processos de formação de opinião e vontade sejam juridicamente e democraticamente institucionalizados*, nas quais a pessoa capaz de direito e obrigada a evitar o injusto possa tornar válida sua atitude de rejeição à norma; sem estes processos, não há dever de observância da norma e igualmente qualquer culpa – de forma categórica, Günther afirma: “*só há culpabilidade jurídico-penal num Estado Democrático de Direito*”⁵⁹⁶.

O conteúdo material da culpabilidade em Günther passa a ser, dessa maneira, o círculo prático no qual os cidadãos reconhecem uns aos outros sempre como pessoas deliberativas, livres e iguais⁵⁹⁷.

Na percepção de Silvana Góes, a censura se forma, portanto, sobre a afirmação de que, sendo um indivíduo deliberativo, e vivendo em um contexto democrático, a expressão de seu

⁵⁹² GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 79-80, out./dez. 1998.

⁵⁹³ *Idem*, p. 80-81.

⁵⁹⁴ *Idem*, p. 81.

⁵⁹⁵ *Idem*, p. 82-89.

⁵⁹⁶ *Idem*, p. 90.

⁵⁹⁷ *Idem, ibidem*.

eventual descontentamento com o direito pode e deve ser viabilizado pelos meios institucionalizados democraticamente, nunca pelo crime⁵⁹⁸.

Importa notar como esta forma de construção se dedica menos ao conteúdo interno do juízo de censura da culpabilidade e mais ao seu *fundamento político externo*. Intenta-se justificar a culpabilidade não na liberdade da pessoa, ou nos fins da pena, mas no próprio *processo de formação político-jurídica do Estado Democrático de Direito*.

Klaus Günther, mediante o recurso ao reconhecimento à capacidade da pessoa deliberativa de atuar como cidadão e como pessoa capaz de direito, faz depender a validade da norma do processo democrático de sua produção, e, assim, desmistifica o suposto conteúdo ontológico da culpa para orientá-lo através de uma visão política. Na leitura de Juarez Tavares, trata-se de uma construção que vale para uma sociedade democrática quanto aos processos de elaboração legislativa e ao mesmo tempo alicerçada em sólidas bases de igualdade econômica, social, cultura, étnica e religiosa⁵⁹⁹.

Entretanto, qualquer que seja a interpretação que se dê a esta abordagem política da culpabilidade, é indispensável que se possa pensá-lo não apenas dentro de um processo de participação democrática, mas dentro das *diversidades materiais do contexto social no qual se desenvolvem essas pretensões de validade*. Do contrário, o discurso será meramente formal, formulado para uma sociedade democraticamente ideal, quando a realidade demonstra exatamente o contrário⁶⁰⁰.

Compreendendo-se a culpabilidade como resultado de um discurso político-jurídico, resultado do entrecruzamento entre Direito, Moral e Política, chega-se necessariamente à conclusão de que o grau de participação fática no discurso democrático (muito mais amplo do que a mera participação em pleitos eleitorais) determina as possibilidades de um juízo legítimo de culpabilidade – “*quem não tem fala não pode ser forçado a ouvir*”. Assim, o *juízo de culpabilidade será tanto menos legítimo quanto menos desenvolvida a prática*

⁵⁹⁸ GÓES, Silvana Batini César. Novas tendências para o conceito de culpabilidade – uma abordagem da teoria argumentativa no Direito Penal. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro, 2005, p. 439.

⁵⁹⁹ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, p.155, out./dez. 1998.

⁶⁰⁰ *Idem, ibidem*.

*democrática, e a violência exercida pela pena será eivada da mesma ilegitimidade, não se promovendo o reconhecimento, no autor, de um cidadão responsável*⁶⁰¹.

Aplicada esta formulação ao Direito Penal Juvenil, compreende-se por que, substancialmente, *não apenas o adolescente é titular de uma culpabilidade própria, como esta categoria conceitual lhe deve ser, inevitavelmente distintiva e mais benéfica*. O sujeito adolescente, por sua própria condição, dispõe de reduzidíssima participação democrática seja na produção, seja na elaboração das normas fundamentais que regem a sociedade. Ao mesmo tempo, não pode ser suprimido de seu direito de ser tratado como um sujeito responsável, devendo ser, mais do que isso, tratado superiormente em relação aos demais sujeitos, diante do compromisso assumido pelo mesmo Estado Democrático de direito em lhe assegurar, com absoluta prioridade, o desfrute de seus direitos fundamentais para uma vida digna.

3.1.3 A alteridade como conteúdo ético-normativo da culpabilidade

Ensina Juarez Cirino dos Santos que a responsabilidade pelo comportamento antissocial, tal qual o reconhecimento do mérito por ações socialmente úteis, parece imprescindível à sobrevivência da sociedade contemporânea. Esta questão não pode ser metafísica, dependente de pressupostos indemonstráveis, mas um problema prático ligado à realidade da vida social⁶⁰².

Em verdade, o homem é responsável por suas ações porque vive em sociedade, um lugar marcado pela existência do outro. Por essa razão, o *princípio da alteridade* (e não a presunção de liberdade) deve ser, na leitura de Cirino, o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de censura pessoal pelo comportamento antissocial⁶⁰³.

Tal princípio permitiria fundamentar a responsabilidade pelo comportamento antissocial na *normalidade de formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto*: em condições normais, o sujeito imputável sabe o que faz (conhecimento do injusto) e, em

⁶⁰¹ MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luís e _____. (Org). **Direito Penal como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 402.

⁶⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 292.

⁶⁰³ *Idem*, p. 293.

princípio, tem o poder de não fazer o que faz (exigibilidade de conduta diversa). Logo, condições anormais da formação dessa vontade podem ou excluir a consciência da ilicitude (erro de proibição) ou a exigibilidade de conduta diversa (situações de exculpação)⁶⁰⁴.

Segue tal princípio Maurício Dieter, que entende que o exercício da razão crítica constitui o método de aproximação da alteridade, porque permite reconhecer o outro – sujeito ao processo de criminalização – não simplesmente como “alter ego” (um outro “como eu”), mas como um outro ser humano ético e autônomo, com dignidade própria, cuja existente transcende a totalidade normativa e que, portanto, não pode ser julgado a partir de critérios meramente formais. O Direito Penal é, no horizonte de seus argumentos normativos, incapaz de descobrir o indivíduo submetido ao exame da culpabilidade⁶⁰⁵.

A alteridade, a partir dessa visão, se mostra um conteúdo material fértil a ser trabalhado no Direito Penal Juvenil, sobretudo no âmbito da culpabilidade⁶⁰⁶. De fato, para além dos deveres de proteção e responsabilidade para com o adolescente, atribuídos à família, à sociedade e ao Estado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de alteridade quando do juízo judicial de responsabilização penal juvenil atende adequadamente, em especial, aos mandamentos de não discriminação⁶⁰⁷ – que, sendo cláusulas de conteúdo amplo, implicam em deveres de reconhecimento e respeito com o outro, inclusive no âmbito socioeducativo -, contando inclusive com previsão normativa expressa em sede infralegal (art. 3º, p.u, ECA⁶⁰⁸ e art. 35, VIII, Lei do SINASE⁶⁰⁹).

⁶⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 293.

⁶⁰⁵ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008, p. 28.

⁶⁰⁶ Conforme visto no primeiro capítulo, trabalhado na doutrina estrangeira (URIARTE, Carlos E. Culpabilidad y Derecho Penal Juvenil. **Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitária**, Montevideo, n. 15, p.54, out. 2005).

⁶⁰⁷ Reforçando esta ideia, vale a menção às belas palavras de Margaret Mead, quando de seu estudo da adolescência em Samoa: “qualquer estudioso da civilização deve compreender que pagamos muito caro pela nossa, heterogênea e rapidamente cambiante; o preço se dá em altas proporções de crimes e delitos, conflitos da juventude, o número sempre crescente de neuroses, e a falta de uma tradição coerente sem a qual o desenvolvimento da arte se vê tristemente obstaculizado. Em tal lista de preços, devemos contar nossos benefícios cuidadosamente, para não nos desalentarmos. E em primeiro lugar consideremos a possibilidade de escolha, o reconhecimento de muitas formas possíveis de vida, enquanto que outras civilizações reconheceram apenas uma. (...) Uma civilização na qual existem muitas normas brinda uma possibilidade de adaptação satisfatória a indivíduos de tipo temperamental muito distinto, de capacidades diferentes e de interesses diferentes” (tradução nossa) (MEAD, Margaret. **Adolescência, sexo y cultura en Samoa**. Trad. de Elena Dukelsky Yoffe. Barcelona: Planeta-De. Agostini, 1993, p. 227).

⁶⁰⁸ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em síntese, seguindo a percepção de Karyna Sposato, *a culpabilidade pode ser compreendida com a densificação penal da dignidade humana*, que deve ser concretizada na Justiça Juvenil⁶¹⁰. Trabalhando com uma concepção material de culpabilidade semelhante a que aqui se defende, Ellen Rodrigues sustenta que esta categoria conceitual, considerando sua função política no Estado Democrático de Direito, presta-se à *fixação de critérios para a contenção do poder punitivo arbitrário*, o que está em perfeita sintonia com as conquistas que informam a Justiça Juvenil nas últimas décadas e pode ser compreendida como um desdobramento dos princípios do Superior Interesse, da Proteção integral, da Intervenção Mínima, da Proporcionalidade, da Dignidade da Pessoa Humana, além dos demais princípios reitores do Direito Penal. Precisamente por centrar a discussão da responsabilização dos adolescentes na exigência de observância de todos os elementos da culpabilidade, torna-se possível romper com a lógica das “medidas de defesa social” e propor instrumentos teóricos que permitam balizar racionalmente a intervenção penal juvenil⁶¹¹. É exatamente esta a tarefa que se impõe para os próximos tópicos.

3.2 A culpabilidade como elemento do ato infracional

Conforme Nilo Batista, a culpabilidade, como princípio básico a orientar toda a construção teórica, isto é, um estrato autônomo do conceito analítico de crime, habilitador e limitador de pena para o sujeito do injusto, é dotada de conteúdos indescartáveis: *imputabilidade, consciência (ao menos potencial) da ilicitude e exigibilidade da conduta juridicamente requerida*. De forma alguma o juízo de culpabilidade pode ter o sentido de uma

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

⁶⁰⁹ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status;

⁶¹⁰ SPOSATO, Karyna Batista. Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal de adolescentes.

Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 23, n. 271, p. 8, jun. 2015.

⁶¹¹ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 254.

reprovação moral que afronte a autonomia da pessoa, pilar básico da dignidade da pessoa humana⁶¹².

Destacou-se, no primeiro capítulo, que a doutrina jurídico-penal dominante usualmente outorga à culpabilidade uma instrumentalidade complexa: como princípio, limita a pena; como elemento analítico do delito, fundamenta a sanção penal; e como circunstância judicial de aplicação de pena, gradua a aplicação de pena. Essa configuração, na percepção de Salo de Carvalho, é relativamente contraditória, ao menos no marco crítico de um Direito Penal limitador ou assumidamente minimalista⁶¹³. De fato, a ideia comumente reiterada de que “a toda culpabilidade corresponde uma pena” não apenas reduz consideravelmente o aspecto limitador da culpabilidade, como retoma e reforça o esquema rígido de racionalidade penal moderna (porque a pena em sentido forte continua a se impor em razão de uma violação querida às normas essenciais da sociedade quando era exigível do agente, sujeito livre e racional, conduta diferente), esquema esse que não corresponde à realidade empírica (no máximo, excepcionalmente) e é potencialmente carcero-cêntrico, já que faz da sanção aflitiva seu centro gravitacional.

Por conseguinte, qualquer proposta minimalista de culpabilidade tem diante de si o desafio de romper com essa lógica, e não poderia ser diferente no Direito Penal Juvenil.

Inicia-se a argumentação a partir da pergunta formulada por Hassemer, quando do estudo da culpabilidade: “como se pode limitar as consequências jurídico-penais com um princípio que não serve para a sua fundamentação”?⁶¹⁴ Ou seja, *como uma categoria conceitual pode ser unicamente empregada como limite à pena?*

Hassemer responde a essa pergunta a partir de um interessante raciocínio político-criminal:

A justificação da consequência jurídico-penal não resulta da culpa reprovável do autor, mas da tarefa do Direito Penal como uma instituição social e estatal; a “culpabilidade” do autor, isto é, a imputabilidade subjetiva, não é fundamento, mas somente o meio de limitação da consequência jurídico-penal. Uma frase patética perpassa há muito tempo a literatura jurídico-penal: que a pena é uma “amarga necessidade”. Este pensamento devia ser levado a sério. Traduzido para uma linguagem mais precisa, significa que o motivo e o fundamento da atividade jurídico-penal não é que um homem se tornou culpável, mas antes que surgiu um

⁶¹² BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: _____; e NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 180.

⁶¹³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 162.

⁶¹⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 308.

conflito social que não pode ser elaborado com meios menos intensos que aqueles do Direito Penal. A justificação ético-social da consequência jurídico penal não reside no âmbito individual – na “culpabilidade” de um indivíduo – mas sempre no âmbito social. Por isso, o sistema jurídico-penal, orientado por suas normas materiais e por suas normas constitucionais, prescinde com razão, inclusive em relação à culpabilidade humana grave, de intervenções, quando o conflito surgido através desta culpa não tem relevância social ou não pode ser elaborado racionalmente pelo Direito Penal com seus meios (...)⁶¹⁵.

Com efeito, a história do Direito Penal (e na Justiça Juvenil não é diferente) demonstra que a noção de que a pena não somente é anterior a qualquer juízo de imputação individual ou subjetiva, como sua justificação é alheia ao indivíduo autor de um injusto. A pena se deve, antes, à forma de organização política e econômica da sociedade na sociedade, e em como ela se orienta na resolução de seus conflitos e contradições. Assim sendo, *a culpabilidade não é fundamento da pena, mas sim seu limite*, imprescindível em um Estado Democrático de Direito, e que só vale na medida em que sirva ao objetivo de traçar limites ao poder de intervenção do Estado⁶¹⁶.

Naturalmente, *nenhum limite jurídico-penal é unidimensional*: dificilmente uma categoria jurídico-penal opera somente em sentido limitador negativo⁶¹⁷, e, mesmo quando esse é o caso, a inexistência de elementos de exclusão do injusto ou de exculpação produz, como consequência analítica final, a configuração de um injusto culpável objetiva e subjetivamente imputável ao agente. O que provoca uma aparente contradição entre limitar e graduar a sanção penal, ao menos no juízo de culpabilidade, é que ela concretiza, em nível judicial, a *exigência constitucional de individualização da pena* e, dessa forma, o juízo de responsabilidade pelo injusto torna-se mais fluido conforme o caso concreto – mas não menos limitador, porque qualquer tendência de exasperação ou mitigação deve atender a parâmetros racionais e às garantias constitucionalmente previstas.

Uma vez compreendida a culpabilidade apenas em sentido delimitativo, a determinação de seu conteúdo deve direcionar-se em dois sentidos: em um primeiro momento, como instrumento de verificação, isto é, se o injusto do autor pode ser exculpado diante de ausência de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude ou exigibilidade de

⁶¹⁵ *Idem*, p. 320-321.

⁶¹⁶ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovção**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 136.

⁶¹⁷ Uma exceção pode ser a ilicitude (ou antijuridicidade), que, ao menos pelo Código Penal brasileiro, se verifica quando não está o agente em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito (art. 23, CP). Cada excludente tem sentido substancialmente negativo, operando de forma a excluir o injusto quando de sua presença.

conduta diversa; em um segundo momento, como instrumento de avaliação concreta do fato em face da pena que lhe é cominada, caso ultrapassado o primeiro momento, procedendo-se a um juízo variável e individual de gradação⁶¹⁸.

Com base nesta perspectiva, passa-se a trabalhar a culpabilidade no Direito Penal Juvenil em dois momentos: primeiro, na adequada configuração de seus *elementos analíticos* conforme o sujeito adolescente, tal como componente integrante do ato infracional; segundo, como *circunstância judicial na aplicação da medida socioeducativa*.

3.2.1 Imputabilidade

No que diz respeito ao Direito Penal Juvenil, a imputabilidade é o elemento mais emblemático para a configuração da culpabilidade do adolescente. Isso é compreensível, já que sua funcionalidade se restringe a, uma vez diferenciando os sujeitos autores de um injusto em razão de sua maior ou menor autodeterminação para o cometimento do fato, impor-lhes um regime jurídico adequado.

Sabe-se que, usualmente, a imputabilidade é definida como a “*capacidade de culpabilidade*”, aptidão para ser culpável⁶¹⁹; capacidade de livre autodeterminação, ou o *conjunto de condições pessoais que conferem ao agente a faculdade de atuar diversamente, permitindo, que se lhe atribua a responsabilidade pelo injusto*⁶²⁰.

Como abordado no primeiro capítulo, até hoje esta definição, em linhas gerais, é largamente aceita, seja no Direito Penal comum, seja no Direito Penal Juvenil.

Ocorre que, como observam Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, esta concepção é demasiadamente normativa, porque enfatiza a norma, a ação (praticada por uma pessoa considerada individualmente a que se pressupõe livre arbítrio, e não como ser social), em detrimento do sujeito responsável⁶²¹. Opera-se uma estigmatização, tanto das pessoas tidas

⁶¹⁸ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 136-137.

⁶¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 473.

⁶²⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 240.

⁶²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II**: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999, p. 339.

como incapazes, a que se consideram inimputáveis ou irresponsáveis, como das pessoas imputáveis, porque idealmente livres e autodetermináveis, o que viola o princípio da igualdade⁶²². Consequentemente, esta dicotomia entre as pessoas termina por possibilitar uma intervenção abusiva e discriminatória por parte do Estado⁶²³: sobre inimputáveis por sofrimento psíquico, com as medidas de segurança; sobre inimputáveis etários, com medidas educativas, ambas ancoradas na velha periculosidade positivista.

Dessa forma, Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée entendem que se deve partir do homem como ator social, e, portanto, a perspectiva da imputabilidade é, antes de mais nada, social concreta. Trata-se de um problema social e, definitivamente, político, sobre o qual influíram novas orientações significativas, tanto da sociologia das subculturas como da antipsiquiatria⁶²⁴, o que foi estudado no segundo capítulo.

Assim, para estes autores, a imputabilidade encerra, na verdade, um choque entre sujeitos que se referenciam por mundos e regras distintas, que entram em conflito agudo com o sistema social hegemônico; nesse sentido, ela conceitua-se como um *juízo de incompatibilidade da consciência social de um sujeito manifestada em seu atuar com relação ao ordenamento jurídico*⁶²⁵. Por outro lado, a inimputabilidade se compreende como um “juízo de compatibilidade da consciência social do sujeito manifestada em seu atuar em relação ao ordenamento jurídico”, já que ocorrem interferências, por motivos de idade ou de sofrimento psíquico, que impedem que se considere a incongruência entre a consciência social do sujeito e o ordenamento⁶²⁶.

