

ANA CAROLINA ALBUQUERQUE DE BARROS

CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL JUVENIL

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo/SP

2019

ANA CAROLINA ALBUQUERQUE DE BARROS

CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL JUVENIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo/SP

2019

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Barros, Ana Carolina Albuquerque de

Culpabilidade no Direito Penal Juvenil/ Ana Carolina Albuquerque de Barros; orientador Alamiro Velludo Salvador Netto -- São Paulo, 2019. 186.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. Direito Penal Juvenil. 2. Culpabilidade. 3. Imputabilidade. 4. Menoridade. I. Alamiro Velludo Salvador Netto, orient. II. Culpabilidade no Direito Penal Juvenil.

ANA CAROLINA ALBUQUERQUE DE BARROS

CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL JUVENIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto

1º Examinador (a): _____

2º Examinador (a): _____

3º Examinador (a): _____

Aos meus pais, pelo amor incondicional.

Barros, Ana Carolina Albuquerque de. **Culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2019. 186 p. Mestrado - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade da culpabilidade com o Direito Penal Juvenil, o que é feito a partir da análise dos principais entraves a esta posição. O ponto de partida é a reafirmação do sistema de responsabilização previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente como um verdadeiro Direito Penal Juvenil, o que se faz a partir da análise do atual tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente, bem como das etapas que a precederam. Reafirmado o Direito Penal Juvenil, o trabalho percorre a evolução dogmática do conceito de culpabilidade, o que culmina na análise da influência que a racionalidade penal moderna tem sob este conceito. Apresentadas as principais conceituações modernas desta categoria, parte-se para a análise da operacionalidade do mesmo no Direito Penal Juvenil, bem como da necessária adequação dogmática que enseja.

Palavras chave: Culpabilidade; Direito Penal Juvenil; Garantismo; Imputabilidade; Inimputabilidade; Medidas socioeducativas.

Barros, Ana Carolina Albuquerque de. **Culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2019. 186 p. Mestrado - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the compatibility of the culpability with the Juvenile Criminal Law, which is done from the analysis of the main obstacles to this position. The starting point is the reaffirmation of the accountability system provided by the Child and Adolescent Statute as a true Juvenile Criminal Law, what is done from the analysis of the present legal treatment dispensed to the child and adolescent, as well as the steps that preceded it. Reaffirmed the Juvenile Criminal Law, the work ranges the dogmatic evolution of the concept of culpability, that culminate in an analysis of the influence that the modern criminal rationality have about this concept. Presented the main modern conceptions of this class, part for an analysis of the operability of the same in the Juvenile Criminal Law, as well as the necessary dogmatic adequacy that causes.

Key-Words: Culpability; Juvenile Criminal Law; Garantism; Imputability; Inimputability; Educational Measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES	17
1.1 As etapas da responsabilização penal juvenil.....	17
1.1.1 Etapa de caráter penal indiferenciado.....	17
1.1.2 Etapa de caráter tutelar.....	19
1.1.3 Etapa de caráter garantista.....	24
1.1.3.1 Principais características da etapa de caráter garantista.....	27
1.2 A etapa de caráter garantista e os sistemas de responsabilidade penal juvenil.....	30
CAPÍTULO 2 – A BASE DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL JUVENIL	39
2.1 Princípios Penais.....	40
2.1.1 Princípio da Legalidade.....	41
2.1.2 Princípio da Humanidade	44
2.1.3 Princípio da Intervenção Mínima	45
2.1.4 Princípio da Proporcionalidade	47
2.1.5 Princípio da Culpabilidade	50
2.2 Princípios Processuais.....	52
2.3 Princípios do Direito da Criança e do Adolescente.....	53
2.3.1 Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.....	55
2.3.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	57
2.4 O sistema brasileiro de responsabilidade penal de adolescentes.....	59
2.5 Conclusões preliminares.....	65
CAPÍTULO 3 – O EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DA CULPABILIDADE: UM CAMINHO RUMO À INDIVIDUALIZAÇÃO DA CULPA	73
3.1 A culpa em Karl Binding.....	73
3.2 Teoria psicológica.....	73
3.3 Teoria psicológico-normativa.....	81
3.4 Teoria normativa pura.....	87
3.5 Culpabilidade no funcionalismo.....	91

3.5.1 Roxin e a culpabilidade como limite à prevenção.....	92
3.5.2 Jakobs e a culpabilidade como infidelidade ao direito.....	101
3.5.3 Muñoz Conde e a culpabilidade como motivabilidade.....	109
3.6 Os pilares da culpabilidade e sua indemonstrabilidade.....	115
CAPÍTULO 4 – CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL JUVENIL.....	119
4.1 Pilares da culpabilidade no Direito Penal Juvenil.....	119
4.1.1 O menor (in)culpável: vulnerabilidade, seletividade e periculosidade.....	120
4.1.2 A ideia de bem jurídico universal <i>versus</i> a pluralidade referencial normativa do adolescente.....	126
4.1.3 A pretensa indissociabilidade entre ato infracional e medida socioeducativa.....	130
4.1.3.1 Para que punir? Retribuição ou educação na Justiça Juvenil?	130
4.1.3.2 Finalidades da medida socioeducativa à luz das teorias da pena.....	132
4.2 Releitura da culpabilidade à luz dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente: a necessária adequação dogmática.....	141
4.2.1 Fundamentos materiais para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil.....	146
4.2.2 Culpabilidade como elemento do ato infracional.....	148
4.2.2.1 Imputabilidade.....	149
4.2.2.2 Potencial consciência da ilicitude.....	154
4.2.2.3 Exigibilidade de conduta diversa.....	157
4.2.3 Culpabilidade como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa.....	160
SÍNTESE CONCLUSIVA.....	167
REFERÊNCIAS.....	175

INTRODUÇÃO

As ideias de infância e adolescência não são contemporâneas entre si, e, antes de serem explicadas por teorias psicológicas, são melhor explicadas pelo enfoque histórico, que as apresenta como resultado de uma construção social complexa, relacionada a condições não só de caráter estrutural, mas também à sucessivas revoluções no campo dos sentimentos¹.

A conscientização de que a infância seria uma etapa especial e diferenciada da vida data do século XVII.² Ainda na Idade Média, no entanto, não é possível identificar uma percepção das distinções da infância em relação aos adultos. Essa afirmação é possível de ser feita a partir de uma reconstrução histórica, que considere, por exemplo, que na representação artística da Idade Média, a figura da criança era inexistente, ou também, pela análise do tratamento dispensado ao infanticídio que, ao longo do tempo, partiu de uma conduta socialmente aceita para uma conduta intolerável.

Nesse processo histórico deve-se destacar o papel da escola que, organizada a partir dos pilares da vigilância permanente, da obrigação de denúncia e da imposição de penas corporais, se apresentou como modeladora do indivíduo.

Ao seu turno, a ideia de adolescência pode ser verificada a partir do final do século XIX e início do século XX, coincidindo com a Revolução Industrial e a intensa utilização de mão de obra infantil nas linhas de produção³. É, pois, uma concepção mais próxima da contemporaneidade, e, igualmente à infância, é melhor explicada como uma construção social, embora seja inegável a existência de fatores biopsicológicos.

Considerando-se a distância temporal entre uma concepção e outra, vê-se que o tratamento jurídico dispensado a estes grupos não possuía qualquer distinção, estando centralizado na figura da criança. Assim, é que os documentos internacionais, em sua maioria, tratam sobre os direitos da criança, englobando a aplicação dos mesmos à categoria dos adolescentes.

¹ MÉNDEZ, Emilio García. Para una historia del control penal de la infancia: la informalidade de los mecanismos formales de control social. In RAMÍREZ, Juan Busto. *Um Derecho Penal del Menor*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992, p. 155;

² DOMINGO, Cíntia Oliveira. Adolescente e maioridade penal: reflexões sobre violência e prevenção à luz da proteção integral. Curitiba: Juruá, 2016, p. 25.

³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3 ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30-32;

Inicialmente, a criança não era vista como um sujeito de direitos, e assim, não possuía um referencial jurídico voltado para si. No entanto, em que pese fossem encarados como seres absolutamente incapazes, era reconhecido que, em determinados campos, suas ações causavam resultados juridicamente relevantes, notadamente no campo do Direito Penal, demandando, portanto, respostas estatais.

É nesse sentido, que se pode afirmar que o Direito da Criança e do Adolescente se confunde em seus primórdios com a questão da responsabilidade penal dos mesmos. Ademais, é possível observar que não apenas o jovem infrator foi objeto de um referencial jurídico, mas também o jovem abandonado, ou como se afirmava à época, em situação irregular. Esses dois arquétipos de jovens, que se confundiram em muitas oportunidades, acionavam respostas idênticas, para casos distintos, conformando um conjunto de regras específicas, voltadas a uma parcela da infância e juventude.

Essa relação entre direitos e garantias e a responsabilização penal dos adolescentes pode ser observada também na atualidade, na medida em que o debate sobre a maior ou menor responsabilização penal destes indivíduos, e todas as nuances dele surgidas, se apresenta como um termômetro da efetivação de direitos e garantias dessa parcela da população⁴.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente seja uma legislação reconhecidamente avançada no que concerne à efetivação de direitos e garantias de crianças e adolescentes, certo é que mesmo passados quase 30 anos de sua promulgação, a concretização dos direitos nele estampados não se deu de maneira satisfatória, sobretudo no que tange ao sistema de responsabilização de adolescentes.

Isso porque, resquícios de uma lógica tutelar e correccionalista ainda influenciam a atuação da Justiça Juvenil, contrariando, a partir da deturpação dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente, a essência do sistema de responsabilização trazido pelo ECA.

⁴ Nesse sentido, Emilio García Méndez alerta que *“a pesar de su dimensión cuantitativa reducida, la cuestión de los adolescentes en conflicto con la ley, posee un carácter contaminante negativo sobre el conjunto de las políticas sociales. Descubrir tendencias y analizar comportamientos políticos en este campo, constituye uno de los termómetros mas sensibles para entender la dimensión política de la cuestión social en América Latina. Entender hoy las vicisitudes y tendencias de la cuestión penal juvenil, constituye, a mi juicio, un elemento decisivo para tratar de entender hacia donde van los derechos de la infancia en América Latina.”* MÉNDEZ, Emilio García. Problemas centrales de la responsabilidad penal juvenil em America Latina. In Justiça Juvenil na Contemporaneidade. COSTA, Ana Paula Motta; e EILBERG, Daniela Dora (orgs). Porto Alegre: DM, 2015, p. 16;

Nesse sentido, parte da doutrina tem proposto o reconhecimento de um Direito Penal Juvenil, com vistas a um maior controle da intervenção estatal sobre a esfera de liberdade dos adolescentes.

Contudo, apenas o reconhecimento formal deste Direito Penal Juvenil não é suficiente para, de maneira eficaz, conter o poder punitivo estatal. É preciso que se assegure, no momento da responsabilização de adolescentes a observância de garantias não apenas oriundas do Direito da Criança e do Adolescente, mas também de garantias de contenção, próprias do Direito Penal e Processual Penal.

Dentre os mecanismos de contenção que devem integrar este Direito Penal Juvenil, encontra-se a culpabilidade, categoria de complexa operacionalidade, que no Direito Penal tem a si atribuída a função de limite, fundamentação e gradação da pena.

Sua valoração no Direito Penal Juvenil permite o aprimoramento deste sistema de responsabilização, adequando-o à doutrina da proteção integral, impossibilitando que os resquícios da ideologia tutelar, fantasiados de pretensões pedagógicas, preponderem na Justiça Juvenil.

Todavia, a operacionalidade desta categoria no campo da responsabilização juvenil não depende de uma mera importação da estrutura atuante no Direito Penal. Se naquele sistema a culpabilidade já apresenta pontos controvertidos, normalmente atrelados a questão do livre arbítrio, no Direito Penal Juvenil sua tradicional conceituação se mostra incompatível.

Livre arbítrio, universalidade dos bens jurídicos, imputabilidade, reprovabilidade: estes aspectos, quando analisados a partir da perspectiva tradicional, inviabilizam de plano a análise da culpabilidade.

Neste contexto, o presente trabalho se propõe a investigar em que medida a culpabilidade pode ser considerada também no Direito Penal Juvenil, bem como se será possível uma adequação dogmática desta categoria às peculiaridades do Direito da Criança e do Adolescente.

Para tanto o trabalho divide-se em três frentes: a primeira direcionada à análise do Direito Penal Juvenil; a segunda relacionada à análise da evolução dogmática do conceito de culpabilidade; por fim, a terceira voltada à verificação da possibilidade de uma adequação dogmática da culpabilidade com o Direito Penal Juvenil.

O primeiro e segundo capítulo cuidam da reafirmação do sistema de responsabilização de adolescentes inaugurado pelo ECA como um Direito Penal Juvenil.

No primeiro capítulo, são analisadas as etapas de responsabilização dos adolescentes infratores, e a partir das características da etapa garantista é analisada a compatibilidade desta com o Direito Penal Juvenil.

Já no segundo capítulo, o trabalho apresenta a base dogmática do Direito Penal Juvenil, composta por princípios do Direito Penal e Processual Penal e por princípios do Direito da Criança e do Adolescente. Amparado nesta base principiológica, o trabalho busca destrinchar a estrutura do sistema de responsabilização presente no ECA, e ao final analisa brevemente a crise que esta legislação, sobretudo no que toca ao seu sistema de responsabilização, tem enfrentado.