Poder-se-ia indagar a respeito da necessidade de se manter a dicotomia entre imputáveis e inimputáveis. Inobstante propostas de grande vigor doutrinário que concluem pelo tratamento igualitário em termos de imputabilidade (resguardando os direitos à autonomia e responsabilidade do imputado)⁶²⁷, sustenta-se que *a inimputabilidade penal pode, ainda, ser mantida, desde que ela signifique e acarrete não somente a aplicação das garantias constitucionais previstas para o imputável, mas também um complexo adicional de*

⁶²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II**: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999, p. 339.

⁶²³ _____; _____. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 128.

⁶²⁴ _____, _____. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II**: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999, p. 340.

⁶²⁵ *Idem*, p. 341.

⁶²⁶ _____; _____. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II**: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999, p. 342.

⁶²⁷ MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 185.

garantias, próprias do sujeito inimputável. Este é o caso do sujeito adolescente, que, conforme ao princípio do superior interesse e os deveres de proteção do Estado, é titular de garantias muito superiores do que um adulto, impedindo-se qualquer lesão em seu desenvolvimento e formação⁶²⁸.

Neste norte, em relação ao sujeito adolescente, pode-se falar em um *direito fundamental à inimputabilidade penal*, que, no Direito brasileiro, ocorre aos dezoito anos (art. 228, CRFB) e que, portanto, é *cláusula pétrea* - embora não expressa -, insuscetível à alteração por Emenda Constitucional (a despeito das inúmeras e variadas investidas legislativas desde os primeiros anos de nossa história constitucional e democrática recente)⁶²⁹.

Contudo, se, em relação ao Direito Penal comum o adolescente é inimputável, como compreender a imputabilidade no Direito Penal Juvenil? Haveria uma imputabilidade “penal juvenil”? Se ela existe, como defini-la e categorizá-la?

A doutrina penal juvenil mais moderna sustenta, como exposto anteriormente, que existiria uma imputabilidade “sui generis”, própria do adolescente autor de ato infracional⁶³⁰, que habilitaria a investigação superveniente dos demais elementos da culpabilidade no Direito Penal Juvenil. Neste debate, vale trazer as considerações recentes de Ellen Rodrigues, que critica esta corrente e sugere uma compreensão dogmática diferenciada.

Rodrigues entende que, se a Constituição recorta a inimputabilidade penal etária aos dezoito anos de idade, e se se considera tal recorte um direito fundamental do adolescente,

⁶²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 129.

⁶²⁹ Consideram a inimputabilidade penal uma cláusula pétrea não explícita Dotti (DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 412-413); Moraes e Teixeira (MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.138); VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária**: elementos aproximativos e/ou distanciadores? : o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 93-95; ROSA, Alexandre Moraes da.; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e Garantias Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 317-319; SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, 2011, p. 196-203; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 141-142 e SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 47; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente**: rupturas, permanências e possibilidades. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 225-226.

⁶³⁰ Por todos, SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, 2011, p. 162.

sustentar ser ele dotado de imputabilidade seria uma contradição, característica de correntes mais aproximadas de um modelo de responsabilidade penal juvenil⁶³¹. Assim, a autora rechaça a construção de uma inimputabilidade penal diferenciada e propõe que se trabalhe com alternativas teóricas de superação dos limites metafísicos e normativos impostos à culpabilidade no contexto brasileiro, que obstam o reconhecimento de seu papel político de contenção de poder punitivo, sugerindo-se novos direcionamentos acerca do estudo da culpabilidade no âmbito da Justiça Juvenil, que abarquem elementos para um juízo de responsabilidade pessoal e para a compreensão da culpabilidade a partir de sua função política de oferecer garantias ao sujeito frente ao arbítrio estatal – desdobramentos do princípio do Superior Interesse, da Proteção Integral e dos demais princípios que norteiam e limitam a ação do Estado em face dos adolescentes⁶³².

Primeiramente, é de se ratificar a conclusão da autora no sentido de se desenvolver novos rumos ao estudo da culpabilidade na Justiça Juvenil, para que esta possa oferecer limites dogmáticos consistentes ao arbítrio. Entretanto, diverge-se, respeitosamente da autora no que diz respeito à compreensão dogmática da imputabilidade.

A Constituição da República, no art. 228, consagra uma vedação etária à inimputabilidade penal, diferenciando adolescentes de adultos. Porém, isso não significa que seja absolutamente vedada a construção conceitual de uma imputabilidade diferenciada, que abranja a idade entre 12 e 18 anos, dentro dos marcos etários de responsabilização socioeducativa pelo ECA. Se não se admitir alguma forma de imputabilidade em relação a esta faixa etária, como se compreender, por exemplo, um adolescente acometido de embriaguez total e fortuita, ou portador de sofrimento psíquico que pratique um ato infracional?

Ademais, a própria autora, por um lado, sustenta que o mecanismo sancionatório previsto pelo ECA baseia-se em que os adolescentes, por estarem em condição peculiar de desenvolvimento, não detém a mesma capacidade que os adultos para responderem por suas infrações penais, sendo, portanto, inimputáveis; por outro lado, reconhece que estes sujeitos possuiriam “*relativa capacidade*” para responderem por suas infrações penais, desde que subordinados a sanções diferenciadas dos adultos – que são consideradas demasiado gravosas

⁶³¹ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente**: rupturas, permanências e possibilidades. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 240-241.

⁶³² *Idem*, p. 245-246.

para o seu processo de desenvolvimento – e respeitados todos os princípios e garantias inerentes à sua “proteção integral”⁶³³.

Ora, com a devida vênia, “relativa capacidade”, em termos dogmáticos, não pode se referir senão à imputabilidade (talvez, com outra nomenclatura); evidentemente, uma imputabilidade própria, diferenciada, do sujeito adolescente.

Assim, assumindo-se aqui a existência de uma imputabilidade penal juvenil, passa-se a analisar as hipóteses de sua exclusão, aqui designadas como *inimputabilidade etária* (para pessoas com menos de doze anos de idade); *inimputabilidade por sofrimento psíquico* (“doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, art. 26, CP); e *inimputabilidade por embriaguez*, todas em conformidade com os princípios da proteção integral, do superior interesse do adolescente, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da autonomia progressiva, todos com o devido resguardo constitucional e convencional.

3.2.1.1 Inimputabilidade etária

No Direito Penal Juvenil brasileiro, o marco etário de responsabilização socioeducativa inicia-se aos doze anos de idade, prosseguindo até os dezoito (art. 2º e art. 104, ECA). Nesta faixa, ao adolescente autor de ato infracional o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa que, como dito em outras oportunidades e ao longo do presente trabalho, ostenta conteúdo material de pena⁶³⁴. Crianças também praticam podem praticar ato infracional (art. 105, ECA), mas sujeitam-se a medidas de proteção, que (ao menos em tese) não dispõem de conteúdo aflitivo, não podem macular de jeito algum o histórico da criança ou do adolescente, e sequer são de aplicação judicial, sendo de atribuição do Conselho Tutelar (art. 136, I, ECA).

⁶³³ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 253.

⁶³⁴ Conforme já sustentado em FERRAZ, Hamilton Gonçalves; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Lineamentos de uma teoria agnóstica da medida socioeducativa. **Revista de Estudos Criminais**, v. 15, n. 61, p. 67-98, abr./jun. 2016.

Embora a inimputabilidade etária, mesmo no Direito Penal comum, não seja uma questão que levante muita controvérsia, mostra-se interessante explorar um pouco mais sua capacidade de rendimento no Direito Penal Juvenil.

Hipoteticamente, se o legislador brasileiro, no futuro, tentar reduzir o patamar de imputabilidade etária juvenil, para abaixo de doze anos, estaria incorrendo em alguma inconstitucionalidade, considerando que a Constituição só se refere à inimputabilidade penal aos dezoito anos, mas é silente quanto à idade de responsabilização estatutária?

Parece que a resposta a esta pergunta é evidentemente positiva. Se, com relação à imputabilidade penal, o constituinte originário estabeleceu um limite máximo de intervenção penal (dezoito anos), não pode o legislador infraconstitucional ou o constituinte derivado tratar o adolescente de forma desproporcional e reduzir o patamar etário mínimo estabelecido pelo ECA. A partir de 1988 e tendo em vista as normas internacionais de direitos humanos a que se vincula o Brasil, não há espaço para qualquer redução, sob pena de violação à vedação do retrocesso⁶³⁵. Percebe-se, assim, que *a idade mínima de doze anos para responsabilização é, também, garantia fundamental do adolescente autor de ato infracional*.

Uma segunda indagação passível de ser feita diz respeito às possibilidades de manejo do limite etário de doze anos no caso concreto.

Sabe-se que, dentre as várias razões que justificam os patamares etários penais e estatutários está a ideia de *amadurecimento*, ou seja, de que, em uma certa idade, o sujeito, por suas experiências sociais reais, adquire um certo nível de desenvolvimento individual e social que lhe fornece certa autonomia para viver e agir concretamente no mundo⁶³⁶.

A primeira consequência desta constatação é que *a responsabilidade infracional de um adolescente de doze anos, por óbvio, não pode nem deve ser a mesma responsabilidade de*

⁶³⁵ Simplificadamente, o princípio da vedação do retrocesso se refere à limitação imposta ao próprio Estado de suprimir ou reduzir a eficácia de direitos fundamentais por ele reconhecidos. Sobre este tema, por todos, conferir SARLET, Ingo. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em 29 jul. 2016.

⁶³⁶ Analisando o Direito Penal comum, mas em lição que vale também para o Direito Penal Juvenil, Maurício Dieter e Luciano de Souza consideram que a imputabilidade etária se confunde com maturidade, processo complexo, profundamente heterogêneo e sempre incompleto, que não se subsume à exigência simplista do “saber o que se faz”, mas de poder, concretamente, determinar o próprio comportamento a partir desse conhecimento, o que em boa medida depende da experiência de vida que falta aos adolescentes (DIETER, Maurício Stegemann; SOUZA, Luciano Anderson de. Irracionalismo e redução da maioridade penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 23, n. 271, p. 12, jun. 2015).

uma pessoa com dezessete anos, por exemplo. No mínimo, no que concerne ao grau desta responsabilização (que terá importância no momento aplicativo da medida socioeducativa), a idade do adolescente deve influir significativamente para se verificar qual a medida aplicável, ou, inclusive, se é até mesmo necessária a aplicação de qualquer medida.

Uma segunda consequência se expressa em uma indagação: *poder-se-ia conceber um sujeito, com idade de adolescente, mas com o amadurecimento de uma criança?* Caso se responda positivamente, como proceder? Tal constatação não seria de todo inimaginável, uma vez que a Justiça Juvenil é aparelhada de equipes técnicas e auxiliares capazes de fornecer estudos de caso individualizados sobre o adolescente e que, eventualmente, poderiam concluir neste sentido⁶³⁷.

No primeiro capítulo verificou-se que tal questionamento já foi levantado pela doutrina estrangeira, e haveria uma divisão: enquanto alguns autores entendem que a deficiência no processo de amadurecimento poderia ser avaliada no marco da exigibilidade de conduta diversa, outros pugnam pela aplicação da inimputabilidade por anomalia psíquica⁶³⁸.

Prezando pelo pragmatismo, parece razoável que o julgador, diante de circunstâncias anormais de formação do amadurecimento, ou de casos em que o sujeito não disponha de autodeterminação suficiente (como seria de se esperar para sua faixa etária), proceda, no mínimo, para diminuir sua responsabilidade, podendo mesmo excluí-la, aplicando, se for o caso, uma medida de proteção que se mostre mais adequada, respeitando, evidentemente, o arcabouço de garantias de que o adolescente é titular. A partir deste ponto, por oportuno, passa-se a algumas considerações a respeito da inimputabilidade por sofrimento psíquico no Direito Penal Juvenil.

3.2.1.2 Inimputabilidade por sofrimento psíquico

Sob a terminologia acima empregada faz-se alusão às hipóteses de inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, consoante o art. 26,

⁶³⁷ Além da Lei do SINASE prever estudos e acompanhamento ao longo da execução das medidas socioeducativas, o ECA determina a realização de estudos em alguns momentos (como, por exemplo, art. 94, pelas entidades de internação, e mesmo durante o procedimento infracional, conforme o art. 186, §2º).

⁶³⁸ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 304.

CP. Majoritariamente, afirma-se que esta espécie de inimputabilidade segue o chamado *critério biopsicológico*, pelo fato de ser necessário constatar que do dado biológico (a doença, o sofrimento mental de que padece o sujeito) adveio a consequência psicológica do distúrbio, que acarretou na incapacidade do sujeito de compreender a ilicitude da conduta ou de se autodeterminar segundo essa compreensão⁶³⁹.

Ocorre que a declaração de inimputabilidade demanda, inevitavelmente, *valoração jurídica* do transtorno mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado referido ao conteúdo injusto do fato. O que se avalia é a aptidão da condição para suprimir a capacidade de compreensão da ilicitude ou da autodeterminação segundo tal compreensão. Logo, conforme Batista e Zaffaroni, a fórmula legal consagrada no art. 26, CP, corresponde, em realidade, a um critério *psíquico-normativo*, por remeter as limitações psíquicas do sujeito a um juízo jurídico de valoração⁶⁴⁰.

Feitas as considerações preliminares, de modo algum a inimputabilidade penal etária aos dezoito anos é óbice para que se reconheça, também no Direito Penal Juvenil, situações de inimputabilidade por sofrimento psíquico, quando o adolescente padecer de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, enquadrando-se no art. 26, CP. O tema, entretanto, é de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, já que não há, até o momento, uma regulação jurídica específica para o tratamento deste tipo de situação⁶⁴¹. Um maior alongamento na temática demandaria uma pesquisa específica e mais aprofundada, mas vale apenas destacar a necessidade de cumprimento rigoroso da Lei Antimanicomial (o que já se defende para o sistema penal comum) também no âmbito juvenil, respeitando-se todas as garantias relativas ao adolescente portador de sofrimento psíquico⁶⁴² – o que hoje, lamentavelmente, está longe de ser realidade no país.

⁶³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 475; BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Inimputabilidade e semi-imputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. **Revista Epos**, Rio de Janeiro-RJ, v.6, nº 2, Jul – Dez 2015, p.142-144.

⁶⁴⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Op. cit.*, p. 144.

⁶⁴¹ Enfrentando amplamente o assunto e destacando a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa e a aplicação de medida de proteção de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 197-200.

⁶⁴² A respeito do impacto da reforma psiquiátrica no Direito Penal e ressaltando a congruência existente entre medidas de segurança e medidas socioeducativas, CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 48, p. 66, 2013.

De modo mais singelo, cabe ressaltar que esta causa de inimputabilidade no Direito Penal Juvenil não apenas deve ser reconhecida, como seus limites devem ser menos rigorosos, como já reconhece parcela da doutrina estrangeira no tema⁶⁴³. Trata-se de imperativo de *proporcionalidade*: não apenas deve-se atentar que um mesmo transtorno psíquico pode acometer adultos e adolescentes de forma diferenciada, como podem ocorrer transtornos peculiares em adolescentes em razão de condições de desenvolvimento e amadurecimento próprias desse período da vida. Nesta situação individual e social extremamente sensível, não há outra alternativa, condizente ao sistema legal e constitucional brasileiro, que não a de primar pela mínima intervenção e pelas demais garantias de que é titular o adolescente, sob pena de retrocesso a ideias minoristas preconstitucionais e, pior do que isso, causar danos gravíssimos à personalidade e ao desenvolvimento do adolescente.

3.2.1.3 Inimputabilidade por embriaguez

A inimputabilidade por embriaguez desperta incontáveis debates doutrinários e jurisprudenciais penais, e de medicina legal. Para os fins aqui propostos, mostra-se mais oportuno que se apresente brevemente esta hipótese de exculpação e se levante algumas questões peculiares que possam fazer significativa diferença quando de sua aplicação judicial no Direito Penal Juvenil.

Independente das discussões na matéria, o artigo 28, II, do Código Penal é suficientemente claro para estipular que, no Direito Penal comum, não exclui imputabilidade “a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos”. Nos parágrafos 1º e 2º verifica-se que a *embriaguez accidental completa* isenta de pena, mas a embriaguez accidental incompleta (quando o agente não possuía “a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”) reduz a pena de um a dois terços.

A embriaguez voluntária, dolosa ou culposa, não implica em que, sendo dolosa, o agente responderá por crime doloso, e, sendo culposa, responderá respectivamente por crime

⁶⁴³ BASUALTO, Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. **Revista de Derecho**, Vol. XX, nº 2, p. 208-210, Dez. 2007; COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 302-306.

culposo. *A vontade de se embriagar não se confunde com a vontade de delinquir*, de sorte que o agente responde por crime doloso ou culposo conforme tenha agido no momento do fato com dolo ou culpa, podendo ocorrer embriaguez dolosa com a prática subsequente de crime culposo, e vice-versa⁶⁴⁴. Ademais, importa perceber que *a embriaguez voluntária não importa necessariamente em responsabilidade penal, sempre que o fato se mostrar imprevisível, inevitável ou não houver a criação de um risco proibido e a realização desse risco no resultado*: veda-se, categoricamente, qualquer responsabilização objetiva nesta seara⁶⁴⁵.

Mais problemático é o caso de *embriaguez preordenada*, quando tem aplicação a teoria da “*actio libera in causa*”, a qual pressupõe a capacidade de culpabilidade na ação precedente, em que o autor se coloca em estado de incapacidade de culpabilidade, com intenção de realizar (dolo) ou sendo previsível a possibilidade de realizar (imprudência) fato típico posterior determinado⁶⁴⁶. É situação que agrava a responsabilidade do agente (art. 61, II, “I”, CP).

Feita esta sucinta exposição, despertam peculiar interesse ao Direito Penal Juvenil duas situações em matéria de embriaguez: *o tratamento da embriaguez voluntária e a acolhida, ou não, da teoria da “actio libera in causa”*.

Previamente ao enfrentamento da controvérsia, importa notar como o ordenamento jurídico, em nome da proteção à criança e ao adolescente, reconhece que a sua autodeterminação não é plena. A autonomia destes sujeitos é reduzida (sendo progressivamente alcançada, conforme o estágio de desenvolvimento) e, portanto, estabelece-se, a partir da proibição do fornecimento de certos produtos e serviços, dentre eles, álcool ou substâncias de efeitos análogos (art. 81 e 243, ECA) uma série de restrições ao exercício das vontades dos adolescentes.

Não se pretende questionar esta proteção jurídica conferida ao adolescente, mas sim, chamar a atenção para o fato de que o Direito reconhece como ele é diferenciado e mais vulnerável e, portanto, dotado de menor autonomia e autorresponsabilidade do que uma pessoa adulta. Naturalmente, este ponto não exclui diversos estudos e investigações próprias da medicina, da psiquiatria, da psicologia ou mesmo das neurociências que comprovam as peculiaridades de desenvolvimento do adolescente.

⁶⁴⁴ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. V. 1. 8ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 380.

⁶⁴⁵ *Idem*, p. 380-381.

⁶⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 302.

Se esta pressuposição (assumida pelo próprio ordenamento) é impositiva, então decorre dela que o tratamento jurídico de certas situações de redução ou eliminação da autorresponsabilidade não pode ser pior e nem mesmo igual ao de um adulto. Isso se reflete diretamente na inimputabilidade por embriaguez⁶⁴⁷.

No caso de embriaguez voluntária (apesar de completa), majoritariamente não se exclui a responsabilidade do adulto, seja aquela devida a dolo ou culpa.

Pois bem: feitas as considerações acima, não seria razoável que, no caso do adolescente, a embriaguez voluntária (a título de culpa) possa ter aptidão de exculpar, se completa, ou, no mínimo, de reduzir responsabilidade, se incompleta? Se, de fato, uma embriaguez devido a *culpa consciente* (em que o agente tinha previsão, mas confiava na não superveniência do resultado) sugere que possa haver, no máximo, uma mitigação da responsabilidade, a hipótese de embriaguez por *culpa inconsciente* (em que o agente não previa o resultado previsível) parece ser particularmente distinta tratando-se de um adolescente. Isso porque ele, muito mais do que um adulto, encontra-se em uma fase da vida em que a experiência e a influência são essenciais, e, nessa fase, podem acontecer situações em que o adolescente adquira suas primeiras experiências com bebidas alcoólicas ou mesmo substâncias entorpecentes: isso faz parte do amadurecimento, que não necessariamente se confunde com obediência a padrões morais rígidos, limites, ou contenção (talvez seja um processo que se dê mais frequentemente pelo contrário). Não se mostra proporcional que a imprudência, que motiva a punição da embriaguez adulta, seja motivo para punir a embriaguez do adolescente, porque em relação a este a negligência e a desatenção de modo geral fazem parte de sua própria condição individual e social, do seu próprio processo real de amadurecimento.

Prosseguindo neste raciocínio, tampouco a teoria da “*actio libera in causa*” pode se sustentar no Direito Penal Juvenil. Se ela já é absolutamente duvidosa e problemática no próprio Direito Penal comum⁶⁴⁸, sua aplicação sem quaisquer ressalvas na Justiça Juvenil inevitavelmente acarreta em desproporcionalidade.

⁶⁴⁷ Admitindo também tratamento da embriaguez de forma diferenciada, COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 305.

⁶⁴⁸ Paulo Busato afirma que “a ideia da *actio libera in causa* é uma construção deveras artificial. Por outro lado, as motivações da embriaguez e as circunstâncias de sua ocorrência, bem assim o nível de influencia na

Idealmente, é de se excluir tal teoria (inclusive do próprio Direito Penal comum), conforme lição de Juarez Tavares: primeiro, porque não há como se estabelecer uma vinculação empírica entre a colocação em estado de inimputabilidade e o fato conseqüente; segundo, porque no ato conseqüente não será possível afirmar-se o dolo do agente, já que este pressupõe, para sua imputação, que o agente dirija a atividade durante todo o processo de execução; e, terceiro, porque a autocolocação em estado de inimputabilidade configura, na verdade, um estágio de preparação do delito⁶⁴⁹.

Entretanto, não se acolhendo tal interpretação, necessariamente a “*actio libera in causa*” deve ser mais restrita. Portanto, com Juarez Tavares, só seria de se admiti-la para situações dolosas, em que o agente se coloca dolosamente (voluntariamente) em estado de incapacidade e se tenha ligado, também dolosamente, ao resultado produzido; admitindo-a para situações culposas, esta deve se condicionar à verificação da forma e do modo como a ação do agente viola a norma de cuidado no momento em que se coloca em situação de incapacidade, e também como isto se reflete na condução posterior concreta de sua atividade⁶⁵⁰. Acrescente-se aqui também as considerações feitas acima no caso de imprudência, cuja valoração deve ser necessariamente diferenciada para o adolescente.

3.2.2 Potencial consciência da ilicitude

A partir do finalismo, entende-se que a responsabilidade pelo injusto não se vincula a que o autor tivesse o conhecimento efetivo das circunstâncias pertencentes ao tipo penal, mas apenas a se ele conhecia ou *podia conhecer* a antijuridicidade de sua conduta⁶⁵¹. De fato, introduzido pela primeira vez pelo Tribunal Federal Alemão em 1952, a potencial consciência da ilicitude se satisfaz quando o autor tenha base suficiente para saber que o fato praticado está “juridicamente proibido” e que é contrário às normas mais elementares que regem a

capacidade intelectual do sujeito não são nem podem ser elementos desprezíveis a respeito da imputação” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 568).

⁶⁴⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3ª Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 428-429.

⁶⁵⁰ *Idem*, p. 429.

⁶⁵¹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015, p. 144.

convivência⁶⁵². Trata-se de uma concepção amplamente aceita pela doutrina brasileira⁶⁵³ e que encontra amparo normativo no art. 21 do Código Penal⁶⁵⁴.

Em matéria penal juvenil brasileira, o tratamento da potencial consciência da ilicitude ainda se encontra em desenvolvimento. A doutrina dominante destaca a necessidade de aplicação, ao adolescente, dos elementos normativos da culpabilidade, não sendo possível responsabilização diante de hipóteses de exclusão, como é o caso do erro sobre a ilicitude do fato⁶⁵⁵.

A doutrina estrangeira, de modo geral, partilha da percepção de que a potencial consciência da ilicitude merece tratamento diferenciado e mais benéfico no caso de um sujeito adolescente, uma vez que sua capacidade de internalização das normas em geral é condicionada por processos de socialização e desenvolvimento. Assim, casos de erros de proibição invencíveis são mais frequentes⁶⁵⁶.

Embora seja mesmo intuitivo que a percepção da ilicitude pelo adolescente é diferente da percepção de um adulto, é necessário que se busque um maior aprofundamento desta noção a partir da realidade concreta do sujeito adolescente, desenvolvendo e trabalhando critérios específicos para a avaliação deste elemento dogmático no Direito Penal Juvenil.

⁶⁵² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

⁶⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 457-458; PRADO, Luís Régis et. al. **Curso de direito penal brasileiro**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 358; DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 347; SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 244-245.

⁶⁵⁴ Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

⁶⁵⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 80-82; FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. **Estatuto da criança e do adolescente**. Difusos e coletivos. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 94-95; Shecaira destaca ainda para se atentar às peculiaridades da personalidade juvenil quando da aplicação das noções de potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 p. 160).

⁶⁵⁶ BASUALTO, Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito". **Revista de Derecho**, Vol. XX, nº 2, p. 213, Dez. 2007; COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 305; MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente**. **AFDUAM** (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 261-263.

Primeiramente, é essencial que no tratamento deste elemento cognoscitivo da culpabilidade se tenha em vista que *o universo referencial normativo do adolescente é absolutamente peculiar*. De acordo com o abordado no segundo capítulo, um sujeito adolescente é envolvido por problemáticas culturais e subculturais próprias, que influenciam diretamente na internalização das normas e no direcionamento de sua conduta conforme ou não ao Direito.

Ademais, não se pode perder de vista que o Direito Penal Juvenil é informado pelo *princípio da condição peculiar de desenvolvimento*, previsto expressamente na Constituição (art. 227, §3º, V) e espraído pelos demais diplomas legais pertinentes, que informa o direito de personalidade do adolescente, relativo ao seu processo de amadurecimento diferenciado, considerando sua realidade geracional e cultural⁶⁵⁷.

Assume também grande importância para este aspecto da culpabilidade o *princípio da autonomia progressiva*, isto é, aquele que orienta ao reconhecimento progressivo da capacidade de autodeterminação do sujeito adolescente e o percebe como capaz de tomar decisões de fazer escolhas adequadas a cada etapa da vida que esteja atravessando⁶⁵⁸.

O presente trabalho não se propõe a investigar cada minúcia doutrinária a respeito da potencial consciência da ilicitude, já que isso implicaria em enfrentar discussões mais específicas, que podem ser mais bem enfrentadas em um trabalho especial para este fim. Propõe-se, de forma mais simples e direta, oferecer cinco orientações específicas para o tratamento da potencial consciência da ilicitude que possam contribuir para uma melhor disciplina geral do tema:

- (a) Trabalhar a cognoscibilidade do injusto como um problema de compreensão;
- (b) Redimensionar o âmbito de compreensão do injusto;
- (c) Revisar as formas de se obter a compreensão do injusto;
- (d) Oferecer uma solução para eventuais problemas de dúvida em erro de proibição no Direito Penal Juvenil;

⁶⁵⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 158.

⁶⁵⁸ *Idem*, p. 210-212.

(e) Apresentar o erro de proibição culturalmente condicionado como uma nova espécie de erro de proibição, apta a ser desenvolvida neste âmbito do ordenamento.

3.2.2.1 A potencial consciência da ilicitude como um problema de compreensão

Em princípio, “consciência” e “compreensão” parecem indicar significados sinônimos, e diferenciar tais expressões poderia ser um esforço até mesmo desnecessário. Contudo, compreender é diferente de conhecer, e no que diz respeito ao adolescente, a diferença entre um ato e outro é fundamental.

Ensina Zaffaroni que a “*compreensão*” *pressupõe conhecimento e internalização ou introjeção*⁶⁵⁹. Ou seja, para poder compreender uma valoração normativa não basta que possamos conhecê-la, e nem sequer basta que tenhamos apenas seu conhecimento⁶⁶⁰. Compreender um valor significa, além de conhecê-lo, incorporá-lo e dotá-lo de sentido, já que o ser humano encontra-se no mundo, é um “ser no mundo”, lançado em um mundo de significações e de culturas (muito diferentes entre si)⁶⁶¹.

Assim, a culpabilidade se contenta com a possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade e, em sentido contrário, só é inculpável aquele de quem não era possível exigir razoavelmente a compreensão da antijuridicidade⁶⁶².

Trata-se de uma visualização do elemento cognoscitivo da culpabilidade que é plenamente compatível com um Direito Penal Juvenil vinculado ao mundo real concreto que envolve o adolescente autor de ato infracional. Ademais, ela permite uma concepção de erro de proibição muito mais aberta e mais rica, que pode contemplar todo tipo de contexto em que, por circunstâncias culturais ou sociais delicadas, a percepção de licitude do adolescente esteja afetada – se de modo invencível, impondo-se exculpação; se de modo vencível, uma mitigação considerável de responsabilidade, influenciando diretamente na aplicação da medida socioeducativa em tese cabível.

⁶⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 676.

⁶⁶⁰ _____. **Tratado de Derecho Penal**: parte general, IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 92.

⁶⁶¹ _____. et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 680.

⁶⁶² *Idem*, p. 681.

3.2.2.2 O âmbito de compreensão do injusto

Um segundo ponto de modificação envolve a polêmica em torno do âmbito ou objeto de compreensão do injusto. A pergunta que motiva esta controvérsia é, nas palavras de Juarez Cirino: “*o que o autor deve saber para ter conhecimento (compreensão) do injusto do fato?*”⁶⁶³ Delineiam-se três linhas de resposta para este questionamento.

Uma primeira corrente, mais tradicional, situa a compreensão na *antijuridicidade material*: o autor deve poder estar consciente da contradição entre sua conduta e a ordem da comunidade, na qual se baseia a proibição jurídico-penal e que é manifestada por esta⁶⁶⁴. Por esta linha, sustenta-se que é suficiente um conhecimento no sentido da “*avaliação paralela na esfera do profano*”⁶⁶⁵. Trata-se da visão mais aceita pela doutrina brasileira até o momento⁶⁶⁶.

Uma segunda concepção, capitaneada por Roxin, afirma que o objeto da compreensão abrange a *proibição jurídica*, ou seja, não basta a consciência da danosidade social ou da contrariedade à moral da própria conduta, mas, por outro lado, também não é necessária a compreensão da punibilidade do fato⁶⁶⁷. Dessa forma, o âmbito da compreensão do injusto é a *antijuridicidade concreta*, a “*específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo*”⁶⁶⁸. É a corrente hoje dominante na Alemanha⁶⁶⁹.

⁶⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 310.

⁶⁶⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015, p. 170; JESCHECK, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y limite de la punibilidad en el derecho alemán y español. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p.35, dez. 1995.

⁶⁶⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 177.

⁶⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 503-504; PRADO, Luís Régis et al. et. al. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 358; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A nova Parte Geral. 9ª Ed, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 211; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª Ed, 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 280; SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 261.

⁶⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 866.

⁶⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 312.

⁶⁶⁹ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10. Zaffaroni menciona que as origens desta corrente encontram-se em um caso da jurisprudência alemã de um estudante acusado de furto por subtrair um livro da biblioteca de sua universidade para devolvê-lo ao término de suas lições, alegando ter ouvido de sua instituição não ser a conduta punível. O tribunal entendeu que este era um erro irrelevante sobre a penalização da conduta, mas que o autor sabia que sua ação constituía uma lesão ao direito de

Por fim, uma terceira corrente, mais restritiva, sustenta que *a punibilidade do fato é o objeto do injusto*, significando assim o “conhecimento da punibilidade do comportamento através de uma norma legal penal positiva”, não se exigindo, entretanto, um conhecimento preciso dos “parágrafos da lei” infringidos⁶⁷⁰. No Brasil, ela é adotada por Juarez Cirino⁶⁷¹, Juarez Tavares⁶⁷² e Davi Tangerino⁶⁷³.

Antes de se enfrentar o debate, considere-se a seguinte hipótese: em uma periferia de algum dos grandes centros urbanos brasileiros, um grupo de adolescentes, com idades entre 13 e 17 anos, estudantes de uma escola pública, quase sempre “arruma confusão” com colegas, professores, coordenadores. Falam alto em sala de aula, matam aula. Terminam, normalmente, punidos com advertências da direção, perda de recreios, ou mesmo suspensão. É um grupo grande de alunos, que, talvez nas lentes de alguma grande emissora brasileira de televisão, despertaria a desconfiança de que seriam adolescentes “envolvidos com o tráfico”, “menores traficantes”, dentre outros rótulos.

Uma das ações que mais costumam fazer é depredação. Enquanto o professor não chega, ou após as aulas, quase sempre são flagrados derrubando cadeiras no chão, escrevendo na parede com canetas, pichando os muros da escola – cada um rindo do outro e de si mesmo quando “pegos” pelos responsáveis.

Um dia, um destes alunos, talvez buscando provar sua “atitude”, sua “masculinidade” para os amigos, realiza a maior depredação já feita até o momento: retira o ventilador fixo da parede e o joga contra a janela da porta da direção. Seus amigos entram em euforia, e fogem em gargalhadas quando o diretor da instituição aparece e encontra sua sala em estado lastimável.

O diretor, cansado de tentar resolver o problema conversando com os pais dos alunos (alguns nem aparecem nas reuniões escolares), e enfurecido com aquele fato, resolve chamar a polícia. O grupo de adolescentes é, então, apreendido, seus responsáveis são convocados e o caso inevitavelmente é noticiado pelos principais programas policiais de televisão.

propriedade do ponto de vista civil e, portanto, conhecia a antijuridicidade de sua conduta (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general, IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 101-102).

⁶⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 311.

⁶⁷¹ *Idem*, p. 312

⁶⁷² TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3ª Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 444.

⁶⁷³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 195.

Alguns adolescentes preferiram ficar calados, enquanto outros, mais novos, entram em desespero, choram, e alguns afirmam que não sabiam que “quebrar as coisas da escola era crime”; que achavam que “pegariam uma expulsão”; que “seus pais teriam que pagar”; ou que só iriam “levar um castigo”.

Apesar de hipotético, o caso narra uma situação social razoavelmente comum em escolas de zonas periféricas de grandes centros urbanos, marcadas por carência de investimento, falta de profissionais qualificados e remuneração inadequada para o corpo docente. Nestas regiões, “gângues” e depredação escolar são fatos sociais corriqueiros, e, não seria de todo unimaginável que, um dia, um grupo “rebelde” de alunos possa, pela prática de alguma conduta grave, chamar para si a atenção do sistema penal juvenil.

Diante do caso apresentado – que não se ignora que deve ser solucionado junto à comunidade, seus familiares e professores -, não parece razoável adotar-se nem a primeira nem a segunda corrente a respeito da compreensão do injusto. A primeira corrente (“conhecimento profano do injusto”) é demasiado ampla e moralista, porque confunde percepções morais com percepções jurídicas sobre um determinado fato. A segunda linha incorre na inconveniência de admitir punição quando uma pessoa não compreende que sua conduta configura um injusto penalmente relevante – não se mostra razoável punir alguém que compreenda que sua conduta seja um ilícito civil, mas não compreenda que seja um injusto penal: a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal não se conformariam a esta incoerência.

O exemplo acima levantado sugere que, no tocante ao Direito Penal Juvenil, o âmbito da compreensão do injusto só pode ser a punibilidade concreta do fato, ou seja, uma conduta típica e antijurídica. De fato, nem todas as pessoas (especialmente adolescentes) conhecem que a legislação penal contempla um crime autônomo de dano, e menos ainda, que ele seja qualificado quando o patrimônio é de algum ente público, como no exemplo da escola pública (art. 163, parágrafo único, CP). É perfeitamente plausível que um adolescente compreenda que sua conduta é ilícita, que danifica ou lesiona patrimônio público, e que pode ensejar reparação de danos, indenização, ou até alguma punição disciplinar (quando em ambiente escolar), mas que não compreenda (ou não tenha podido compreender) ser a conduta um ato infracional autônomo. E quando isso acontece, se está diante de um erro de proibição que, ou acarreta em exclusão de culpabilidade, se inevitável, ou em sua redução, se evitável. Do contrário, trata-se de responsabilização objetiva, que converte o adolescente em um mero

objeto causante, retrocedendo-se ao menorismo tutelar, que não se sustenta dentro da principiologia penal juvenil a que o Brasil está obrigatoriamente vinculado.

Todavia, a maior dificuldade desta corrente reside em determinar *quais elementos e com base em que critérios pode o julgador formar sua convicção* de que o sujeito compreendia a ilicitude do fato, mas não a sua punibilidade penal concreta.

Com efeito, não há uma fórmula única que informe ao operador do Direito uma maneira absolutamente precisa para avaliar este elemento da culpabilidade. Contudo, o Direito Penal Juvenil se distingue por visualizar o adolescente a partir de seu contexto cultural, seu ambiente social e como se relaciona com seus pares e a sociedade. O caso acima, por exemplo, pode ser lido à luz da *teoria das subculturas criminais* (analisada no segundo capítulo), que pode constituir em uma fonte profícua de conhecimentos para se investigar casos concretos semelhantes.

Por isso, a adoção material da corrente restritiva, no que tange à cognoscibilidade do injusto, não acarreta em uma redução da análise jurídica a fatores volitivos ou elementos de prova personalíssimos do adolescente acusado (como uma confissão, por exemplo). Propõe-se ao julgador situar culturalmente o conflito e, pelas minúcias do caso concreto, aferir a possibilidade ou não de obtenção de compreensão da ilicitude.

3.2.2.3 Formas de se obter a compreensão do injusto

Como desdobramento lógico da indagação a respeito do âmbito de compreensão do injusto, indaga-se como, de que formas e a partir de que meios pode o sujeito adolescente obter tal dado cognoscitivo: é o problema da *vencibilidade do erro de proibição*.