Em um segundo momento, o trabalho se propõe a percorrer a trajetória do conceito de culpabilidade, de modo a observar em que medida a tradicional conceituação desta categoria se compatibiliza com as peculiaridades do Direito Penal Juvenil.

Para tanto são analisadas as teorias psicológico, psicológico-normativa e normativa pura da culpabilidade, bem como as três principais vertentes do pensamento funcionalista, representadas pelas teorias de Roxin, Jakobs e Muñoz Conde.

Apresentadas as principais conceituações sobre a culpabilidade, o trabalho dedica espaço a uma breve análise acerca da influencia da racionalidade penal moderna nestes conceitos.

A partir disso será possível analisar em que medida há uma culpabilidade operante no Direito Penal Juvenil, qual o seu conteúdo material e quais as necessárias adequações desta categoria à específica estrutura do sistema de responsabilização de adolescentes vigente em nosso ordenamento jurídico.

Assim, a primeira parte do quarto capítulo busca apresentar uma leitura adequada dos pilares da culpabilidade para o Direito Penal Juvenil, analisando-se o sujeito culpável deste sistema, o referencial normativo a que ele está sujeito, bem como a relação existente entre o ato infracional e a medida socioeducativa. Quanto a este último aspecto, o trabalho busca, a partir das teorias da pena, apresentar uma leitura da medida socioeducativa e suas finalidades mais adequada ao Direito Penal Juvenil, que proporcione uma responsabilização de adolescentes em conflito com a lei dentro de um marco democrático e garantista.

No que se refere propriamente à culpabilidade e sua conceituação no Direito Penal Juvenil, o capítulo quatro assenta sua análise na responsabilidade enquanto fundamento material desta categoria. A partir desta perspectiva, o final do quarto capítulo dedica-se a uma adequação dogmática da categoria da culpabilidade em dois importantes aspectos: como elemento do ato infracional e como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa.

Enquanto elemento do ato infracional, a culpabilidade enseja a análise da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. No âmbito do Direito Penal Juvenil estas questões assumem contornos específicos, que ensejam interpretações distintas da que são feitas no Direito Penal.

A imputabilidade, obstáculo aparente à análise da culpabilidade do adolescente, clama por uma interpretação distinta, afeita à culpabilidade materialmente fundamentada na responsabilidade. Sob esta ótica, ela não mais se apresenta enquanto um juízo negativo, e assim, é entendida como uma garantia do adolescente que ao mesmo tempo inabilita a incidência do Direito Penal aos menores de 18 anos, e habilita a incidência do Direito Penal Juvenil a estes indivíduos.

Tal qual a imputabilidade, as hipóteses de erro e de inexigibilidade de conduta precisam ser interpretadas de maneira compatível às peculiaridades do adolescente, considerando-se sua condição de sujeito em desenvolvimento, exposto a uma pluralidade de referenciais normativos.

No que se refere à culpabilidade enquanto circunstância judicial de aplicação de medida socioeducativa, o trabalho se propõe, ainda que sem pretensões de esgotar o tema, a analisar a operacionalidade desta categoria dentro do sistema trazido pelo ECA, identificando quais as balizas apresentadas pela legislação.

Em síntese, o trabalho busca identificar a compatibilidade da culpabilidade com o Direito Penal Juvenil a partir de uma interpretação mais adequada dos entraves que tradicionalmente se apresentam a esta posição.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES

1.1. As etapas da responsabilização penal juvenil

Historicamente a preocupação suscitada pela criança e, modernamente, pelo adolescente esteve relacionada, de maneira preponderante, com a responsabilização dos mesmos pela prática de crimes.

Essa responsabilização, no entanto, teve distintos tratamentos jurídicos, transitando pelas etapas de caráter penal indiferenciado, de caráter tutelar e de caráter penal juvenil¹.

O reconhecimento do Direito Penal Juvenil passa, necessariamente, pela análise destas etapas, pois, a partir das principais características delas, sobretudo as de caráter tutelar e garantista, é que será possível observar em que medida esta evolução de fato se concretizou e quais são os obstáculos para a superação de práticas correcionais que objetificam crianças e adolescentes em conflito com a lei, rumo a um Direito Penal Juvenil garantista e democrático.

1.1.1. Etapa de caráter penal indiferenciado

A etapa de caráter penal indiferenciado situa-se no tempo entre o século XIX e a primeira metade do século XX, tendo sido influenciada pelos códigos penais daquela época, de conteúdo retribucionista². Ela “[...] traduz os princípios que informaram a denominada escola

¹ MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11143-11143-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20/04/2017. Observa-se na doutrina nacional, que Karyna Batista Sposato sustenta, no entanto, a existência de modelos de regulação da justiça juvenil, em contraposição às referidas etapas. Estes modelos seriam o punitivo, de proteção, educativo, de responsabilidade e, por fim, o misto. Analisando estes modelos, percebemos que há certa correspondência de alguns dos modelos apresentados pela autora com as etapas anteriormente referidas. Assim é que, o modelo punitivo corresponde à etapa penal indiferenciada; o modelo de proteção corresponde à etapa tutelar; e o modelo de responsabilidade corresponde à etapa garantista. Todavia, o modelo educativo e o modelo misto, apresentam características que os afastam das etapas tradicionalmente observadas pela doutrina. Em sucinta análise, pode-se dizer que o modelo educativo está associado ao Estado de Bem-estar social, e só foi possível, segundo a referida autora, a partir da crise que sofreu o modelo de proteção, caracterizando-se por uma maior permissividade em relação ao cometimento de delitos por adolescentes, e a percepção de que a Jurisdição de menores não pertence ao sistema penal. Ao seu turno, o modelo misto é identificado como sendo o mais recente, e que se pauta, não só pelos regramentos internacionais, mas também pelos princípios da descriminalização, diversão, devido processo legal e desinstitucionalização. SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 60-74.

² BORGHI, Adriana Pádua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilização no sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, vol. 126, p. 147-180, jul./ago. 2014, p. 152.

clássica, quer pela concepção positivista do delito e da pena como entes jurídicos, quer pela percepção do delito como sintoma de periculosidade [...]”³.

Nessa etapa, os menores de idade eram considerados tal qual adultos para fins de responsabilização penal, aplicando-se, no entanto, penas privativas de liberdade por períodos menores que as aplicadas aos adultos, permitindo-se que tais penas fossem cumpridas nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos.

No Brasil, esse período coincide com o de vigência do Código Criminal do Império, de 1830, que estabelecia uma idade para a responsabilização criminal. Menores de quatorze anos não seriam julgados criminosos, considerados, assim, como inimputáveis. Contudo, acaso se verificasse que o menor de quatorze anos, ao cometer o delito, agiu com discernimento, o mesmo deveria ser recolhido à casa de correção⁴, por tempo a ser determinado pelo Juiz, não podendo ficar recolhido até idade superior a dezessete anos⁵.

Ainda nesta etapa, temos no Brasil a vigência do Código Penal Republicano, de 1890, que, a exemplo do Código Criminal Imperial, também estabeleceu uma faixa de inimputabilidade, atingindo os menores de nove anos completos, ou os que comprovadamente, entre os nove e os quatorze anos de idade, agissem sem discernimento na prática delituosa⁶. Se, no entanto, na faixa etária acima mencionada, o menor agisse com comprovado discernimento, seria recolhido a estabelecimento disciplinar industrial⁷, pelo tempo que o magistrado entendesse adequado. Já na faixa etária dos quatorze aos dezessete anos, a responsabilidade penal do menor era atenuada, aplicando-se a pena de cumplicidade, à semelhança do que era previsto no Código Criminal do Império.

Chama atenção neste período o critério do discernimento⁸, que autorizava o recolhimento daqueles menores que, embora localizados na faixa de inimputabilidade, agissem com comprovado discernimento:

³ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32;

⁴ Não é demais esclarecer que tais casas de correção não foram construídas pelo Estado brasileiro, de modo que o Código Criminal de 1830 não foi implementado a contento, na medida em que “[...] na falta da instituição de recolhimento prevista em lei, eram lançados na mesma prisão que os adultos, em deplorável promiscuidade.” SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29-30.

⁵ MASSA, Patrícia Helena. A menoridade penal no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 4, p.126-132, out./dez. 1993, p. 128.

⁶ MASSA, Patrícia Helena. A menoridade penal no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 4, p.126-132, out./dez. 1993, p. 128.

⁷ Novamente, Sérgio Salomão Shecaira nos adverte: “Assim como as casas de correção previstas no Código Criminal do Império não saíram do papel, da mesma forma o estabelecimento disciplinar industrial foi letra morta.” SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

⁸ Embora este critério insira-se na etapa de caráter penal indiferenciado, em 1969, o Decreto-lei nº 1004/69, Código Penal comum que sequer chegou a vigor, pretendeu introduzir em nosso ordenamento jurídico este critério,

O critério de discernimento sempre trouxe problemas para o aplicador da lei, já tendo sido chamado por Evaristo de Moraes de critério da adivinhação psicológica. Além disso, a verificação da aptidão é sempre subjetiva. A distinção do bem e do mal, o reconhecimento de possuir o menor relativa lucidez para orientar segundo alternativas do certo e errado, do lícito e ilícito, era tarefa das mais difíceis para o juiz, que quase invariavelmente acabava por decidir em favor do menor, proclamando-lhe a ausência de discernimento.⁹

Ao que se pode ver, a etapa de caráter penal indiferenciado assumia um viés claramente retribucionista no que concerne à responsabilização de menores nesse período.

1.1.2. Etapa de caráter tutelar

A ausência de distinção entre menores e adultos, notadamente no que diz respeito à execução da pena aplicada, atraiu diversas críticas, o que possibilitou reformas no campo da responsabilização juvenil, iniciadas pela criação do primeiro Tribunal de Menores, no ano de 1899, em Illinois, Estados Unidos da América, seguindo-se pela criação de outros Tribunais de Menores, nos anos de 1905 na Inglaterra, 1908 na Alemanha, 1911 em Portugal e Hungria, 1912 na França, 1922 no Japão e 1924 na Espanha¹⁰.

Já no Brasil, essa reforma se deu na década de 1920, iniciando-se mais precisamente no ano de 1921, com a edição da Lei nº 4.242. Essa Lei, muito embora fosse uma lei orçamentária, trouxe dispositivos que revogaram parcialmente o Código Penal Republicano, merecendo destaque o artigo 20 que estatuiu que não seriam processados os menores de 14 anos, autores ou cúmplices de crime ou contravenção penal, e que o menor de 18 anos e maior de 14 anos, autor ou cúmplice de crime ou contravenção penal, seria submetido a processo especial¹¹.

despertando diversas críticas. Contudo, o Código Penal Militar, do mesmo ano, trouxe a questão em seu artigo 50, o qual dispõe que “O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.” Embora este Código ainda esteja em vigor, a partir da Constituição Federal, que em seu artigo 228 dispõe que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”, tem-se que o critério de discernimento previsto no Código Penal Militar não mais pode ser aplicado, tendo sido revogado o referido artigo 50. Também no âmbito do Código Penal Militar deve valer o critério biológico trazido pelo ECA em seu artigo 104. MINAHIM, Maria Auxiliadora. Tratamento jurídico-penal das infrações penais praticadas por adolescentes: Uma terceira via. *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, Recife, vol. 7, n. 12, p. 75-103, mai./ago. 2015, p. 91.

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.32.

¹⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32-33.

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.33.

O primeiro Tribunal de Menores brasileiro foi criado no ano de 1923. Na América Latina, a criação do primeiro Tribunal de Menores se deu na Argentina, no ano de 1921, seguida pelo Brasil em 1923, Chile em 1928 e Venezuela apenas em 1939¹².

Com essas mudanças, bem como com a adoção de legislações específicas para a infância e juventude, começou-se a delinear a etapa de caráter tutelar, na qual concentrou-se na figura do magistrado o poder de decidir, em nome do menor, o que seria melhor para ele. Daí o seu caráter tutelar.

A filosofia que a inspirou tem relações com a ideologia positivista e com o correcionalismo. Esse último, enxergava o delincente como um indivíduo que necessitava de ajuda, como “[...] pessoas que infringem a norma não por sua própria vontade, mas por circunstâncias que lhes escapam ao controle [...]”¹³. Assim, cabia ao Estado, através do ordenamento jurídico, proporcionar-lhes a ajuda necessária, através da correção advinda da pena. Ao seu turno, a ideologia positivista, apresentava o delito como dado representativo de anormalidade de quem o cometeu, o que ensejava a aplicação de medidas destinadas a combater a periculosidade do agente¹⁴.

A justaposição destas duas ideologias resultou em um direito tutelar do menor, que passou a ser visto como objeto carecedor de uma postura assistencial por parte do Estado.

Tal postura justificou uma minimização dos mecanismos legais de contenção da intervenção estatal, justamente por ter esse direito tutelar se estabelecido fora da legislação penal. Dessa forma, a discricionariedade judicial, amparada na suposta necessidade de assistência ao menor, possibilitou uma maior repressão material¹⁵.