Em relação ao Direito Penal comum, Welzel cunhou um “*dever de informação*”: como considerava a antijuridicidade material o objeto de compreensão do injusto, teve de concluir, forçosamente, que “a reprovabilidade do desconhecimento do injusto baseia-se numa *falta de esforço da consciência*”, assentando assim a responsabilidade pelo injusto no fato de que o agente “podia assegurar-se do conhecimento antijurídico mediante a própria reflexão a

respeito dos valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária que o cerca”⁶⁷⁴. Tal entendimento restou consagrado na doutrina brasileira⁶⁷⁵, e ganhou concretude no art. 21, parágrafo único, CP, quando da disciplina da vencibilidade do erro de proibição: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, *ter ou atingir* essa consciência”⁶⁷⁶.

Roxin, rompendo com esta concepção, aduz que supor um dever desta índole conduz à conclusão equivocada de que sua infração fundamenta, por si mesma, a evitabilidade do erro de proibição⁶⁷⁷. Isso porque, se, por exemplo, alguém atua sem informar-se da conformidade ao Direito de sua conduta, mas existindo jurisprudência corroborando tal atuar (que o autor também desconhece), ainda que se tivesse cumprido com o suposto dever de se informar, sequer um conhecimento completo poderia ter dado motivo para atuar diversamente⁶⁷⁸. Por esse motivo, Roxin considera que a responsabilidade não se fundamenta pelo descumprimento de um dever de se autoinformar, mas sim, *é a capacidade ou aptidão de alcançar o conhecimento da proibição que torna o injusto culpável*. Ademais, um dever geral desta natureza suporia, erroneamente, que a culpabilidade se determinaria por parâmetros objetivos, e não segundo as capacidades individuais do sujeito⁶⁷⁹.

No que tange ao Direito Penal Juvenil, cumpre ratificar a crítica de Roxin. Supor um “dever geral de autoinformação da ilicitude” para um sujeito adolescente não só é desproporcional como ignora os balizamentos normativos internacionais e nacionais que impõem tratamento diferenciado e conforme sua peculiar condição de desenvolvimento. Além disso, enuncia um retrocesso ao menorismo e a visões tutelares, por partir da premissa de um adolescente “obediente” a que se deve (re)educar e punir caso descumpra normas morais e de convívio social.

⁶⁷⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015, p. 171; seguindo esta posição, JESCHECK, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y limite de la punibilidad en el derecho alemán y español. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p.35, dez. 1995.

⁶⁷⁵ Por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 505; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª Ed, 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 270.

⁶⁷⁶ Juarez Cirino sustenta que, na verdade, o dispositivo citado aludiria ao método da “reflexão e informação”, ou seja, a evitabilidade do erro de proibição dependeriam do nível de reflexão (vocábulo “ter”) e de informação (vocábulo “atingir”) do autor sobre o injusto específico do tipo legal (SANTOS, Juarez Cirino, **Direito penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 317).

⁶⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 878.

⁶⁷⁸ *Idem, ibidem*.

⁶⁷⁹ *Idem*, p. 879.

Apesar da crítica, isso não significa que um dever de informação, especificado e restrito, não possa surgir – será o caso de *dúvida sobre a proibição*, analisado mais adiante. O que importa considerar neste ponto é que dadas as condições individuais e sociais do adolescente, sua capacidade de alcançar a compreensão da ilicitude não será a mesma de um adulto, abrindo espaço para que se possa verificar, no caso concreto, se não exclusões de culpabilidade, pelo menos reduções significativas de responsabilidade. Na lição de Juarez Cirino, perfeitamente cabível para a Justiça Juvenil brasileira:

(...)em sociedades com elevadas taxas de exclusão do mercado de trabalho e do sistema escolar – ou seja, marcadas pela pobreza e pela ignorância, como é o caso da sociedade brasileira -, a frequência do erro de proibição e a imprecisão dos critérios de evitabilidade/inevitabilidade respectiva reclamam atitudes democráticas na sua avaliação: bitola larga para a inevitabilidade, bitola estreita para a evitabilidade do erro de proibição⁶⁸⁰.

3.2.2.4 O tratamento da dúvida no erro de proibição

Abordar a dúvida no erro de proibição (questão normalmente tratada como “*consciência condicionada do injusto*” ou “*consciência eventual do injusto*”) no Direito Penal Juvenil encontra dois desafios significativos: primeiro, já é um tema extremamente controvertido no próprio Direito Penal comum; e segundo, tanto do ponto de vista teórico como prático, trata-se de um tema pouquíssimo conhecido na Justiça Juvenil, que, embora já reconheça a necessidade de elaboração conceitual de uma culpabilidade para o adolescente, ainda não pôde se debruçar sobre questões mais específicas, complexas e de maior profundidade dogmática, como é o caso aqui.

Contudo, apesar da escassez de fontes, não é de todo impossível imaginar nesta seara situações cotidianas que eventualmente poderiam ser levadas à Justiça Juvenil. Considere-se, nesse sentido, três exemplos:

(a) Um adolescente solicita a seu amigo, também adolescente, que compartilhe consigo parte da droga que está usando individualmente. Este amigo tem dúvidas em realizar a conduta, porque não sabe se oferecer droga, ainda que gratuitamente, é tráfico ou não, ou se “tráfico” seria apenas comprar e vender entorpecente;

(b) Um irmão mais velho, diante da morte de seu pai, imagina que passa a ocupar o papel de “tutor”, de responsável por seu irmão mais novo (ainda criança) e, nesse

⁶⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 320.

sentido, passa exercer o direito de correção (de seu pai) sem saber se passaria a ser dele titular ou não;

(c) Um adolescente, conseguindo seu primeiro trabalho como ajudante do tio, “camelô” da Uruguaiana, participa, auxilia e sabe como seu tio organiza e desempenha seu comércio, mas não compreende se a atividade desempenhada por ele é lícita ou não, apesar deste desempenhar a atividade desde muito tempo e contar com alvará da prefeitura.

Todas estas situações (em especial, a primeira e a terceira) podem eventualmente criminalizar um adolescente, levando-o à Justiça Juvenil, quando então se poderia indagar se ele tinha ou não compreensão da ilicitude do fato ou se podia, de alguma forma, atingir essa compreensão.

De acordo com a doutrina tradicional no Direito Penal, a dúvida sobre a permissibilidade de uma conduta é incompatível com o erro de proibição, já que haveria no caso conhecimento condicionado (eventual) do injusto, o qual já afastaria de pronto a possibilidade de erro de proibição. Para fins de imputação, opera-se uma analogia com a teoria do dolo eventual⁶⁸¹.

Ocorre que tal posicionamento absoluto já era alvo de críticas doutrinárias⁶⁸² e, mais modernamente, a dúvida vem sendo tratada como um legítimo caso de erro de proibição. De fato, Alaor Leite demonstra como esta tese dominante (chamada de “tese da incompatibilidade”), padecendo de vícios dogmáticos e político-criminais, ao mesmo tempo em que sustenta a existência de uma consciência “eventual” do injusto, dá azo à que se afirme que, nestes casos, o erro de proibição é evitável⁶⁸³. Dito de forma mais simples: *esforçar-se e buscar compreender se há ou não ilicitude em sua conduta é prejudicial ao sujeito, porque instaura uma consciência condicionada do injusto que orienta à abstenção categórica deste mesmo atuar*⁶⁸⁴.

Se esse é o caso, a dúvida sobre a proibição precisa ser tratada também como espécie de erro de proibição no Direito Penal Juvenil, estabelecendo-se critérios para sua disciplina, e isso por razões ainda mais contundentes. Se um adolescente, hoje, no Brasil, não tem direito de renunciar à sua própria educação escolar, sendo sua matrícula uma obrigação jurídica de

⁶⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 314;

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56.

⁶⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general, IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 107-108 e _____. et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 730.

⁶⁸³ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

⁶⁸⁴ *Idem*, p. 126-127.

seus responsáveis e um dever do Estado em possibilitar sua prestação (inclusive no sistema socioeducativo), como conceber que uma eventual dúvida de juridicidade – própria da sua faixa etária, formação, circunstâncias sociais e que deve ser lida a partir de sua condição peculiar de desenvolvimento – possa ser motivo para sua responsabilização infracional? Quando se afirma, na sociedade e no próprio Judiciário, que a educação e a formação de crianças e adolescentes devem ser políticas públicas prioritárias na prevenção de atos infracionais, por que não se aceita, juridicamente e dogmaticamente, o pressuposto deste argumento (a menor capacidade e possibilidade de compreensão da ilicitude por parte do adolescente) e suas consequências, dentre elas, não apenas um tratamento diferenciado do erro de proibição, como também se aceitando a dúvida como sua subespécie?

Certamente existe a necessidade de se desenvolver, de forma específica, uma teoria da dúvida no erro de proibição para o adolescente autor de ato infracional. As peculiaridades do sujeito adolescente e de seu mundo social e cultural demandam investigações próprias neste âmbito, que já é muito controverso em si. Sucintamente, na ausência de uma teoria própria da dúvida, incumbe à Justiça Juvenil uma avaliação flexível dos critérios desenvolvidos pela doutrina penal comum⁶⁸⁵, mas que seja menos rigorosa e de acordo com os princípios reitores do Direito Penal Juvenil, concebendo, se inevitável, a exclusão da culpabilidade; e se evitável, sua redução.

3.2.2.5 Uma nova espécie de erro: o erro de proibição culturalmente condicionado (erro de compreensão)

Talvez a maior contribuição a ser dada na teoria do erro de proibição para o Direito Penal Juvenil esteja no chamado *erro de compreensão*, ou *erro de proibição culturalmente condicionado*, uma modalidade especial de erro de proibição desenvolvida principalmente pela doutrina latino-americana.

⁶⁸⁵ Por todos, Alaor Leite: “o erro de proibição existente em caso de dúvida sobre a proibição será inevitável quando: (a) o sujeito tiver cumprido satisfatoriamente o dever de informação surgido com a dúvida; (b) a dúvida possuir alto grau de plausibilidade jurídica; e (c) a atuação se der nos limites da dúvida. Caso o cumprimento do dever de informação seja impossível ao sujeito (por ex., decisão instantânea), a inevitabilidade depende da culpabilidade pelo comportamento prévio do sujeito, a ser identificada de forma concreta. Caso o sujeito tenha descumprido um dever possível de informação, deve-se verificar ainda se a informação obtida levaria o sujeito à consciência segura do injusto (padrão hipotético do juízo de evitabilidade), isto é, se a informação hipotética seria eficaz. Em caso de ineficácia, o erro de proibição é inevitável, a despeito do descumprimento do dever de informação” (LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 162).

Segundo Zaffaroni, cuida-se daqueles casos em que o sujeito conhece a norma proibitiva, mas não se pode exigir dele a compreensão da mesma, quer dizer, sua introjeção ou internalização como parte de sua valoração: são os casos em que o agente pertence a uma cultura ou subcultura diferenciada dentro da qual internalizou valores diferentes e incompatíveis⁶⁸⁶. O exemplo de Hormazábal Malarée e Bustos Ramírez é significativo:

Tenhamos um exemplo simples: duas pessoas, um hindu e um argentino, veem uma vaca; ambos apreenderam por seus sentidos que estão diante de uma vaca, mas para o hindu a vaca representa algo sagrado, e, por outro lado, para o argentino, representa um saboroso pedaço de carne. É por isso que a problemática deste caso está em relação com o fato de se possuir uma crença diversa. A pessoa internalizou valores diferentes, por isso o Estado não está em capacidade de lhe exigir outra consciência (tradução nossa)⁶⁸⁷.

Esta modalidade de erro de proibição é trabalhada na doutrina penal juvenil latino-americana por Hernández Basualto, que sustenta que, neste caso, a compreensão diversa do adolescente estaria condicionada pelo menor grau de desenvolvimento e maturidade, que, embora não específico do adolescente infrator, é comum à categoria de sujeitos a que pertence e que define o âmbito de aplicação do Direito Penal Juvenil⁶⁸⁸.

Cruz Marques, embora não chegue a inaugurar uma modalidade diversa de erro de proibição, sustenta que uma circunstância possível de constituir um erro de proibição é a presença de uma situação de “*conflicto cultural*”: isto é, quando a educação em uma cultura distinta da majoritária tenha impedido conhecer ou compreender o significado da norma infringida, especialmente quando o contato com dita comunidade ocupe uma posição secundária na vida do adolescente, devido, por exemplo, a dificuldades linguísticas, escasso tempo transcorrido entre desde a transferência do adolescente de seu lugar de origem, ou à escassa autonomia do adolescente no seio de seu grupo familiar⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 736. É bem verdade que esta modalidade de erro inaugura os chamados casos de “consciência dissidente” – que, por hora, não se pretende aprofundar, mas que, partindo da ideia de que o cometimento de um delito nem sempre reflete um conflito entre o sujeito e a norma mas também pode expressar a ausência de legitimidade da norma, já que toda sociedade complexa comporta distintas formas de modelos sociais e de entender a vida, sustentam que o Estado, nessas hipóteses, não pode exigir do sujeito a compreensão da ilicitude (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 736-737).

⁶⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 131.

⁶⁸⁸ BASUALTO, Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. **Revista de Derecho**, Vol. XX, nº 2, p. 213, Dez. 2007.

⁶⁸⁹ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente**. **AFDUAM** (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 262-263.

O erro de proibição culturalmente condicionado deve ser incorporado pelo Direito Penal Juvenil brasileiro⁶⁹⁰. Não apenas há de se reafirmar as pontuações efetuadas ao longo do segundo capítulo, que impõem que se leve em conta todo o universo social do adolescente, suas referências de conduta (que nem sempre são as mesmas exigidas pela norma jurídica), como há de se reconhecer que, considerada a grandeza e a riqueza cultural do Brasil, *não se pode falar em “uma” adolescência, mas várias adolescências*: urbanas, rurais, de diversas classes sociais, de pessoas oriundas ou descendentes de povos originários, que não necessariamente coincidem e que devem ser reconhecidas em suas diferenças e autenticidades. Quando a compreensão do adolescente é formada de uma maneira que lhe impeça ou impossibilite a cognoscibilidade da ilicitude, o Estado não pode exigir deste sujeito que aja conforme ao Direito posto; no mínimo, deve-se mitigar a responsabilidade pelo ato infracional praticado⁶⁹¹.

3.2.3 Exigibilidade de conduta diversa

Como uma introdução a este elemento da culpabilidade, vale a lição de Muñoz Conde, para quem *o Direito não pode exigir comportamentos impossíveis*: toda norma jurídica teria um âmbito de exigência, fora do qual não se poderia exigir responsabilidade alguma. Tal exigibilidade, ainda que regida por padrões objetivos, é um problema individual, ou seja, *é o autor concreto, no caso concreto, que deve se comportar de um modo ou outro*⁶⁹². Na ocorrência de qualquer situação que possa influir grave e diretamente no âmbito emocional de uma pessoa até o ponto de leva-la a dar uma resposta diferente frente a um conflito, está-se

⁶⁹⁰ Destaque-se dentre a escassa doutrina nacional no tema Alexandre Morais da Rosa, que incorpora o erro culturalmente condicionado em suas lições de Direito Infracional (ROSA, Alexandre Morais da.; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e Garantias Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 262-263).

⁶⁹¹ A questão é sempre tormentosa quando envolve bens jurídicos individuais e personalíssimos, como vida ou integridade física. Zaffaroni leciona: “é verdade que quando se trata da vida e da integridade física das pessoas não é sensato resolver os casos que possam se apresentar, mas tampouco a regra em questão (de evitabilidade do erro) pode sustentar-se com valor absoluto. É obvio que quanto maior é a lesão jurídica, maior é também o reproche, e, por isso, qualquer exculpação deve ser de maior entidade, ou seja, que o âmbito de autodeterminação deve estar reduzido por motivos ainda mais fortes. Talvez o vínculo cultural que impede à pessoa compreender a ilicitude da proibição de desumanidades clandestinas não alcance para fundar a invencibilidade do erro de compreensão de uma lesão ou de um homicídio, mas não por isso pode se excluir um erro de compreensão de tal entidade” (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 738-739).

⁶⁹² CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 132.

diante de situações de inexigibilidade de conduta diversa⁶⁹³, o que, ademais, constitui o fundamento material de todos os casos de ausência de culpabilidade⁶⁹⁴. Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée pontuam ainda que esse é o momento do auge da inter-relação de poder entre o Estado e a pessoa. Logo, a exigibilidade da conduta é um elemento essencial da responsabilidade, pois se assim não fosse, o poder do Estado se converteria em pura arbitrariedade e autoritarismo, em um desconhecimento da autonomia ética da pessoa e de sua realidade⁶⁹⁵.

Tangerino observa que as situações de inexigibilidade se encaixam em uma fórmula ampla, que abrange inclusive hipóteses supralegais⁶⁹⁶, tese que, no Brasil, encontra amparo jurisprudencial⁶⁹⁷.

Embora as situações de inexigibilidade de conduta diversa possuam uma classificação doutrinária variada, pode-se, razoavelmente, elencar as seguintes: como causas legais, coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, CP), obediência hierárquica legal ou devida (art. 22, segunda parte, CP); estado de necessidade exculpante⁶⁹⁸; excesso de legítima defesa real e

⁶⁹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 132.

⁶⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general, IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 233.

⁶⁹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.*, p. 131.

⁶⁹⁶ Contra o reconhecimento de causas supralegais de exculpação, Fragoso (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. A nova Parte Geral. 9ª Ed, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 218); Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 961). Favoráveis a esta tese, por todos, TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª Ed, 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 329; Cirino dos Santos (p. 332) e Maurício Dieter, que demonstra como este entendimento tem suas raízes em Freudenthal, pioneiro na elaboração da categoria (DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008, p. 39).

⁶⁹⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

⁶⁹⁸ O debate do estado de necessidade na doutrina brasileira é dos mais tormentosos. Embora respeitável parcela doutrinária adira à admissão de um estado de necessidade exculpante nos moldes alemães (quando envolvendo bens de igual ou superior valor), legalmente e historicamente o Direito Penal brasileiro assumiu a teoria unitária do estado de necessidade, classificando como causa de exclusão da ilicitude o estado de necessidade em que o bem salvo for de maior ou igual valor ao bem sacrificado. Admite-se, é verdade, a existência de um estado de necessidade exculpante, mas, este, no ordenamento pátrio, se restringe à situação em que o bem sacrificado for de maior valor do que o bem salvo. Sobre isto, conferir TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª Ed, 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 181; as notas de rodapé de Juarez Tavares e Régis Prado em CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 163-164; e BATISTA, Nilo. A tábua dos naufragos no Direito Penal Brasileiro. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (orgs). **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 509-513. Fragoso considera que o estado de necessidade previsto no art. 24, CP, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A nova Parte Geral. 9ª Ed, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 219).

excesso de legítima defesa putativa⁶⁹⁹; como causas supralegais, fato de consciência; provocação da situação de legítima defesa; desobediência civil e conflito de deveres⁷⁰⁰.

Em relação aos casos peculiares envolvendo causas de justificação e seus respectivos excessos que podem acarretar em inexigibilidade, por serem temas mais específicos e afetos à disciplina das causas de justificação, não se pretende, neste momento, adentrar em seus meandros doutrinários. É suficiente se apontar que, em tais circunstâncias, o comportamento, reação, e percepção de tais situações diferem radicalmente entre adultos e adolescentes, devendo-se reconhecer que, em tais casos, a possibilidade de exculpação dos últimos é muito maior.