O trinômio periculosidade-menoridade-pobreza é a tônica dessa etapa, como se pôde observar no discurso proferido na sessão de abertura do Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris, no ano de 1911, no qual destaca-se a passagem em que se afirma que os Tribunais de Menores “Serão, ao mesmo tempo, a melhor proteção da infância abandonada e culpável e a salvaguarda mais eficaz da sociedade [...]”¹⁶.

¹² SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.33.

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.35.

¹⁴ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 60-74

¹⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p.31.

¹⁶ MENDEZ, Emílio Garcia apud SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.35;

Por esse trecho percebe-se que na etapa de caráter tutelar, o arcabouço jurídico existente, primeiramente, não se destinava a toda e qualquer criança, mas especificamente a um arquétipo, o menor¹⁷, que agregava em seu conceito a infância abandonada e a infância delinquente. Igualmente, é possível notar que a assistência prestada pelo Estado a estes menores tinha uma dupla função: piedade a esta parcela da infância irregular e a salvaguarda da própria sociedade face aos prejuízos futuros que aqueles menores poderiam causar.

A divisão da infância em duas, e o conseqüente atrelamento da periculosidade ao conceito de menor, tornou estes o alvo principal da intervenção estatal, de modo que o controle da infância passou a ser atribuição da família e da escola, ao passo que o controle dos menores ficou restringido aos tribunais.¹⁸ Teorizou-se, pois, um Direito do Menor, “[...] 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’ [...]”¹⁹.

A partir dessa percepção é que se entende melhor o trinômio acima apresentado. A menoridade, representada por aquela parcela da infância e juventude em situação irregular (abandono, vadiagem, delinquência, etc.), conceito que trataremos adiante de maneira mais detida, traz em si uma personalidade perigosa, voltada ao delito. Vale dizer, essa parcela da infância e da juventude, mais propícia à delinquência, demandava uma intervenção estatal, seja pelo seu próprio interesse, seja pelo interesse da sociedade.

É dessa forma, que, em nome da proteção, o Estado interviu de maneira mais repressiva na esfera de liberdade destes jovens. “A institucionalização tornou-se, portanto, inquestionável como forma de prevenção e, tratamento, em consonância com as ideias lombrosianas de que o meio poderia ser a causa da delinquência juvenil.”²⁰

Pode-se afirmar, portanto, que a etapa de caráter tutelar, embora tenha surgido a partir de um movimento de reformas, não representou uma quebra do paradigma anterior, se não um profundo compromisso com ele.

As novas leis e a nova administração da Justiça de Menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de sequestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual a cada patologia social devia corresponder uma arquitetura especializada da reclusão, somente foi alterada num único

¹⁷ É de se esclarecer que a especialidade das legislações e dos tribunais de menores atribuiu a esse conceito grande importância, verificando-se que foi nesse contexto que o termo menor passou a integrar o vocabulário da população em geral, deixando de ser conceito dominado apenas pelos círculos jurídicos.

¹⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

¹⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p.31.

²⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejo de seus emuladores latino-americanos.²¹

A mudança de uma etapa para a outra, em que pese os referenciais teóricos, não representou, na prática, efetiva distinção. O conceito de menor, presente na etapa de caráter penal indiferenciado, permaneceu na etapa seguinte, sendo certo que ganhou mais notoriedade, principalmente pela acentuação da doutrina da situação irregular, com a divisão da infância e juventude em duas. Notadamente, no que concerne à América Latina, vê-se que a grande distinção entre as etapas, que seria a efetiva existência de estabelecimentos próprios aos menores, não foi satisfatoriamente implementada.

Percebe-se, ademais, que, na segunda etapa em que transitou a responsabilização da infância e juventude, o sistema penal, anteriormente evidente, passou a ser um sistema velado, que, justamente por ser negado, possibilitou maior repressão que se fosse admitido.

São cinco as características que podem ser observadas nesse modelo de caráter tutelar, a saber, a negação da natureza penal, a indeterminação das medidas aplicadas, a ausência de garantias, notadamente no campo processual, discricionariedade judicial e recusa ao critério de imputabilidade.

No Brasil, a etapa de caráter tutelar perdurou da década de 1920 até o final da década de 1980. Iniciou-se, como dito, com a edição da Lei nº 4.242/1921, que revogou parcialmente o Código Penal Republicano, notadamente no que dizia respeito à imputabilidade, seguindo com a instituição do primeiro Tribunal de Menores brasileiro, no ano de 1923, e consolidando-se com a edição do primeiro Código de Menores no ano de 1927, denominado Código Mello Mattos²².

Essa legislação especial para menores, aqui entendidos como a juventude delinquente e/ou abandonada, tem por princípio a doutrina da situação irregular. Tal doutrina, é caracterizada pela não distinção entre a necessidade de assistência e a prática delitiva. Como vimos anteriormente, o menor abandonado²³ era possivelmente o menor delinquente do

²¹ MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id114.htm>>, Acesso em: 20/04/2017.

²² O nome dado ao primeiro Código de Menores é uma homenagem ao primeiro Juiz de Menores, José Cândido Albuquerque Mello Mattos, atuante no primeiro Tribunal de Menores brasileiro, que teve grande participação na elaboração do referido Código.

²³ O artigo 26 do Código Mello Mattos trazia uma espécie de rol das situações em que se encontrariam as crianças em abandono. Integrava esse rol a ausência de habitação certa, ainda que eventualmente; a incapacidade por parte do responsável de cumprir com seus deveres para com a criança; a prática por parte da criança de atos contrários à moral e aos bons costumes; estado de vadiagem, mendicância ou libertinagem; frequência em lugares de jogos ou de moral duvidosa; situações de abuso de poder, maus tratos físicos e castigos imoderados; ausência de

amanhã, o que autorizava, naquele período, a aplicação de medidas idênticas aos dois arquétipos de criança.

No Código Mello Mattos estabeleceu-se a imputabilidade penal a partir dos 14 anos, prevendo que o jovem infrator, cuja idade estivesse na faixa etária de 14 a 18 anos, seria submetido a um processo criminal de natureza especial.²⁴ Esse processo era marcado pela ausência de quaisquer garantias processuais, o que demonstrava que, em que pese tratar-se de uma ação penal, o caráter tutelar ainda era marcante. Ademais, restava evidente a existência de um direito penal do autor, em que a suposição de uma situação de delinquência autorizava a aplicação de medidas repressivas²⁵, que se assemelhavam, em verdade, a um controle social, a uma verdadeira gestão da miséria.

Foi inclusive neste momento, que o termo menor passou a ser empregado de maneira relacionada às crianças pobres, as quais entendia-se necessária a tutela do Estado “[...] para preservação da ordem e asseguramento da modernização capitalista em curso [...]”²⁶.

Apenas em 1979 é que se teve uma modificação legislativa, com a edição de um novo Código de Menores – que na prática não representou qualquer ruptura com os padrões até então existentes. Pode-se dizer que o Código de Menores de 1979 representou, em verdade, a formalização da doutrina da situação irregular na legislação brasileira, porquanto trazia expresso em seu texto que a mesma se destinava aos menores que se encontrassem em situação irregular (artigo 1º), definindo-a praticamente da mesma forma que o Código anterior definiu²⁷. Ou seja, novamente não havia qualquer distinção entre os jovens carentes e os delinquentes²⁸.

Igualmente ao que se deu na vigência do Código Mello Mattos, a ação estatal voltada para a infância e juventude se resumia à repressão, pois sequer a suposta assistência, característica da etapa tutelar, escapava à finalidade repressiva de contenção da juventude pobre.

alimentos e de cuidados com a saúde; etc. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

²⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase: a imputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 25.

²⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase: a imputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 28.

²⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 57-61.

²⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase: a imputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 36.

²⁸ BORGHI, Adriana Pádua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilização no sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, vol. 126, p. 147-180, jul./ago. 2014, p. 156.

É interessante notar que em todas as situações em que se vislumbrava a situação irregular do menor, havia curiosamente um descumprimento de deveres básicos por parte dos responsáveis, incluindo-se aqui o próprio Estado, face à criança ou adolescente, o que, no entanto, não acarretava ao descumpridor o status de irregular. Esse, destinava-se ao indivíduo que se viu desamparado.

A doutrina da situação irregular pode ser sintetizada pela objetificação de crianças e adolescentes, como seres incapazes, necessitados da proteção advinda da lei, na personificação do juiz de menores, do que se verifica a separação da infância e adolescência em duas, a regular e a irregular. Ademais, na vigência dessa doutrina, verificava-se a existência de categorias jurídicas vagas, o que permitia o caráter tutelar e assistencialista. Ressalta-se, outrossim, a dispensa dos direitos fundamentais²⁹ com amparo da referida doutrina, e a “[...] criminalização da pobreza, [e] a judicialização da questão social na órbita do então Direito do Menor [...]”³⁰.

Sua superação é o ponto chave para a transição à etapa garantista, na medida em que esta última se caracteriza pela adoção do princípio da proteção integral e pelo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, e, portanto, titulares de garantias.

1.1.3. Etapa de caráter garantista

No Brasil, a etapa garantista é inaugurada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 227 conferiu às crianças, adolescentes e jovens a condição de sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes ao homem. Regulamentando o quanto disposto constitucionalmente, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, “[...] inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de garantias e de direitos para todas as crianças e adolescentes, consubstanciado em um conjunto de novos referenciais teóricos [...]”³¹.

Cumprir observar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é a conformação jurídica em nosso ordenamento das tendências internacionais, já previstas naquele momento em tratados e convenções internacionais, apresentando todas as características inerentes a essa nova etapa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

²⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase: a imputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 39.

³⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

³¹ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

As raízes da etapa garantista estão na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, que é o resultado de uma modificação progressiva do tratamento destinado à questão no plano internacional, possibilitado pelas alterações na conformação social após a Segunda Guerra Mundial.

Tem-se com a pós-modernidade uma ideia de transnacionalidade que influencia diretamente a ideia de Estado que se assumiu desde então, havendo, portanto, evidentes mudanças no Direito Internacional, que refletiram em diversos outros ramos, como o Direito da Infância e da Juventude³², área essa que constantemente, após a Segunda Guerra Mundial, ensejou maiores reflexões e cuidados, culminando nas legislações atuais.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, embora trouxesse todo o espírito da etapa garantista, não tinha a coercibilidade necessária para efetivar os direitos e garantias que previa. Assim, tornou-se efetiva a partir da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, realizada em 1989.

A referida Convenção é fruto de um esforço internacional, iniciado em 1979, por ocasião do Ano Internacional da Criança, em comemoração aos 20 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esse esforço visava à aprovação de uma normativa internacional com força suficiente para tornar eficazes os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos da Criança.

A partir de sua aprovação, aos países signatários restou a obrigação de conformar seu ordenamento jurídico aos preceitos nela enunciados, o que ocorreu no Brasil, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1989.³³

Entre diversos pontos que se pode destacar na referida Convenção, para o presente trabalho, há que se evidenciar os conceitos de separação, participação e responsabilidade, por ela inaugurados, na medida em que denotam a quebra de paradigma com a doutrina da situação irregular, até então vigente³⁴.

Separação, neste contexto, deve ser entendida como a separação das questões de cunho social daquelas oriundas dos conflitos com a lei penal. Essa separação, ainda que a princípio seja no plano normativo, não deve ficar adstrita apenas a ele.

³² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

³³ BORGHI, Adriana Pádua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilização no sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, vol. 126, p. 147-180, jul./ago. 2014, p. 162.

³⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-22.

Ao se prever que tais questões devem ser individualizadas, e tratadas em planos distintos, percebe-se que a doutrina da situação irregular perde espaço, eis que uma de suas características, e também da etapa tutelar, era a de identificação do abandono, aqui empregado num sentido lato, e da delinquência, não só como questões idênticas, mas, sobretudo, como premissa e consequência uma da outra.

Umbilicalmente relacionado ao conceito de separação, a Convenção trouxe o conceito de responsabilidade, que apenas pode ser entendido em sua plenitude a partir do conceito de participação, previsto no artigo 12 da referida Convenção, relacionado ao direito da criança de se expressar livremente e de forma progressiva, conforme a maturidade que apresente.

Segundo artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

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

Vê-se, portanto, que à criança resta assegurado o seu direito à livre manifestação de opinião, que será sempre considerada.

O fato de tal consideração estar atrelada também à consideração conjunta da idade e maturidade da criança não pressupõe que apenas crianças com idades avançadas e maturidade desenvolvida terão sua opinião considerada. Na verdade, o que pretende o artigo 12 acima transcrito é determinar que todas as crianças terão sua opinião considerada, mas que o grau de influência que assumirá dependerá, proporcionalmente, do grau de maturidade da criança que a emitir.

Vale dizer, a criança tem assegurado mais que o direito à livre manifestação de opinião, mas também tem assegurado que de maneira progressiva, conforme se desenvolva, suas opiniões influenciem tanto quanto a dos adultos. E nesse sentido, pode-se afirmar que o conceito de participação trazido pela Convenção dos Direitos da Criança evidencia a assunção da criança ao status de sujeito de direitos, vista não como um objeto a ser tutelado, mas como um indivíduo com toda a sua subjetividade.

Ademais, é inegável que a garantia à livre expressão acerca dos assuntos que lhe digam respeito e que a opinião que resulte de tal livre expressão deverá ser considerada, proporciona à criança a necessária evolução de sua participação na sociedade, do que se retira que essa

progressividade na participação está atrelada ao conceito de responsabilidade, anteriormente citado³⁵.