A partir dos fins propostos pelo trabalho, analisam-se, no âmbito do Direito Penal Juvenil, hipóteses de inexigibilidade que possuam peculiaridades dogmáticas mais representativas; e, por outro lado, apresenta-se uma hipótese supralegal de exculpação cuja capacidade de rendimento na Justiça Juvenil pode ser substancialmente maior do que no Direito Penal comum. Neste norte, serão analisadas as situações de coação moral irresistível e obediência hierárquica; e, ao final, proposta uma nova causa de exculpação, a “falta de motivabilidade”, na linha do que já se contempla na doutrina nacional contemporânea.

3.2.3.1 Coação moral irresistível

A coação moral irresistível⁷⁰¹ se caracteriza pelo *emprego de força ou ameaça irresistível contra o coagido para que este realize fato definido como crime*⁷⁰². Costuma-se

⁶⁹⁹ Tangerino descarta ser o excesso em legítima defesa real ou putativa causa legal de exculpação, pois, ao contrário da Alemanha (fonte de Juarez Cirino), a lei penal brasileira não a previu expressamente.

⁷⁰⁰ A matéria é controvertida. Batista e Zaffaroni, a partir de seu modelo de tipicidade conglobante, consideram atípicos os casos de colisão de deveres (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal brasileiro II, I**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 232-236). Juarez Tavares, em pormenorizado estudo, separa e individualiza colisões de deveres justificantes ou atípicas (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 356-358). Roxin categoriza os casos de colisão de deveres na antijuridicidade (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 961).

⁷⁰¹ Em países hispânicos e ibero-americanos, por uma tradição que remonta aos primeiros códigos do século XIX, esta causa de inexigibilidade se traduz pela expressão “medo insuperável”, o qual isenta de responsabilidade aquele que atue motivado por medo insuperável de um mal maior ou igual (CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 165. Conferir também BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1999, p. 380-391.)

⁷⁰² SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 335.

distinguir entre “*vis absoluta*” e “*vis compulsiva*”: na primeira, o coagido não pratica conduta, pois ele se apresenta como simples objeto ou instrumento de violência; na segunda, o coagido age, mas com possibilidades de opção consideravelmente reduzidas pelo temor de sofrer algum mal, pelo que se exclui a culpabilidade⁷⁰³.

Conforme Bitencourt, a irresistibilidade da coação deve ser medida pela gravidade do mal ameaçado. Tal gravidade se relaciona com a natureza do mal e, assim, com o poder do coator em produzi-lo. Dessa forma, estão fora do âmbito da coação moral irresistível ameaças vagas e imprecisas⁷⁰⁴.

Apenas o mal efetivamente grave e iminente pode caracterizar esta situação de inexigibilidade. A iminência aqui se refere à eventual recusa do coagido, ou seja, se ele se recusa, o coator possui condições de cumprir a ameaça em seguida, seja por si mesmo, seja por interposta pessoa⁷⁰⁵.

Juarez Cirino leciona que a coação irresistível pressupõe perigo atual e inevitável de outro modo: a atualidade compreende o perigo imediato e o perigo durável, atualizável em dano; e a inevitabilidade do perigo significa a ausência de proteção alternativa razoável, como requerer proteção judicial ou policial⁷⁰⁶.

Tratando-se de uma coação resistível, ou seja, aquela em que há ameaça efetiva, a que o agente poderia resistir, mas mesmo assim age em razão da ameaça, prevê-se uma diminuição da censura, expressa na forma de redução de pena por atenuante genérica prevista no art. 65, III, “c”, CP⁷⁰⁷.

A questão, no Direito Penal comum, é colocada nos termos acima apresentados. Porém, há de se efetuar alguns reparos quando de seu enfrentamento no Direito Penal Juvenil.

A primeira e fundamental observação é que *um adolescente possui menor capacidade de resistência à coação do que um adulto*. Isso porque não apenas as capacidades intelectivas e psicológicas do adolescente estão ainda em desenvolvimento, o que coloca sua capacidade de resistência em patamar inferior ao de um adulto submetido a uma mesma coação, como

⁷⁰³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª Ed, 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 338.

⁷⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

⁷⁰⁵ *Idem*, p. 485.

⁷⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino, *Op.cit.*, p. 335.

⁷⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 486.

também o próprio ECA (art. 232) consigna como um crime autônomo a submissão de criança ou adolescente de que se tenha autoridade, guarda ou vigilância a qualquer vexame ou constrangimento (violência física ou moral)⁷⁰⁸ – crime que claramente se justifica em razão da própria condição de desenvolvimento psicológico e mental do adolescente. Se assim é, a repercussão lógica desta argumentação é que se analise de forma mais ampla a irresistibilidade de uma coação moral sobre adolescente.

A segunda observação, decorrente da primeira, está no tratamento da coação moral resistível.

No Direito Penal comum, a prática forense conhece de longa data a alegação de coação moral resistível em casos vulgarmente denominados de “mulas”, ou seja, pessoas que são presas como se traficantes fossem pelo fato de transportarem droga⁷⁰⁹. Via de regra, tais alegações não prosperam. Porém, seria o caso de se dispensar a mesma solução ao Direito Penal Juvenil?

Refletindo sobre a realidade empírica do adolescente e da Justiça Juvenil, em que atos infracionais análogos a tráfico de drogas são de criminalização muito frequente e intensa, e que, em regra, o adolescente autor deste tipo de ato infracional não costuma desempenhar uma posição muito relevante no seio do grupo ou organização que eventualmente integre (normalmente sendo chamados “drogaditos”), nessas circunstâncias, o desempenho da função de “mula” por um adolescente não é igual ao de um adulto. O constrangimento e a ameaça sofrida por um adolescente nesse contexto não podem ser ignorados, se não para exculpar, no mínimo para ensejar uma responsabilização menos afiliva.

Ampliando a análise, verifica-se que *não apenas os critérios de aferição da irresistibilidade da ameaça devem ser diferenciados em relação a um adolescente, como casos de coação moral resistível podem ser de reconhecimento muito mais frequente*. Para estes, pode-se transcender a mera mitigação da reprimenda em tese cabível para se conceber a resolução do conflito por outros meios (restaurativos ou reparadores), ou se aplicando as medidas de proteção que se mostrarem mais adequadas. A firmeza com que se costuma sustentar, no Parlamento ou no Judiciário, a repressão de toda e qualquer forma de violência

⁷⁰⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 549.

⁷⁰⁹ ROSA, Alexandre Morais da, AGUIAR, Michelle. **O que o “traficante mula” e o entregador de pizza tem em comum?** Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/o-que-o-traficante-mula-e-o-entregador-de-pizza-tem-em-comum-por-alexandre-morais-da-rosa-e-michelle-aguiar/>>, acesso em 29 julho 2016.

sobre crianças e adolescentes deve se traduzir, na Justiça Juvenil, em mais generosidade, sensibilidade e garantias no reconhecimento e tratamento de situações de coação moral sobre adolescentes autores de ato infracional.

3.2.3.2 Obediência hierárquica

No Direito Penal comum, a obediência hierárquica, com previsão no art. 22, segunda parte, CP, é comumente conceituada como *a situação de exculpação que, fundada em uma relação de subordinação de direito público, isenta de pena o funcionário público que obedecer a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico*⁷¹⁰.

Esta apresentação basta para que se observe que, no Direito Penal Juvenil, tal situação de inexigibilidade, se não é impossível de existir, é de ocorrência muito remota, uma vez que o ingresso em carreiras públicas costuma exigir, no mínimo, ensino médio completo, o que significa que, a idade mínima de alguém que integre o funcionalismo público gira em torno dos 17 a 19 anos.

Por essa constatação, mostra-se mais fecundo explorar situações que, se não se enquadram perfeitamente no conceito jurídico-penal de obediência hierárquica, guardam certa similitude e podem possuir um razoável potencial exculpatório, pelas circunstâncias anormais com que permeiam a conduta infracional do adolescente. Sem pretensão de esgotar o assunto, elencam-se pelo menos três casos: *situações de obediência em relações privadas de trabalho; situações de obediência em contexto familiar; e, com um grau maior de controvérsia, situações de obediência em organizações ou associações criminosas.*

Sabe-se que o Brasil, dentre seus vários e crônicos problemas sociais, é marcado pela exploração (em grande parte dos casos, fora de qualquer limite legal) de trabalho infantil e adolescente. A Constituição da República busca assegurar proteção e garantias fundamentais a crianças e adolescentes nessa condição, a partir do seu artigo 7º, XXXIII, que proíbe o “trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito” e, “qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”, o que é complementado pelo art. 227, §3º, I, II e III, que garante a idade mínima de 14 anos para

⁷¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 336.

admissão ao trabalho, direitos previdenciários e trabalhistas e garantia de acesso ao trabalhador adolescente e jovem à escola.

Um dos argumentos para que a obediência hierárquica se restrinja a relações de Direito Público é que a relação de subordinação difere profundamente entre o contexto privado e público, dado que ao particular se lhe garante não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, CRFB), o que não ocorre em relações administrativamente vinculadas de Direito Público⁷¹¹. Porém, esta liberdade individual é, em regra, concebida em função de uma pessoa adulta, plenamente capaz, a qual se pressupõe livre e sem condicionamentos à sua vontade. Pode-se, realisticamente, afirmar que um adolescente em uma relação de trabalho – que, em boa parte dos casos, não respeita os limites e garantias impostos pelo ordenamento jurídico – dispõe do mesmo nível de liberdade?

A resposta é negativa, o que se justifica pela própria proteção especial que o ordenamento confere ao adolescente trabalhador. Assim, se não se admitir sua exculpação por obediência hierárquica nos termos do art. 22 do Código Penal, é forçoso conceber, ainda assim, uma *possibilidade supralegal de exculpação* se um adolescente, obedecendo a uma ordem não manifestamente ilegal de seu superior, vem a praticar um ato infracional. A depender do conteúdo da ordem e da possibilidade de sua negativa, pode o adolescente fazer jus a uma redução considerável de responsabilidade, já que o art. 65, III, “c” também prevê uma atenuante genérica para o caso de um adulto que pratique crime em cumprimento de ordem de autoridade superior. Se a ordem for manifestamente ilegal, é de se verificar a ocorrência de coação moral, pois é possível que o adolescente tenha praticado a conduta na qualidade de instrumento.

Uma segunda situação de obediência (e, ao mesmo tempo, constrangimento) pode se verificar em *contexto familiar*, que não teria muito relevo para o Direito Penal comum, mas pode ser determinante para o Direito Penal Juvenil. Se, hoje, uma pessoa formalmente adulta segue ainda dependente de seus pais e responsáveis muitas vezes até o término do Ensino Superior, um adolescente possui um grau de dependência muito maior.

⁷¹¹ A doutrina amplamente majoritária restringe a obediência hierárquica a relações de direito público: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A nova Parte Geral. 9ª Ed, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 221; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 486; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 112; SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 246.

Nesse tipo de contexto, deve-se fazer um aporte ao Direito Civil e perceber que podem surgir situações de exculpação decorrentes do que se costuma denominar “*temor reverencial*”.

A doutrina civilística afirma que o temor reverencial, o receio de desagradar aos pais, mestres ou qualquer pessoa por quem o paciente tenha respeito, ou a quem se ligue por uma relação de dependência ou subordinação hierárquica, normalmente não constitui coação apta a ensejar um vício de vontade⁷¹² – o que é consagrado expressamente pelo art. 153 do Código Civil.

Porém, se o temor reverencial, por sua gravidade e determinação que imponha à vítima, puder se converter em verdadeira força de intimidação, geradora da declaração de vontade nas mesmas condições que a coação específica, admite-se sua caracterização para fins de invalidar um negócio jurídico⁷¹³. Tepedino, Barboza e Moraes afirmam, contudo, que se deve levar em conta as circunstâncias culturais e sociais que são capazes de transformar o temor reverencial em verdadeira coação, especialmente quando a atitude da pessoa reverenciada realimenta e intensifica a fragilidade subjetiva de quem tem medo, resultando em verdadeira ameaça ou violência moral irresistível⁷¹⁴.

Tais considerações devem reverberar no Direito Penal Juvenil, em que muitos atos infracionais podem ser praticados por influência, temor, fragilidade ou ordem familiar, a partir das quais o adolescente pode se sentir compelido a agir, encontrando-se, materialmente, ou em coação moral irresistível, ou em uma situação similar de pressão e insuportabilidade, pelo que o agir conforme ao Direito (considerado de forma legal ou supralegal) seria inexigível.

A terceira e última situação similar a uma obediência hierárquica é a de *adolescentes envolvidos em associações ou organizações criminosas*. É uma situação extremamente delicada, em particular diante da política de criminalização de drogas em curso no país, cujos efeitos mais perversos se fazem sentir nos adolescentes submetidos à Justiça Juvenil. Neste ponto, deve-se diferenciar a análise.

Em relação a casos de *autoria mediata*, em que o adolescente atua como instrumento a serviço de outrem (no caso, um adulto ou um adolescente mais velho, a depender da diferença

⁷¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume I. 23ª Ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 455-456.

⁷¹³ *Idem*, p. 456.

⁷¹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Clina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 292.

de idades), deve-se *prescindir de sua responsabilização infracional*. Roxin, embora reconheça que possa ser teoricamente possível que a criança ou adolescente eventualmente apresentem maturidade suficiente para entender o injusto do fato e agir conforme a este entendimento, aplica, nesta hipótese, seu princípio da responsabilidade e os exime de censura⁷¹⁵. Em relação ao Direito Penal Juvenil brasileiro, os princípios do superior interesse, da condição peculiar e da proteção integral apontam para o mesmo sentido.

Mais complexos são os *casos em que não se está diante de autoria mediata*, já que nestes provavelmente todos os envolvidos serão responsabilizados, seja na Justiça Juvenil, seja na Justiça comum, de acordo com suas respectivas idades.

Para essas hipóteses vislumbra-se pelo menos uma *redução de responsabilidade*. A partir da própria legislação, encontra-se o conhecido art. 244-B do ECA (“corrupção de menores”). Tal artigo constitui um delito associativo especial, e não sem razão: a lei pressupõe que crianças e adolescentes, por sua condição de desenvolvimento e maturidade, podem sofrer severos danos à formação de sua personalidade se se envolverem em delitos praticados por adultos. Se esta é a premissa do ordenamento, não parece razoável que, praticando, por exemplo, tráfico de drogas, um adulto e um adolescente sejam censurados em similar gravidade, cada qual a partir de sua justiça competente. O julgamento da culpabilidade do adolescente pela Justiça Juvenil deve considerar que nessas circunstâncias, a exigibilidade de atuação conforme ao Direito é menor, impondo-se menor censura.

3.2.3.3 Uma nova causa de inexigibilidade: a falta de motivabilidade

Trabalhando um realinhamento da culpabilidade no Direito Penal comum, Davi Tangerino elabora uma nova causa de exclusão da culpabilidade (no caso, supralegal), denominada pelo autor de “*falta de motivabilidade*”⁷¹⁶.

⁷¹⁵ Cf. SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 117, p.103, nov./dez. 2015; também assim Nilo Batista, reconhecendo autoria mediata, mas ressaltando a eventual responsabilidade ou semi-responsabilidade de adolescentes ou semi-imputáveis (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 149).

⁷¹⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204.

Para seu desenvolvimento, Tangerino levanta dois exemplos: o primeiro, de Alberto, nascido em um morro da cidade do Rio de Janeiro e que cresceu em circunstâncias familiares, econômicas e sociais extremamente difíceis e precárias; suas duras condições de vida o impelem ao tráfico de drogas, das poucas atividades reputadas como “bem sucedidas” em sua comunidade, e que poderiam trazer melhores condições à sua família, como permitindo que sua mãe pare de trabalhar e descanse para cuidar dos netos⁷¹⁷.

O segundo exemplo é o de Bernardo, que, crescido em circunstâncias um pouco mais confortáveis que Alberto, mas ainda assim difíceis, teve que trabalhar desde muito cedo para ajudar a mãe. Bernardo deseja poder constituir uma família e sustentá-la com dignidade; sabe que o tráfico é proibido, mas nele visualiza saída mais lucrativa que o trabalho formal, e justifica sua escolha pelo bem que fará aos seus, buscando, eventualmente, sair desta fase se outra oportunidade melhor surgir⁷¹⁸.

Tangerino questiona se, dadas as condições de específicas de vida de Alberto e de Bernardo, tributáveis à falência estatal na efetivação dos mais elementares direitos fundamentais individuais e sociais, pode-se censurá-los por não terem se motivado pela proibição do tráfico de entorpecentes⁷¹⁹.

Importa perceber que essas situações guardam um elemento em comum, qual seja, que a conduta de traficar entorpecentes, apesar de antijurídica, é inspirada por valores morais (responsabilidade, dedicação à família, amor, zelo, etc)⁷²⁰.

Assim, Tangerino sustenta que “*determinados injustos, quando alinhados a projetos de vida éticos cuja adoção mostrou-se a única possível não podem receber o rótulo de delitos*”: eis a “falta de motivabilidade”, nova causa de exclusão da culpabilidade⁷²¹. De fato, é uma hipótese de exculpação que se sintoniza adequadamente ao próprio princípio da lesividade, porque não confunde antijuridicidade ou ilicitude com imoralidade: nas palavras de Batista e Zaffaroni, “o Estado que pretende impor uma moral é imoral”. Isso não significa que o Estado não deva ser ético; ao contrário, um Estado ético é aquele que reconhece o

⁷¹⁷ *Idem*, p. 199.

⁷¹⁸ *Idem, ibidem*.

⁷¹⁹ *Idem*, p. 199-200.

⁷²⁰ *Idem*, p. 200.

⁷²¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204.

âmbito de liberdade moral de seus cidadãos, que surge quando eles possuem disponibilidade da alternativa imoral⁷²².

Assim, a “falta de motivabilidade” é uma espécie de *perda da possibilidade de exercício do poder punitivo estatal* em virtude de sucessivas e reiteradas falhas de todos os seus braços (educacional, de saúde, assistência social, trabalho, lazer, higiene, habitação, etc.), que redundaram na impossibilidade absoluta de um determinado projeto de vida ético e moral conforme ao Direito⁷²³.

Os seguintes requisitos da falta de motivabilidade são os seguintes⁷²⁴:

(a) O injusto deve ser cometido inspirado por um projeto de vida ético e moral em sentido estrito, isto é, o valor moral associado ao projeto de vida deve ser associado ao autorrespeito e deve incluir, sempre, o outro;

(b) Os valores morais que informam o projeto de vida ético sejam legitimados no seio do grupo social de que faz parte o agente (excluindo-se aqueles que, apesar de inseridos em um ambiente motivador pela proibição, escolhem um projeto ilícito);

(c) O projeto de vida ético, moral e ilegal deve ser exculpado quando, por parte do Estado, não foram criadas condições que compelissem o agente a formar um outro projeto de vida ético e moral, porém condizente com o Direito.