Isso porque a responsabilidade, consequência do processo de amadurecimento, se demonstrará não só como uma responsabilidade na participação social, mas também em outros aspectos, como inevitavelmente o penal. Da mesma forma que a opinião da criança deverá sempre ser considerada, ainda que em graus distintos, a depender da maturidade da mesma, a responsabilidade deve sempre ser estimulada, igualmente considerado o seu grau de amadurecimento.

Novamente, identifica-se a ruptura com a etapa precedente de caráter tutelar, uma vez que nesse momento a criança passa a ser entendida como um sujeito de direitos e, também, de obrigações, uma vez que a identificação de direitos é correlata à identificação de responsabilidades.

É nesse contexto, portanto, que se instala a etapa de caráter garantista do Direito da Criança e do Adolescente, o que proporcionará o reconhecimento de um sistema peculiar de responsabilização penal juvenil.

1.1.3.1. Principais características da etapa de caráter garantista

Como dito anteriormente, a etapa garantista se caracteriza pela substituição da doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral, bem como pelo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Nessa etapa não se fala mais em menores em distinção a crianças. A partir da superação da doutrina da situação irregular, a proteção integral significará a proteção a toda e qualquer criança e adolescente³⁶.

Esse reconhecimento enseja a definição dos direitos destes indivíduos, num espectro que abarcará, para além de todos os direitos inerentes a qualquer cidadão, outros específicos, referentes à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento que se deve atribuir a qualquer criança e adolescente, conforme preceitua, em nosso ordenamento jurídico, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁵ MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id114.htm>>. Acesso em: 20/04/2017.

³⁶ BORGHI, Adriana Pádua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilização no sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, vol. 126, p. 147-180, jul./ago. 2014, p. 160.

Todavia, para que o reconhecimento destes direitos seja efetivo, não só a proteção deve ser integral, mas também há que se reconhecer a absoluta prioridade no que concerne aos direitos da criança e do adolescente.

Foi a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança o primeiro diploma internacional a tratar acerca do princípio da absoluta prioridade, tendo em vista que estendeu a todas as crianças proteção jurídica de maneira completa e com prevalência absoluta.

Tal princípio tem por intuito assegurar a efetividade dos direitos destinados às crianças e adolescentes, “[...] determinando, erga omnes, a primazia do atendimento sobre quaisquer outros direitos [...]”³⁷. A supressão de sua eficácia resulta na condenação dos destinatários destes direitos à marginalidade e ao descaso³⁸.

Assim, não deve ser entendido como um desnível de tratamento, que afronta o princípio constitucional da igualdade, afinal, em razão deste último é que o princípio da absoluta prioridade se coaduna com os preceitos constitucionais, pois sendo as crianças e os adolescentes sujeitos em desenvolvimento, essa peculiar condição requer um tratamento jurídico distinto. Nesse sentido:

A absoluta prioridade é, na essência, a aplicação do princípio da igualdade a desiguais. Aqui, reconhece-se a peculiar condição de pessoa com personalidade em desenvolvimento e aplica-se a regra de tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.³⁹

Ao lado da absoluta prioridade, tem-se o superior interesse da criança e do adolescente, que deve nortear as decisões que afetem, ainda que indiretamente, seus direitos. Esse princípio, por apresentar uma característica abrangente, pode ser subvertido em prejuízo dos Direitos da Criança e do Adolescente e ser utilizado como legitimador de intervenções ilegais, muito afeitas à etapa tutelar. É preciso, pois, que tal princípio seja interpretado sempre com vistas ao direito posto, ou seja, apenas o Direito declarado emprestará dimensões para o que pode vir a ser o melhor, ou superior, interesse da criança ou do adolescente⁴⁰.

É interessante notar que tal advertência encontra aplicações práticas, na medida em que, ao menos no que concerne ao caso brasileiro, o referido princípio, embora não apenas ele, tem

³⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – Medida Socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.60.

³⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – Medida Socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.62.

³⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

⁴⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

sido utilizado como justificativa, por exemplo, de aplicação de medidas socioeducativas restritivas da liberdade em hipóteses desamparadas pela lei.

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos em peculiar condição de desenvolvimento é, ao seu turno, outro grande avanço que rompe com a etapa tutelar, outrora vigente. Se antes crianças e adolescentes eram vistos como seres incapazes e incompletos, a partir da doutrina da proteção integral, e todos os seus princípios inerentes, as crianças e os adolescentes passaram a ser entendidos como seres completos, dotados de todas as capacidades inerentes ao homem, mas que, no entanto, encontram-se em uma condição de desenvolvimento que lhes é peculiar. Vale dizer, as crianças e adolescentes não podem ser entendidos como seres inacabados, o que ensejaria uma atuação tutelar por parte do Estado. Ao contrário, cada fase de suas vidas deve ser entendida pela família, sociedade e Estado, como uma fase de plenitude⁴¹, correspondente ao seu grau de desenvolvimento.

Esse princípio, o da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, aliado aos princípios anteriormente citados, completa o ancoradouro da etapa garantista do Direito da Criança e do Adolescente e servirá, principalmente, como base teórica para a legitimação de um sistema de responsabilização penal de adolescentes, calcado na observância de garantias, conforme se demonstrará a seguir.

Outra importante característica desta etapa é a desjudicialização dos conflitos sociais, ou seja, aqueles relacionados à ausência de bens materiais. Percebe-se que o caráter assistencialista, outrora vigente, foi substituído pelo tratamento da questão atinente à implementação desses direitos através de políticas públicas⁴².

Especificamente no campo do conflito com a lei penal, passa-se a reconhecer todas as garantias inerentes ao Direito Penal e Processual Penal, aliadas às garantias específicas à responsabilização de adolescentes, destacando-se o estabelecimento de tribunais e procedimentos próprios para estes casos, bem como o estabelecimento de medidas aplicáveis aos mesmos.

1.2. A etapa de caráter garantista e os sistemas de responsabilidade penal juvenil

Pelo teor das características até aqui apontadas, não é prematuro afirmar que a etapa garantista dos Direitos da Criança e do Adolescente propiciou a formação de um sistema de

⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – Medida Socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 57.

⁴² SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50-51.

responsabilização juvenil que, de um lado se afasta da mentalidade tutelar, fundada na doutrina da situação irregular, e de outro, se firma como um sistema penal de responsabilização, distinto do sistema voltado aos adultos⁴³. Foi justamente a essência dessa etapa, o garantismo, que permitiu esse avanço no campo da responsabilização penal de adolescentes.

Notadamente em nosso país, a redemocratização é o ponto chave para o reconhecimento dos Direitos da Criança e do Adolescente, tal qual já se reconhecia em plano internacional, e o Estatuto da Criança e do Adolescente veio concretizar tal intento.