Se, no Direito Penal comum, esta causa de inexigibilidade poderia gerar grande controvérsia e, sobretudo ser de difícil implementação, no Direito Penal Juvenil ela sintetiza todos os princípios protetivos da matéria e permite uma grande ruptura com as lógicas punitivas e repressivas até hoje em vigor. Além disso, a falta de motivabilidade conta ainda com formidável capacidade de rendimento, haja vista a possibilidade de requisição de auxílio técnico especializado (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais) que pode fornecer ao acusador e ao julgador os dados sociais e o perfil individual necessário para a configuração da eximente.

⁷²² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 225.

⁷²³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

⁷²⁴ *Idem*, p. 204-205.

Ellen Rodrigues também sustenta a aplicação da falta de motivabilidade como causa de inexigibilidade na Justiça Juvenil e, respeitosamente em relação a Tangerino, propõe um alargamento desta excludente (com o qual se concorda) para abarcar casos mais graves, que envolvam violência doméstica e familiar, que podem muitas vezes motivar dramáticos homicídios – casos de pais que praticam rotineiramente abusos e violência contra seus filhos, deixando o adolescente em uma situação tão insuportável que, motivado a proteger a sua família e a si mesmo termina matando o agressor⁷²⁵.

Esta exposição encerra o tratamento da culpabilidade como elemento integrante do ato infracional. Verificou-se como as diferenças de um sujeito adulto para um sujeito adolescente se refletem no seio da própria disciplina dogmática do instituto, de cada elemento e causa de exculpação em particular, aos quais se propôs mudanças e sugestões - que não se pretendem únicas ou definitivas, mas que podem permitir melhor labor dogmático futuro no Direito Penal Juvenil brasileiro. Na sequência, passa-se à última parte do trabalho, em que se buscará analisar e propor tratamento adequado à culpabilidade como medida da sanção penal juvenil aplicável.

3.3 A culpabilidade como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa

Antes de empreender a tarefa de delinear os contornos básicos da culpabilidade enquanto grau da medida socioeducativa, é necessário esclarecer de que forma se abordará o tema e quais as suas limitações.

Pretende-se traçar as linhas deste aspecto da culpabilidade apresentando, primeiro, de forma sucinta, como a matéria é tratada no Direito Penal comum para, na sequência, abordar os parâmetros normativos existentes no Direito Penal Juvenil brasileiro.

O presente desafio dogmático encontra três limites:

(a) No Direito Penal Juvenil brasileiro não se comina aos atos infracionais sua respectiva sanção e modalidade ou balizas temporais, apenas se afirma que é ato

⁷²⁵ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades.** Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 261-262.

infracional todo crime ou contravenção penal, e estes sim, encontram limites legalmente previstos;

(b) Não há no Direito Penal Juvenil um sistema cerrado e, em tese, rígido de aplicação judicial da medida socioeducativa (ou uma previsão similar ao art. 59, CP), mas sim, um sistema normativo maleável que visa fornecer ao aplicador orientações por princípios legais ou constitucionais de conteúdo aberto;

(c) Dado que o trabalho se circunscreve a inserir e precisar o aspecto de mensuração da culpabilidade no sistema hoje vigente, não será possível, neste momento, adentrar em problemas mais afins a uma “teoria geral da medida socioeducativa”, propor reformas ou um mesmo sistema sancionatório penal juvenil diverso.

3.3.1 Culpabilidade e medida da pena

Como se observou no primeiro capítulo, a culpabilidade assume três acepções: como princípio penal, limita o poder punitivo; como elemento analítico da teoria do delito, fundamenta a sanção criminal; e, enquanto circunstância judicial de aplicação da penal, opera determinando o grau da pena.

Anteriormente, assentou-se que, na verdade, a culpabilidade desempenha uma função limitadora de poder, pela singela razão de que a imposição de pena se faz necessária por razões alheias à culpabilidade do agente e mais próximas de demandas de ordem social ou política que exurgem da intolerabilidade relativa a determinados fatos sociais graves a que não se encontra possibilidade de resolução por meios menos violentos ou aflitivos.

Por isso, ajustando-se a famosa citação de Muñoz Conde⁷²⁶, em Estados Democráticos de Direito a culpabilidade deve ser o final de uma cadeia argumentativa (integrada pelos demais estratos da teoria do delito) que se propõe a justificar por que *não* se deve recorrer a uma forma de intervenção tão extrema como a pena e, na impossibilidade de recorrer-se a meios diversos de resolução de conflitos, limitar e determinar, a partir de critérios e argumentos racionais refutáveis, em que medida a sanção penal poderá ser aplicada.

Neste norte, na culpabilidade (em seu aspecto de mensuração) são examinadas a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da

⁷²⁶ Conforme p. 45

conduta praticada, não se esquecendo, porém, da realidade concreta em que ela ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta⁷²⁷. Esta compreensão é partilhada amplamente pela doutrina. Porém, estipular o que, exatamente, pode ser analisado, é alvo de divergências.

Salo de Carvalho leciona que, no bojo da Reforma de 1984, o legislador atribuiu ao termo culpabilidade o sentido de “*síntese das circunstâncias judiciais*”, notadamente as subjetivas, conglobando as demais circunstâncias (antecedentes, conduta social, personalidade e motivos do agente), pelo que se forneceria ao julgador uma espécie de *índice* ou *grau* de responsabilidade pessoal pelo injusto⁷²⁸.

Por este raciocínio, a análise da culpabilidade enquanto circunstância judicial seria efetuada pela verificação da extensão da imputabilidade, do nível de consciência da ilicitude e de qual a medida de exigibilidade de outra conduta⁷²⁹, em uma leitura mais ampliada destes elementos em cotejo com dados pessoais ou afetos ao sujeito e sua realidade.

Em outra perspectiva, Juarez Tavares trabalha a culpabilidade como circunstância judicial central, mas com certa autonomia, que, impondo limites à pena, não se confunde com as demais circunstâncias previstas no art. 59, CP (personalidade, antecedentes, conduta social, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima). Esses seriam critérios de prevenção geral e especial, e cuja consideração só poderia ser em benefício do autor, porque do contrário estar-se-ia impondo pena alheia ao fato⁷³⁰.

Nesta acepção de culpabilidade, importa a realização concreta do fato pelo autor sob dois aspectos: *sua autonomia para realizá-lo e por sua gravidade*⁷³¹. A *autonomia do sujeito* é estudada tendo como ponto de referência seu *contexto individual e social e sua capacidade de realizar o fato apesar dos apelos normativos da ordem jurídica*, admitindo-se que fatores concretos da vida, como relacionamentos pessoais, emprego ou desemprego, riqueza ou miséria, poder e submissão, influenciem na delimitação deste elemento⁷³². Quanto maior a

⁷²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 774.

⁷²⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 347. Corroborando tal entendimento, BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 875-876; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 529.

⁷²⁹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 349.

⁷³⁰ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovção**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 129-139.

⁷³¹ *Idem*, p. 137-138.

⁷³² *Idem*, p. 143.

dificuldade do sujeito em exercer sua autonomia, menor a culpabilidade; quanto maior a autonomia, não se considera diminuta sua culpabilidade⁷³³. Juarez Tavares admite ainda que tanto o dolo como a culpa podem influenciar na aferição da autonomia do sujeito para com a realização do fato⁷³⁴.

A *gravidade do injusto*, por sua vez, se refere à *especialização da ofensa ao bem jurídico*, concretizada em uma lesão ou perigo de lesão perpetrada pelo sujeito em sua relação para com o fato⁷³⁵. Neste elemento avaliam-se os seguintes aspectos: o desenvolvimento da ação e seus limites, tentativa, consumação ou exaurimento; o número de ações praticadas pelo agente e seus efeitos concretos; a facilidade ou dificuldade objetiva da execução; a ocorrência de fatores externos no processo de produção do resultado; a maior ou menor extensão do dano causado em face do número de vítimas ou bens lesionados; o valor real dos bens lesados; a reparação do dano como forma do limite de sua extensão; a duração do ato ilícito; a posição do autor em eventual concurso de agentes; a relação objetiva do autor com a vítima, em termos de parentesco, indiferença, amizade ou inimizade; em crimes omissivos, a qualidade do dever descumprido e, em crimes culposos, a forma e o modo de violação do dever de cuidado⁷³⁶.

3.3.2 A culpabilidade do adolescente na mensuração da medida socioeducativa

3.3.2.1 Breves linhas sobre a aplicação das medidas socioeducativas no Direito Penal Juvenil brasileiro

Previamente ao trato da culpabilidade, deve-se apresentar sucintamente a sistemática de aplicação da medida socioeducativa no Direito Penal Juvenil brasileiro.

⁷³³ *Idem*, p. 143.

⁷³⁴ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 144, assim como BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 774; inadmitindo a análise destes elementos em sede de culpabilidade por configurar “bis in idem”, CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 353-354 e JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 632.

⁷³⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 145.

⁷³⁶ *Idem*, p. 147.

Diante da prática de um ato infracional, o juiz deve verificar se se trata de uma conduta típica, antijurídica e culpável (juízos de valoração adequados em função do sujeito adolescente, não podendo ser a mesma análise que se dispensaria a um adulto). Não havendo qualquer possibilidade de não se aplicar uma medida socioeducativa, àquele ato infracional será possível a aplicação de uma medida socioeducativa em princípio cabível de acordo com a natureza do ato infracional praticado, que varia desde atos leves a atos gravíssimos.

Leve é o ato infracional análogo à infração penal de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei 9.099/95); um ato infracional *médio* corresponde a um crime de médio potencial ofensivo (pena mínima não superior a um ano, com fulcro no art. 89 da Lei 9.099/95, autorizando suspensão condicional do processo); atos infracionais *graves* são aqueles análogos aos delitos de maior potencial ofensivo (pena mínima superior a um ano) cometidos sem violência ou grave ameaça; e, por último, *atos infracionais análogos a delitos gravíssimos* são aqueles cometidos com violência à pessoa ou grave ameaça com pena mínima superior a um ano⁷³⁷.

A única medida socioeducativa cujo *cabimento* o legislador expressamente limitou para atos infracionais gravíssimos, por reiteração no cometimento de atos infracionais graves ou por descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta é a medida de internação, no art. 122, ECA. As demais medidas não possuem restrições desta natureza e admite-se cumulação, seja entre medidas protetivas e socioeducativas, ou socioeducativas em meio aberto, notadamente liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, apesar de haver discussão doutrinária a respeito desta possibilidade⁷³⁸.

A respeito da limitação temporal das medidas, a prestação de serviços à comunidade tem prazo máximo de seis meses (art. 117, caput, ECA); a liberdade assistida tem prazo mínimo de seis meses, admitindo-se prorrogação (art. 118, §2º, ECA); a semiliberdade não possui prazo determinado, aplicando-se as disposições da internação (art. 120, §2º, ECA); e a internação, em regra, não possui prazo determinado, não podendo o adolescente restar internado por mais de três anos e devendo ser reavaliado no máximo a cada seis meses (salvo no caso de internação-sanção, que possui prazo de até 3 meses - art. 122, III e §1º, ECA).

A partir deste ponto, a legislação juvenil abre uma ampla margem decisória para o magistrado. Por razões de proporcionalidade, vislumbra-se certa graduação entre atos leves e

⁷³⁷ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 177.

⁷³⁸ *Idem*, p. 167-169.

medidas mais brandas, e atos graves e medidas mais severas, o que, neste momento, revela ao aplicador uma ou mais medidas e limites legais em tese cabíveis.

Ao cabimento hipotético da medida, atendo-se ao viés protetivo e garantista da legislação juvenil, o julgador passa a avaliar os seguintes artigos: o art. 112, §1º, o art. 100, caput, art. 3º e 4º, ECA; art. 1º, §2º e art. 35, Lei do SINASE, não podendo impor sanção que seria mais gravosa do que em relação a um adulto (apesar de o sistema normativo de proteção integral ser mais exigente, devendo a sanção ser menos gravosa do que seria em relação a um adulto).

Embora a legislação juvenil forneça ao intérprete um vasto rol de princípios e postulados fundamentais, o dispositivo mais importante para a aplicação definitiva da medida é o art. 112, §1º, ECA, que dispõe que “*a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração*”⁷³⁹. Neste ponto, a doutrina nacional não é uniforme na compreensão do que sejam estes três elementos e como deve ser sua forma de aplicação.

Garrido de Paula sustenta que a “capacidade pessoal para o cumprimento da medida” acarreta na compreensão da *culpabilidade* do adolescente. As “circunstâncias da infração” extravasam os limites objetivos do ato infracional e alcançam suas motivações e seu contexto socioeconômico, e, por fim, a gravidade da infração, igualmente objetiva, diz respeito à *graduação da lesão de acordo com a gravidade da medida*⁷⁴⁰.

Murilo Digácomo entende que a “capacidade de cumprimento da medida” se vincula ao princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento⁷⁴¹. As “circunstâncias da infração” incluiriam todos os fatores, endógenos e exógenos, que levaram o adolescente à prática do ato infracional. A “gravidade da infração” visa assegurar proporcionalidade entre a infração praticada e a medida a ser aplicada⁷⁴². Elenca ainda que devem ser consideradas as

⁷³⁹ Válder Ishida recorda que este dispositivo guarda correlação com o princípio da proporcionalidade, estipulado na regra 17 das Regras Mínimas de Beijing (ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 289).

⁷⁴⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional:** socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/idades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 17. Acesso em 16 out. 2015, p. 42-43.

⁷⁴¹ No mesmo sentido, DONATO, Giancarlo Fontoura. **Sentença penal juvenil:** em busca da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 46.

⁷⁴² DIGÁCOMO, Murilo. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do Direito da Criança e do Adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional:** socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD,

necessidades pedagógicas específicas do adolescente e a preferência na aplicação de medidas em meio aberto, que fortaleçam vínculos familiares e comunitários (art. 113 e 100, ECA) ⁷⁴³.

Karyna Sposato afirma que o art. 112, §1º, ECA traduz racionalidade e proporcionalidade, devendo-se realizar uma ponderação entre as circunstâncias e a gravidade do ato infracional e a medida socioeducativa a ser aplicada, além de levar em conta as características pessoais do adolescente ⁷⁴⁴. Em outra oportunidade, a autora identifica nestas disposições a tradução dos princípios da *proporcionalidade, da culpabilidade e do respeito à condição peculiar de desenvolvimento* ⁷⁴⁵.

Caroline Teixeira recorta sua análise e divide a aplicação das medidas socioeducativas três ordens de parâmetros: constitucionais, estatutários, e da Lei do SINASE. Os parâmetros constitucionais estão nos artigos 227 e seguintes da Carta e os parâmetros da Lei do SINASE encontram-se no art. 35 ⁷⁴⁶.

No que diz respeito ao art. 112, §1º, ECA, Teixeira compreende a capacidade de cumprimento como “*condição de exequibilidade*” da medida pelo adolescente e as circunstâncias e gravidade do fato orientam quanto à extensão da necessidade de intervenção estatal socioeducativa para fins de recuperação do adolescente ⁷⁴⁷.

Giancarlo Donato, com fulcro no art. 112, §1º, ECA traça três parâmetros de aplicação das medidas: *necessidade pedagógica; capacidade de cumprimento da medida socioeducativa* (respeito à condição peculiar) e *proporcionalidade* (ao que combina este exame com os

2006. Disponível em:

<http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 17. Acesso em 16 out. 2015, p. 219, 220.

⁷⁴³ DIGÁCOMO, Murilo. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do Direito da Criança e do Adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em:

<http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 17. Acesso em 16 out. 2015, p. 220-221.

⁷⁴⁴ SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um Direito Penal Juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <

http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, Acesso em 16 out. 2015, p. 263.

⁷⁴⁵ _____. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 118.

⁷⁴⁶ TEIXEIRA, Caroline Köhler. As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação. **Revista da Emesc**. Vol. 20, n.26. p. 184-188 e p. 196-198. Florianópolis: Emesc, 2013.

⁷⁴⁷ *Idem*, p. 189.

critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sustentados por Robert Alexy)⁷⁴⁸.

Costa Saraiva, interpretando o art. 112, §1º, entende que as circunstâncias a que se refere o dispositivo deverão encontrar correspondência entre as chamadas circunstâncias judiciais e legais a que alude o Código Penal no art. 59 e nas previsões de atenuantes e agravantes, utilizados de forma supletiva⁷⁴⁹.

Por último, Moraes da Rosa sustenta que a medida socioeducativa deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências da conduta, desde que descritas na representação e tendo sido objeto de contraditório. Estas seriam as únicas possibilidades de majoração da medida socioeducativa, sempre em face do bem jurídico tutelado, da lesividade da conduta, da dimensão da ação, enfim, dos princípios garantistas⁷⁵⁰.

Como se pode perceber, a forma de aplicação das medidas socioeducativas e o adequado entendimento dos principais dispositivos constitucionais e estatutários que balizam sua aplicação são muito fluidos e flexíveis, o que, se, por um lado, permite uma gama ampliada de maneiras de solução do conflito, por outro, abre largos espaços de discricionariedade, potencializando assim a insegurança jurídica e o arbítrio judicial – o que é empiricamente verificável, já que, como se pôde observar no segundo capítulo, a ausência de parâmetros mais rígidos de fixação da responsabilidade juvenil sustenta a permanência do paradigma da periculosidade, o que, além de contrariar todo o complexo normativo referente à infância e juventude, acarreta em ausência de proporcionalidade, estabilidade, segurança e decisionismo judicial.

Encaixar e delinear a culpabilidade nesse sistema pode contribuir para minimizar estes problemas, uma vez que potencializa e concretiza os princípios e normas fundamentais de proteção relativas a adolescentes, e, principalmente, porque possibilita uma construção decisória baseada em argumentos racionais.

⁷⁴⁸ DONATO, Giancarlo Fontoura. **Sentença penal juvenil**: em busca da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 45-56.

⁷⁴⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 258. Discorda desta interpretação Caroline Teixeira, para quem os critérios da legislação penal são vocacionados para o escopo retributivo, enquanto que o alvo principal da ação socioeducativa deve recair sobre o adolescente infrator, fornecendo-lhe os caminhos para reconduzi-lo à plena fruição de seus direitos (TEIXEIRA, Caroline Köhler. As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação. **Revista da Emesc**. Vol. 20, n.26. p. 183-184. Florianópolis: Emesc, 2013).

⁷⁵⁰ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 279.

3.3.2.2 Culpabilidade e medida socioeducativa: parâmetros e delineamentos

A inserção e instrumentalização da culpabilidade no sistema socioeducativo será trabalhada a partir de duas perguntas, às quais se buscará responder ao longo do tópico: *qual o lugar da culpabilidade no sistema? Como ela opera?*

A culpabilidade pode ser encontrada em pelo menos dois dispositivos: art. 112, caput (c/c art. 103) e no art. 112, §1º, todos do ECA. Nos primeiros, consagra-se que o ato infracional corresponde a toda conduta descrita como crime ou contravenção; e, além disso, impõe à autoridade competente o dever de verificar a prática de ato infracional. Nesta seara, pode-se visualizar a culpabilidade enquanto *elemento analítico do ato infracional*, sem a qual este não se verifica e, por isso, sua ausência impossibilita a aplicação de qualquer medida socioeducativa.

A culpabilidade também possui guarida em um segundo grupo de dispositivos: art. 112, §1º, e art. 100, ECA e art. 1º, §2º e 35, Lei do Sinase. Com efeito, nestes artigos a medida socioeducativa é limitada a um conjunto de fatores e objetivos programáticos que nada mais integram do que o *aspecto gradativo da culpabilidade do adolescente*.

Se, no primeiro grupo de normas, a falta de culpabilidade permite excluir o ato infracional, no segundo, constatada sua presença, sua operacionalidade se dá em dois vetores: *primeiro, ela limita a medida socioeducativa em tese cabível como teto máximo de intervenção penal juvenil* (“a culpabilidade é o limite máximo da pena”); e, *segundo, fixada a máxima resposta cabível, ela permite reduzir o grau de censura pelo ato infracional*, o que significa, concretamente, possibilitar uma imposição menos aflitiva de medidas socioeducativas. Fatores de exasperação, no sistema juvenil, permitem apenas manter a sanção em tese cabível, sem agravá-la, uma vez que, ao contrário da legislação penal comum, não há previsão legal de um sistema escalonado de aumentos ou diminuições de reprimenda com base na culpabilidade do agente, e as medidas socioeducativas de duração (exceto a liberdade assistida) não contemplam prazos mínimos, mas apenas máximos, articulando-se com o sistema de execução das medidas previsto na Lei do SINASE.

Um questionamento que poderia advir neste âmbito é *se seria lícito ao juiz estipular, a partir da culpabilidade do adolescente, um prazo máximo de cumprimento da medida socioeducativa.*

Morais da Rosa entende que é intolerável a estipulação de medidas socioeducativas com prazos indeterminados mediante o cumprimento imaginário de finalidades pedagógicas. Sustenta o autor que fixar um termo máximo de cumprimento é necessário, independentemente da participação do adolescente nas atividades, porque o Estado não possuiria legitimidade democrática de impô-las⁷⁵¹.

Com a devida vênia, concorda-se com os fundamentos, mas se discorda da forma como fazê-lo. De “*lege ferenda*”, a previsão de limites temporais máximos para as medidas socioeducativas, consagrando instrumentos de controlabilidade decisória, pode ser uma contribuição importante para reduzir o arbítrio e a insegurança jurídica. Entretanto, diante da ausência de qualquer regime legal neste sentido, sustentar a possibilidade de fixação de prazo máximo pode ser tão inseguro quanto o atual sistema e pode tender a orientar a Justiça Juvenil em direção ao cumprimento total do marco prefixado, uma vez que esta é ainda marcada por permanências menoristas e influxos autoritários imanentes do próprio sistema penal comum⁷⁵².

A última pergunta que resta a se responder diz respeito aos *critérios relativos à culpabilidade que seriam possíveis de importar em mitigação ou manutenção da sanção juvenil em tese cabível.*

Antes, é necessário perceber que, na ausência de disposições legais consagrando uma teoria de aplicação da medida socioeducativa, a forma de se aplicar esta categoria conceitual em sentido gradativo é a partir de *motivação e fundamentação judiciais restritas a elementos que, em leitura constitucional, permitam a valoração do ato infracional em atenção ao princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses*⁷⁵³ – ou seja, todos os elementos

⁷⁵¹ ROSA, Alexandre Morais da., LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional.** Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 302.

⁷⁵² A respeito da operatividade do sistema penal (e também a Justiça Juvenil), CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente:** rupturas, permanências e possibilidades. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

⁷⁵³ CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 2ª Ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena:** limites, princípios e novos parâmetros. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137.

passíveis de apreciação devem ser racionais o bastante para permitir refutação por parte do adolescente.

Acerca dos critérios passíveis de valoração na culpabilidade do adolescente, subscreve-se as lições de Juarez Tavares, que, como visto, elenca fatores relativos à autonomia do sujeito e à gravidade do injusto. Porém, respeitosamente, propõe-se algumas considerações materiais decorrentes da adoção da teoria do sujeito responsável de Hormazábal Malarée e Bustos Ramírez, em diálogo também com noções advindas da ideia de coculpabilidade.

Tavares entende que o juízo sobre a autonomia deve ser efetuado tomando por ponto de referência o contexto individual e social do autor e sua capacidade de realizar o fato, “jamais em função de como o poder punitivo iria exercer a persecução criminal”. Este seria um tema exclusivo de política criminal ou de segurança pública, e não de culpabilidade⁷⁵⁴.

Porém, com visto, responsabilidade implica em exigibilidade, que significa aquilo que pode exigir o sistema social (o Estado), de uma pessoa frente a uma situação concreta. Para Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, toda pessoa, pelo simples fato de ser pessoa, é autônoma e responsável por suas respostas dentro do sistema; logo, o problema é em que medida o Estado pode exigir uma determinada resposta de uma pessoa determinada em uma situação concreta⁷⁵⁵.

Assim, o fator de avaliação referente ao comportamento exigível oriundo da autonomia do sujeito deve ser complementado pela valoração da capacidade do Estado para exigir a resposta conforme o Direito. Por essa razão, a análise da forma de exercício do poder punitivo estatal via Justiça Juvenil sobre os adolescentes brasileiros – que, como visto no segundo capítulo, padece de deficiências crônicas de efetividade constitucional e é marcada pela letalidade e seletividade das agências de criminalização secundária – desempenha a função de “fiel da balança”, apta a igualar, de forma radicalmente democrática e cidadã, o que se pode exigir de um sujeito culpável face ao que seria exigível do Estado e da sociedade que o julga. Além disso, ainda que não se aceite estes argumentos, é de se considerar até que ponto a forma de operação político-criminal do Estado não afeta a autonomia do sujeito

⁷⁵⁴ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 143.

⁷⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999, p. 335-336.

culpável adolescente, que, por exemplo, suporta em sua vida e formação, de forma mais sensível, os nefastos efeitos (diretos e indiretos, sobre si, sua família e comunidade) das mais variadas políticas penais de repressão (cita-se como exemplos ilustrativos a criminalização das drogas e do aborto).

Em relação à gravidade do injusto, ratifica-se as ponderações de Juarez Tavares, destacando apenas que a participação do adolescente em eventual concurso de agentes, bem como sua relação com a vítima (parentesco, amizade ou inimizade), são majoritariamente consideradas pela doutrina como fatores comprometedores da autodeterminação do adolescente⁷⁵⁶, contribuindo para reduzir a responsabilidade pelo ato infracional.

Quanto às considerações a respeito de necessidades pedagógicas ou reintegrativas atribuídas às medidas socioeducativas de modo geral, previstas nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, na Constituição e na legislação juvenil, segue-se mais uma vez a lição de Juarez Tavares: trata-se de parâmetros que guardam maior afinidade com considerações de prevenção especial, alheias à culpabilidade do adolescente e que, portanto, por não ser possível aplicação de pena além da culpabilidade do autor, se prestam apenas a reduzir, mitigar ou conter a reprimenda pelo ato infracional.

Encerrando-se o tópico, vale ressaltar que a análise da culpabilidade na Justiça Juvenil é necessariamente mais ampla, porque enquanto no Direito Penal comum há uma pulverização da avaliação dos elementos da culpabilidade ao longo da aplicação da pena (seja em primeira, segunda ou terceira fases), *no Direito Penal Juvenil inexistente um regime jurídico que recorte a valoração dos elementos em etapas individualizadas*. Assim, o juiz não poderá deixar de sopesar as reduções de responsabilização provindas de casos de semi-imputabilidade; embriaguez involuntária ou culposa incompleta; erros de proibição evitáveis (consideradas as especificidades culturais devidas); coação moral resistível; situações análogas de obediência resistíveis e falta de motivabilidade evitável. É preferível que esta análise seja realizada em etapas, de modo a se evitar “bis in idem” ou desproporcionalidade;

⁷⁵⁶ CRIVELLI, Aníbal Ezequiel. **Derecho Penal Juvenil**. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideo-Buenos Aires: B de F Editorial, 2014, p. 176-178; COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 306-308; MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor**: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. **AFDUAM** (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 263.

porém, na ausência de parâmetros legais definidos, o ônus de uma resposta judicial adequada recai sobre o dever de motivação.

Por último, inolvidável que o adolescente não pode receber reprimenda mais gravosa do que aquela que seria devida a um adulto pelo mesmo delito (art. 35, I, Lei do SINASE), pelo que se recomenda a abertura, na sentença, de capítulo apartado em que se apresente, por um juízo hipotético, a dosimetria da pena correlata a um adulto. Se a sanção juvenil se mostrar mais grave (ou, como ora se defende, igual) a que seria prevista para um adulto, deve o magistrado corrigir a medida aplicada para outra menos aflitiva e, portanto, mais proporcional.

CONCLUSÃO

Este trabalho confere, através de uma dogmática crítica, concretude e aplicabilidade real ao amplo complexo normativo de proteção ao adolescente autor de ato infracional. Busca-se inovar, criando possibilidades e soluções teóricas razoáveis para que o aplicador do Direito na Justiça Juvenil disponha de instrumentos racionais de limitação de poder punitivo, podendo assim elaborar decisões mais estáveis, seguras e, inclusive, mais otimistas e confiantes na liberdade e desenvolvimento dos adolescentes, estes a quem o Estado promete muito, oferece pouco (ou nada), mas exige seletivamente, desproporcionalmente e violentamente.

A culpabilidade, mais do que qualquer outro estrato da teoria do delito, é a categoria dogmática que não apenas reconhece e confere concretamente a alguém a sua condição de sujeito de direitos. Ela convida o aplicador do direito a se imergir na vida real do sujeito culpável e naquilo que o cerca, para que, com racionalidade e humanidade, seja possível avaliar se, naquela dada situação da vida, diante daquelas circunstâncias concretas, era possível e exigível o agir de acordo com o Direito.

Por esses motivos, a culpabilidade, como se demonstrou ao longo do primeiro e segundo capítulos, é o elemento mais complexo, exigente, controvertido e de escassa aplicabilidade prática no Direito Penal comum. No Brasil, ela é sistematicamente renunciada em prol de concepções positivistas de periculosidade - o que, na Justiça Juvenil, é sua regra e permanência histórica, e o principal obstáculo para a concretização da doutrina da proteção integral.

Faz-se necessário ressaltar que o trabalho não se dedicou (como a maioria das obras neste âmbito) a enfrentar as eternas polêmicas relativas à redução da maioridade penal, ou às propostas de aumento do tempo de internação. Sem renunciar à discussão sobre o tema, foi possível demonstrar que a questão socioeducativa brasileira é marcada por problemas muito maiores e mais importantes a serem enfrentados urgentemente do que debates passageiros e quase sempre mesquinhos, inflados por ódios, dores, medos e moralismos. O primeiro desafio (e que persiste em mais de 25 anos de ECA) começa pelo reconhecimento definitivo do adolescente como um sujeito de direitos em peculiar condição de desenvolvimento e, a partir disso, aplicar e desenvolver garantias fundamentais adicionais e elaborar mecanismos

racionais de contenção de violência, que, em relação ao Estado brasileiro e sua forma de atuação sobre a juventude, constituem uma prioridade.

Com este estudo, não apenas se propuseram linhas básicas para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil, mas se verificou até que ponto a concepção de uma categoria conceitual na Justiça Juvenil pode impactar o Direito Penal comum.

A mais importante constatação é que *a eventual ausência de imputabilidade por imaturidade (e também por sofrimento psíquico) não encerra a análise dos demais elementos, sobretudo a exigibilidade de conduta diversa*. A razão jurídica pela qual isto ocorre, porém, ainda não é suficientemente clara. Exige-se um ônus argumentativo adicional que seja capaz de explicar por que a análise da culpabilidade pode se dar de forma recortada, com análise independente de seus elementos.

Como se verificou no terceiro capítulo, o Direito brasileiro possui uma peculiaridade: a imputabilidade (penal, aos dezoito anos, e juvenil, aos doze) é *garantia fundamental*, e, por isso, cláusula pétrea. Isso significa que, pelo menos no Brasil, a imputabilidade ainda cumpre, de algum modo, uma clara função político-criminal de limitação de poder, que, até o momento, não pode ser atribuída a outros elementos da culpabilidade. Logo, a melhor percepção deste elemento, “de lege lata”, é visualizá-lo como um *instrumento que se presta a, diferenciando imputáveis e inimputáveis, assegurar e garantir mais direitos a estes últimos*, por se tratarem de sujeitos detentores de mais proteção pelo ordenamento. Seu conteúdo e capacidade de rendimento, entretanto, deverão ser mais enriquecidos pelo labor dogmático.

Este trabalho não é definitivo: sabe-se que as propostas nele ventiladas podem se revelar equivocadas conforme o aprimoramento racional e científico do Direito Penal Juvenil. De toda sorte, espera-se que ele tenha contribuído para estimular a reflexão e desenvolvimento deste ramo tão sensível e fundamental para o Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo, almeja-se que o trabalho tenha sido capaz de, por argumentação franca e, dentro do possível, clara e objetiva, apresentar a dura e violenta realidade social e jurídica dos adolescentes autores de ato infracional, e fornecer, a partir do Direito, instrumentos teóricos capazes de transformar essa realidade.

REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. Riflessioni storico-dommatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 24, p. 838-856, 1981.
- ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. 292 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social**: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 16, n.º. 30, jun. 1995, p. 24-36.
- _____. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 13, n. 19, 2006, p. 459-488, jan./dez. 2006.
- _____. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª Ed., Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!**: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf>, acesso em 06 jun. 2016.
- ANITUA Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**, trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ARIÈS, Philippe. **Centuries of childhood**: a social history of family life. Trad. de Robert Baldick. Nova York: Alfred A. Knopf, 1962.
- BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A proposito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. **Capítulo Criminológico**: Revista de las Disciplinas del Control Social, Maracaibo, v. 23, 1-2, p.1-18, jan./dez. 1995.
- _____. Prefácio. In: **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p. 8-26.
- _____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.
- _____. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica. In: **Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)** Motevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 57-88.
- BARRETO, Tobias. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe, 1926. 154 p.

BASUALTO, Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. **Revista de Derecho**, Valparaíso, Chile, Vol. XX, nº 2, p. 195-217, Dez. 2007.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191 p.

_____. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. 136 p.

_____. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 206 p.

_____. Prefácio. In: DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a Criminologia do fim da história**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 7-12.

_____. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161-180.

_____. Relembração de Louk Hulsman. In: _____; KOSOVSKI, Ester (orgs). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 57-62.

_____. A tábua dos naufragos no Direito Penal Brasileiro. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (orgs). **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 509-513.

_____. ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 660 p.

_____. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro II, I**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 376 p.

_____. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Inimputabilidade e semi-imputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. **Revista Epos**, Rio de Janeiro-RJ, v.6, nº 2, Jul – Dez 2015, p. 141-154.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998. 140 p.

_____. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. 128 p.

_____. O positivismo como cultura. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: vol. 8, nº2, maio-agosto, 2016, p. 293-307.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. Trad. de Maria Luíza X. de Borges; revisão técnica de Karina Kuchnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. 231 p.

BELOFF, Mary. Modelo de la Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y outro para desarmar. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago-Chile, nº 1, nov. 1999, p. 9-21.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 956 p.

BOADAS, Carme Madrenas I. Una visión de la teoría de las subculturas criminales: Albert K. Cohen, y Richard A. Cloward y Lloyd E. Ohlin. **Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p.435-461, 1982.

BOZZA, Fabio. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. 257 p.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa da violência 2013: homicídios e juventude no Brasil**. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>, acesso em 06 jun. 2016.

_____. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). Relatório Anual 2015-2016. Org.: MNPCT. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>>, p. 46-58, Acesso em 26 setembro 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 338, STJ. A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas. Julgado em 09/05/2007, DJE 16/05/2007, p 201.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 492. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Julgado em 08/08/2012, DJE 13/08/2012, p. 951.

_____. STJ, HC 267.623/MG, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 13/08/2013, DJE 23/08/2013.

_____. STJ, HC 270.587/SP, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 15/10/2013, DJE 25/10/2013.

_____. STJ, HC 298.931/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura (Voto), J. 23/09/2014, DJE 09/10/2014.

_____. STJ, HC 312.048/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Convocado, TJ/PE), (Voto), J. 28/04/2015, DJE 13/05/2015.

_____. STJ, HC 172.802/PE, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 14/06/2011, DJE 28/06/2011.

_____. STJ, HC 85.602/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (Voto), J. 06/03/2008, DJE 31/03/2008.

_____. STJ, HC 198.653/DF, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 23/04/2013, DJE 30/04/2013.

_____. STJ, HC 277.098/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro (Voto), J. 16/04/2015, DJE 27/04/2015.

_____. STJ, HC 294.014/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze (Voto), J. 10/06/2014, DJE 18/06/2014.

_____. STJ, RHC 24.817/DF, Rel. Min Arnaldo Esteves de Lima (Voto), J. 10/03/2009, DJE 06/04/2009.

_____. STF, RHC 107.856/DF, Rel. Min. Luiz Fux (Voto), J. 13/12/2011, DJE 09/02/2012, DIVULG 08/02/2012.

_____. STJ, HC 27.273/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz (Voto), J. 10/06/2003, DJE 04/08/2003.

_____. STF, HC 84.218-6, Rel. Min. Joaquim Barbosa (Voto), J. 24/11/2004, DJE 18/04/2008, DIVULG 17/04/2008.

_____. STF, HC 94.447, Rel. Min. Luiz Fux, J. 12/04/2011, DJE 15/04/2011, DIVULG 14/04/2011;

_____. STF, HC 88.748, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 08/08/2006, DJE 18/08/2006, DIVULG 29/09/2006.

_____. STJ, HC 54.787/SP, Rel. Min. Felix Fischer, J. 03/10/2006, DJE 20/11/2006.

_____. STJ, HC 103.277/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 19/02/2009, DJE 06/04/2009.

_____. STJ, HC 108.466, Rel. Min. Felix Fischer, J. 21/08/2008, DJE 13/10/2008.

_____. STJ, HC 280.478/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze (Voto), J. 18/02/2014, DJE 26/02/2014.

_____. STJ, HC 225.139/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 29/05/2012, DJE 11/06/2012.

_____. STJ, HC 330.573/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 05/11/2015, DJE 23/11/2015.

_____. STJ, HC 346.380/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 13/4/2016, DJe 13/5/2016.

_____. Lei 12.594/2012, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto nº 678/1992, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto nº 99.710/1990, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei nº 8.069/1990, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei nº 7209/1984, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2848/1940, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art27>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei nº 6697/1979, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impresao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei 5.439/1968, de 22 de maio de 1968. Altera a Lei nº 5.258, de 10 de abril de 1967, que dispõe sobre medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5439.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei 5.258/1967, de 10 de abril de 1967. Dispõe sobre medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5258impresao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 6.026/1943, de 24 de novembro de 1943. Dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6026-24-novembro-1943-416164-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.914/1941, de 09 de dezembro de 1941. Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 2848/1940, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto nº 17.943-A/1927, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores, as quais ficam constituindo o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16272-20-dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei 4.242/1921, de 05 de janeiro 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: 15 jul. 2015.

_____. Decreto n. 847/1890, 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. 259 p.

_____. **Direito Penal, parte geral, tomo 1º**: introdução, norma penal, fato punível. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 421 p.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1.046 p.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Disponível em: <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>, Acesso em 11 maio 2016.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II**: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999. 431 p.

_____, _____. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004. 142 p.

CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger**: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011. 396 p.

_____. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo-SP, vol.1, n.1, p.10-27, jan 2014.

CARPENTER, Mary. **Reformatory schools for the children of the perishing and dangerous classes and for juvenile offenders**. Londres: C. Gilpin, 5, Bishopsgate Street Without, 1851. 353 p.

_____. **Juvenile delinquents, their condition and treatment**. Londres: W. & F. G. Cash, 5, Bishopsgate Street Without, 1852. 388 p.

CARRARA, Francesco. **Programme du cours de Droit Criminel**. Partie générale. 4ª Ed. Trad. de Paul Baret. Paris: Marescq Ainé, 1876. 450 p.

_____. **Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito**. Trad. de Vicente Romero Giron. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1877. 321 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 177 p.

CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: LIMA, Joel Côrrea de; CASARA, Rubens R. R.

(Org.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 01, p. 925-944.

_____. Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case). **Open Journal of Social Sciences**, 2013. Vol.1, Nº 4, p. 1-12.

_____. **O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. 290 p.

_____. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. 551 p.

_____. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. 451 p.

_____, et al. Avanços e desafios da Justiça Penal Juvenil no Rio Grande do Sul: estudo de caso. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 145-155.

_____; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 17-30.

_____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 48, p. 55-90, 2013.

_____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Ano 17, números 19/20, 1º e 2º semestres de 2012, p. 461-479.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. 208 p.

CAVALLIERI, Alyrio. A menoridade e o novo Código Penal. **Revista de Informação Legislativa**, jul-set, 1970, p. 27-44.

_____. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. 444 p.

_____. (org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente: 395 objeções**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 139 p.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, nº 1, Jan. 1977, p. 1-15.

_____. **Los límites del dolor**. 1ª reimpressão. Trad. de Mariluz Caso. México, D.F: Fondo de Cultura, 1988. 173 p.

_____. **Uma razoável quantidade de crime**. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 198 p.

CLOWARD, Richard; Ohlin, Lloyd. **Delinquency and opportunity: a theory of the delinquent gangs**. Londres: Routledge, reprinted edition, 1998, 2000, 2001. 232 p.

COHEN, Albert. **Delinquent boys: the culture of the gang**. New York, The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971. 198 p.

COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA/Alerj. **Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania/Alerj**. Rio de Janeiro: Alerj, 2014.

_____. **Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania/Alerj**. Rio de Janeiro: Alerj, 2013.

CONDE, Francisco Muñoz. Introducción. In: ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1981, p. 13-40.

_____. **Teoria Geral do Delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 238 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ). **Panorama Nacional: a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Programa Justiça ao Jovem**. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>, acesso em 06 jun. 2016.

_____. Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Coord. Marília Montenegro Pessoa de Mello; pesquisadores Camila Arruda Vidal Bastos et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: **PGE/SP**, 2015. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. 1989. Referência obtida na base de dados: **Unicef**, 2015. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CORDINI, Nicolás Santiago. La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XLIII (Valparaíso-Chile, 2014, 2º Semestre), p. 671-701.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos de Direito**, São Paulo-SP, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 100-121.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 243 p.

_____. Os direitos dos adolescentes no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, v.2, n. 24, 2013, p.41-61.

_____; GOLDANI, Júlia Maia. A influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais de adolescentes: o intervencionismo familiar ainda se faz presente? **Textos & Contextos** (Porto Alegre), v. 14, n.1, p. 87-103, jan./jun. 2015.

COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 267-322.

CRIVELLI, Aníbal Ezequiel. **Derecho Penal Juvenil**. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2014. 426 p.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e a sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 326 p.

DEL PRIORE, Mary. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1991.

DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2008. 191 p.

_____; SOUZA, Luciano Anderson de. Irracionalismo e redução da maioria penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 23, n. 271, p. 11-13, jun. 2015.

DIGÁCOMO, Murilo. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do Direito da Criança e do Adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 207-245. Acesso em 16 out. 2015.

DONATO, Giancarlo Fontoura. **Sentença penal juvenil: em busca da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 112 p.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 777 p.

FELD, Barry C. **Bad kids: race and the transformation of the Juvenile Court**. Nova York: Oxford University Press, 1999. 374 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 925 p.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Lineamentos de uma teoria agnóstica da medida socioeducativa. **Revista de Estudos Criminais**, v. 15, n. 61, p. 67-98, abr./jun. 2016.

_____. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, n. 120, p.41-73, mai./jun. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. 291 p.

_____. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. Trad. Eduardo Brandão. – São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010. 330 p.

_____. **Microfísica do poder**. 26ª ed. São Paulo: Graal, 2013. 431 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A nova Parte Geral. 9ª Ed, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 491 p.

FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 440 p.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Reimpressão. Montevideu-Buenos Aires: ed. B. de F., 2002. 71 p.

FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <
http://www.mpdfp.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 303-341. Acesso em 05 jun. 2016.

FRÉGIER, Honoré Antoine. **Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes**, tome premier (réimpression de l'édition de Paris, 1840). Genève: Slatkine – Megariotis Reprints, 1977. 435 p.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Reimp. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. 100 p.

FUCK, Luciano Felício. **Memória Jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. 372 p.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. **Estatuto da criança e do adolescente**. Difusos e coletivos. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 318 p.

GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Trad. de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, S.A, 2005. 462 p.

GAROFALO, Raffaele. **Criminology**. Trad. de Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown and Company, 1914. 478 p.

GENELHÚ, Ricardo. **O Direito Penal e o médico, v.1: introdução histórico-criminológica**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. 272 p.

GÓES, Silvana Batini César. Novas tendências para o conceito de culpabilidade – uma abordagem da teoria argumentativa no Direito Penal. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro, 2005, p. 417-448.

GOÉS, José Roberto de; FLORENTINO, Manolo. Crianças escravas, crianças dos escravos. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 177-191.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2ª Ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2002. 159 p.

GRECO, Luís. **A ilha de Kant**. In: Direito Penal como Crítica da Pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Organizadores: Luís Greco e Antonio Martins. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-280.

GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. **La reforma penal nacional-socialista**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Rodrigo Codino. Buenos Aires: Ediar, 2009. 134 p.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, p.79-92, out./dez. 1998.

HALL, Stuart; JEFFERSON, Tony (orgs.). **Rituales de resistencia: subculturas juveniles en la Gran Bretaña de postguerra**. Trad. de A. Nicolás Miranda, Rodrigo O. Ottonello, Fernando Palazzolo. Madrid: Traficantes de Sueños, 2014. 416 p.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. 456 p.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 329 p.

HOBSBAWN, Eric. **Age of Extremes: the short twentieth century – 1914-1991**. Londres: Abacus, 1995. 627 p.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1992. 188 p.

HULSMAN, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam Editora Ltda., 1993. 180 p.

_____. Criminología crítica y el concepto del delito. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan Bustos (org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 119-135.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Balanco das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (ano base 2014)**. Rio de Janeiro: Governo do Rio de Janeiro, 2015, Disponível em <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/BalancoAnual2015.pdf> acesso em 06 jun. 2016.

_____. **Balanco das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (ano base 2013)**. Rio de Janeiro: Governo do Rio de Janeiro, 2013, disponível em <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/BalancoAnual2013.pdf>, acesso 06 jun. 2016.

IPEA; FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). **Atlas da Violência 2016**. Brasília: IPEA, FBSP, 2016. Disponível em <http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf>. Acesso em 06 jun. 2016.

_____. **Nota técnica: o adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários**. Brasília, 2015, disponível em

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20>
 acesso em 06 jun. 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. 776 p.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sanchez. 1ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2000. 85 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y limite de la punibilidad en el derecho alemán y español. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p.25-38, dez. 1995.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 805 p.

KANT, Immanuel. **The metaphysics of morals**. Trad. de Mary Gregor. Nova York, Port Chester, Melbourne, Sydney: Cambridge University Press, 1991. 307 p.

KLEINE, Marcel (org). **1er Congrès International des Tribunaux pour Enfants – Paris, 29 Juin – 1er Juillet 1911. Actes du Congrès**. Paris: Imprimerie Typographique A. Davy, 1912. 672 p.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho. In: _____, MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho**. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2011, p. 211-231.

KIRCHHEIMER, Otto. Criminal Law in National Socialist Germany. In: **The Rule of Law under Siege**: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Ed. de William E. Sheuerman. Berkeley, Loas Angeles: University of California Press, 1996, p. 172-191.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência socioeducativa** – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. 140 p.

LANGER, Máximo; LILLO, Ricardo, “Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate”. **Política criminal**, Vol. 9, Nº 18 (Diciembre 2014), Art. 13, p. 713-738.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013. 192 p.

LIBERATI, Wilson Donizetti. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 160 p.

_____. Execução de medida socioeducativa em meio aberto: prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em:

<http://www.mpdfp.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 367-395, acesso em 07 jun. 2016.

LIMA, João de Deus Alves de; MINADEO, Roberto. Ressocialização de menores infratores: considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº 10, maio/agosto de 2012, p.59-86.

LYRA, Diogo. **A República dos Meninos: juventude, tráfico e virtude**. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2013. 302 p.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. 223 p.

MAGARIÑOS, Mario. Hacia un critério para la determinación judicial de la pena. In: **Determinación Judicial de la Pena**. Orgs: Claus Roxin, Mary Beloff et al. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 71-86.

MARSHALL, Tony. **Restorative justice: an overview**. Londres: Home Office Information and Publications Group, 1999. 36 p.

MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente**. **AFDUAM** (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 241-269.

MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luís e _____. (Org). **Direito Penal como Crítica da Pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 389-404.

MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. In: **Abolicionismo**. Orgs.: Mariano Ciafardini e Alejandro Alagia. Buenos Aires: Ediar, 1988, p. 109-125.

_____. **Juicio a la prisión**. Rev. de Mario Coriolano, Trad. de Amanda Zamuner. Buenos Aires: 2003. 300 p.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2009. 138 p.

MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 238 p.

MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 137-176.

McCONVILLE, Seán (org.). **The use of punishment**. Devon, Portland: Willian Publishing, 2003. 278 p.

MEAD, Margaret. **Adolescência, sexo y cultura en Samoa**. Trad. de Elena Dukelsky Yoffe. Barcelona: Planeta-De. Agostini, 1993. 280 p.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 7, n. 12, p.261-291, jan./jun. 2010.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Trad. de Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora Hucitec, Instituto Ayrton Senna, 1998. 202 p.

_____. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <
http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 7-23. Acesso em 16 out. 2015.

MILITO, Cláudia; SILVA, Hélio R.S. **Vozes do meio-fio: etnografia**. Rio de Janeiro: Relume-Demurá, 1995. 192 p.

MORAES, Evaristo de. **Criminalidade na infância e na adolescência**. 2ª Ed, modificada e ampliada. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. 302 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.124-2.137.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. 369 p.

MURTINHO, Rodrigo Gomes. **Medidas de segurança e aplicação dos princípios penais de garantia**. Dissertação de Mestrado. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005. 190 p.

NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: In: BATISTA, Nilo e _____ (org.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 13-65.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1.436 p.

OLIVEIRA, Salete. Psiquiatrização da ordem: Neurociências, Psiquiatria e Direito. in: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 243-252.

OLIVEIRA, Siro Darlan de; ROMÃO, Luis Fernando de França. **A história da criança por seu conselho de direitos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 184 p.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 347-375.

_____. Louk Hulsman e o abolicionismo libertário. In: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 67-79.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <
http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 25-48. Acesso em 16 out. 2015.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Trad. de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. 223 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume I. 23ª Ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 608 p.

PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. **Revista de Ciencias Penales: Montevideo**, Montevideo, v. 4, p.361-370, 1998.

PINTO, Tatiana Vargas. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXIV (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010), p. 475-501.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. São Paulo, **Novos Estudos Cebrap**, n. 68, mar. 2004, p. 39-60.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7ª Ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 174 p.

_____; et. al. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1.643 p.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. V. 1. 8ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. 601 p.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito Penal Juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva. **Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis**, v. 9, n. 15, p.151-169, 2003.

RIBEIRO, Leonídio. A criança e o crime. **Revista de Medicina**, São Paulo-SP, v. 19, n. 63, 1937, p. 52-62.

RICOUER, Paul. **O si-mesmo como outro**. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. 438 p.

RIZZINI, Irma. O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes. In: ZAMORA, Maria Helena (org.). **Para além das grades**: elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005, p. 13-34.

_____. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. In: _____ e PILLOTI, Francisco. **A arte de governar crianças**. A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3ª ed. reimp. São Paulo: Cortez, 2011, p. 225-286.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A quem o ECA protege?** O descompasso entre o discurso e a prática da Justiça Juvenil no Brasil. In: MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; TRENTIN, Adriano; CARDOSO, Valter; FEITOSA, Samara. II Seminário Nacional de Sociologia e Política - UFPR, 2010. Anais do II Seminário Nacional Sociologia & Política, 2010, (p. 19) p. 3-23.

_____. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente**: rupturas, permanências e possibilidades. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016. 298 p.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 2ª Ed, reimpressão. Salvador: Editora Guanabara Waissman Koogan, Ltda. 1894. 212 p.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. 304 p.

ROSA, Alexandre Morais da., LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 420 p.

_____.; AGUIAR, Michelle. **O que o “traficante mula” e o entregador de pizza tem em comum?** Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/o-que-o-traficante-mula-e-o-entregador-de-pizza-tem-em-comum-por-alexandre-morais-da-rosa-e-michelle-aguiar/>>, acesso em 29 julho 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. 634 p.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1981. 200 p.

_____. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. In: _____.; BELOFF, Mary et. al.. **Determinación judicial de la pena**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 15-49.

_____. **Derecho Penal: parte general**, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. 1.071 p.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed, 2ª Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 63 p.

RUIZ-FUNES, Mariano. Algunos conceptos sobre la peligrosidad. **Revista jurídica argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010**, Buenos Aires, v. 3, p.943-950, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito**, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014. 432 p.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 117, p.91-138, nov./dez. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 15/16, p. 51-64, jul./dez. 1974.

_____. O adolescente infrator e os direitos humanos. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em 23/03/2016.

_____. **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. 753 p.

_____. O discurso criminológico. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como Crítica da Pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 119-131.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século XX. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª Ed. São Paulo: Contexto, 2013, p. 210-230.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral**. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2ª Ed, rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 120 p.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 296 p.

SARLET, Ingo. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em 29 jul. 2016.

SDH. Secretaria de Direitos Humanos. Brasil. Presidência da República. **Levantamento Anual Sinase 2013**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. 1. Direitos Humanos. 2. Socioeducação. 3. Adolescentes. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>>. Acesso em 06 jun. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 414 p.

_____. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 268 p.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. 862 p.

SOLER, Sebastián. **Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929. 240 p.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 594 p.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. **Intersecção de práticas e saberes na execução da medida socioeducativa de internação no Brasil: um estudo de casos**. Disponível em: <<http://www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YT0yOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozMzoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSVZPIjtzOjI6IjU1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6ImNjNTVjZjMwNTVjYzZhYjU1OTg4OWRmZjQ1NDg0NTEyIjt9>> acesso em 15 jan 2016.

_____. Representações da vulnerabilidade social no processo socioeducativo de internação. **Aracê Direitos Humanos**, v. 3, n. 4, p. 102-121, fev. 2016.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 205 p.

_____. Princípios e garantias para um Direito Penal Juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <

http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 247-275. Acesso em 16 out. 2015

_____. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes.** Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, 2011. 227 p.

_____; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Revista Direito GV.** Vol. 7, n.1. p. 277-298, São Paulo, 2011.

_____. Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal de adolescentes. **Boletim IBCCrim,** São Paulo, v. 23, n. 271, p. 7-9, jun. 2015.

SUTHERLAND, Edwin H., CRESSEY, Donald R. **Criminology.** 10ª ed, rev. Filadélfia, Nova York, São José, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978. 714 p.

_____. **El delito de cuello blanco.** Trad. de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. 338 p.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p.

_____. Pena é política. **Revista Discursos Sediciosos:** crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro-RJ, Ano 19, números 21/22, 1º e 2º semestres de 2014, p. 49-59.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, ano 6, n. 24, p.145-156, out./dez. 1998.

_____. **Teoria do injusto penal.** 3ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 403 p.

_____. **Teoria do crime culposo.** 3ª Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 555 p.

_____. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovação.** Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 121-152.

_____. **Teoria dos crimes omissivos.** Madrid: Marcial Pons, 2012. 461 p.

_____. **Teoria do delito.** São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. 103 p.

_____. La racionalidad, el Derecho Penal y el poder de castigar: los limites de la intervención en el Estado Democrático. **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales,** San Pedro-Costa Rica, número 6, RDMCP,(disponível em <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15817/15179>>, acesso em 29 jul 2016).

TEIXEIRA, Caroline Köhler. As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação. **Revista da Emesc.** Vol. 20, n.26. p. 151-202. Florianópolis: Emesc, 2013.

TENA, Alfredo Romero. **La capacidad de culpabilidad del menor.** Dissertação de Mestrado. Universidad de Sevilla. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Máster de especialización en Derecho Penal. Disponível em: <<http://master.us.es/cuadernosmaster/13.pdf>>, Acesso em 10 maio 2016.

- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Clina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 790 p.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª Ed, 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p.
- URIARTE, Carlos E. Culpabilidad y Derecho Penal Juvenil. **Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitária**, Montevideo, n. 15, p.53-94, out. 2005.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? : o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 317 p.
- VIEIRA, Octaviano. **Os menores perante o código penal**. São Paulo: Duprat, 1906. 126 p.
- VIVEIROS DE CASTRO, Augusto. **A nova escola penal**. Rio de Janeiro: Livraria Modsrka, 1894. 399 p.
- VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el Derecho Penal**. Trad. de Enrique Aimone Gibson. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. 134 p.
- VORMBAUM, Thomas, BOHLANDER, Michael. **A Modern History of German Criminal Law**. 2ª ed. Trad. de Margaret Hiley. Heidelberg, Nova York, Dordrecht, Londres: Springer, 2011. 304 p.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil**. Brasil: Flacso, 2015. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf>, acesso em 06 jun. 2016.
- WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Trad. de Eduardo Friker. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1951. 44 p.
- _____. **Derecho Penal: parte general**. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. 271 p.
- _____. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. 236 p.
- _____. Verdad y límites del derecho natural. **Dianóia**, México, D.F, v. 10, nº 10, 1964, p. 228-240.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. 403 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 281 p.
- _____. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993. 187 p.
- _____. **Tratado de Derecho Penal: parte general, IV**. Buenos Aires: Ediar, 1999. 578 p.

_____. **Culpabilidad por la vulnerabilidad.** Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002.

_____. Las clases peligrosas: el fracaso de un discurso policial prepositivista. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. **El penalista liberal:** controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p.273-293.

_____; et al. **Manual de Derecho Penal.** 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. 1.116 p.