Ao assegurar a observância de todas as garantias fundamentais também às crianças e adolescentes, elevou-se os mesmos à categoria de sujeitos de direitos, o que não pode ser entendido como uma posição passiva. Ao contrário: sujeitos de direitos possuem obrigações correspondentes, ou, em termos mais adequados ao presente estudo, possuem responsabilidades correspondentes. No que concerne às crianças e adolescentes, tais responsabilidades correspondentes encontram sua delimitação na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em que se encontram. É importante frisar que em um modelo de proteção integral o fato de estar crescendo não implica perder a condição de sujeito de direito. Pelo contrário, essa circunstância implica a necessidade de observar-se direitos adicionais aos observados em relação aos adultos, sendo esse um dos fundamentos dos sistemas de responsabilização de adolescentes em conflito com a lei que estejam alinhados com os direitos da criança e do adolescente⁴⁴.

Quanto a isso a doutrina brasileira não parece divergir. Todavia, distintas são as interpretações quanto à natureza deste sistema, havendo divisão ampla entre aqueles que defendam a existência de um Direito Penal Juvenil⁴⁵ – caso deste trabalho – e os que discordem desta posição.

⁴³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22.

⁴⁴ BELOFF, Mary. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. In GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELLOF, Mary. (Comp.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Analisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998). Bogotá: Temis/Depalma, 1998, p. 165.

⁴⁵ Interessante notar que em contraposição à adoção do termo Direito Penal Juvenil, Miguel Cillero Bruñol afirma que a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente tem por base o reconhecimento dos direitos fundamentais dos mesmos frente ao Estado, constituindo um verdadeiro limite ao poder punitivo estatal. Segundo o referido autor, na América Latina, as legislações para responsabilização de adolescentes em conflito com a lei surgiram como um sistema centrado no sujeito e, assim sendo, o termo Direito Penal de Adolescentes estaria em consonância com tal postura, diferentemente da expressão Direito Penal Juvenil, de tradição alemã. Isso porque, a tradição alemã encara a responsabilização de jovens infratores como um direito penal educativo, de fundamento utilitário, que, em que pese tenha um reconhecido caráter humanitário, não perde de vistas o enfoque da prevenção especial. BRUÑOL, Miguel Cillero. “Nulla poena sine culpa”. Um limite necesario al castigo penal de los adolescentes. In MÉNDEZ, Emilio García. *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 76-77.

Na doutrina nacional, podemos citar como defensores do Direito Penal Juvenil, João Batista Costa Saraiva, Sérgio Salomão Shecaira, Ana Paula Motta Costa, Affonso Armando Konzen, Antonio Fernando do Amaral e Silva, Karyna Batista Sposato e Hamilton Gonçalves Ferraz⁴⁶.

O Direito Penal Juvenil deve ser entendido como uma categorização do Direito relativa à intervenção punitiva sobre adolescentes⁴⁷, que se apresenta como um subsistema do Direito Penal⁴⁸ e está inserido dentro do referencial normativo trazido pelo ECA.⁴⁹

Este sistema estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo⁵⁰.

Assim, o Direito Penal Juvenil, tal qual o Direito Penal moderno, tem como missão proteger o indivíduo dos arbítrios estatais que se relacionem à intervenção deste na esfera de liberdade daqueles⁵¹.

Essa proteção é concretizada a partir da incorporação dos preceitos garantistas do Direito Penal ao sistema de responsabilização de adolescentes. Esse mecanismo tem por ideia fortalecer as garantias existentes no Direito da Criança e do Adolescente, de modo a evitar interpretações do ECA que se amparem em discursos tutelares, nos quais o Estado, personificado na figura do juiz, assume o papel de educador,⁵² privando o adolescente de sua

⁴⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; KONZEN, Affonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SILVA, Antonio Armando do Amaral e. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD (Org.) *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 49-60; SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; e FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

⁴⁷ Para Silva Sánchez o Direito Penal Juvenil, ante a falência do sistema de medidas educativas, apresenta uma pena especial, que se faz acompanhar de normas especiais para a execução desta pena, bem como, igualmente especiais duração e ambientes para sua execução. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n 13, p. 38-53, 1996, p. 45.

⁴⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.48.

⁴⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.88.

⁵⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.88.

⁵¹ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.67.

⁵² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 50 e 54.

liberdade como forma não só de educar, mas também, muitas vezes, de efetivar direitos que possam ter sido anteriormente violados.

Tratando sobre a necessidade de encontrar-se um caminho entre um modelo piedoso ou de bem-estar e um modelo aflitivo/retributivo de adultos, Maria Auxiliadora Minahim afirma que a adoção de medidas que despertem a consciência de responsabilidade nos adolescentes em conflito com a lei deve se cercar de garantias e considerar as peculiaridades do adolescente⁵³. Segundo a autora, “Tem sido delicada a construção dessa terceira via, na medida em que o direito penal juvenil é invadido, ainda, por providências de cunho essencialmente retributivista.”⁵⁴

A preocupação que se observa na corrente adepta da existência (e compatibilização com o ECA) do Direito Penal Juvenil, é a de que ao se negar o caráter penal do sistema de responsabilização de adolescentes atual não seja possível abandonar o paradigma tutelar, mesmo após todo o complexo referencial normativo trazido pela etapa garantista⁵⁵.

Não se desconhece, todavia, que as interpretações doutrinárias diversas também se preocupam com o recrudescimento do tratamento dispensado aos adolescentes nas hipóteses em que estejam em conflito com a lei.

Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa rechaça a ideia de um Direito Penal Juvenil por entender que este modelo legitima o poder punitivo. Para o referido autor, mais adequado é falar-se em um Direito Infracional, que seria autônomo ao Direito Penal, e que, em contraposição ao Direito Penal Juvenil, melhor se adequaria ao garantismo de Ferrajoli⁵⁶.

Já Mário Luiz Ramidoff, vislumbra no paradigma da punição, atrelado ao Direito Penal Juvenil, um retorno ao discurso menorista, pelo que também afasta a referida ideia.⁵⁷ No mesmo sentido se posiciona Paulo Afonso Garrido, que não desconhece o caráter aflitivo das medidas

⁵³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Tratamento jurídico-penal das infrações penais praticadas por adolescentes: Uma terceira via. *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, Recife, vol. 7, n. 12, p. 75-103, mai./ago. 2015, p.89.

⁵⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Tratamento jurídico-penal das infrações penais praticadas por adolescentes: Uma terceira via. *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, Recife, vol. 7, n. 12, p. 75-103, mai./ago. 2015, p. 99.

⁵⁵ Essa é uma tendência de desmonte do Direito Penal Juvenil é observada, inclusive, em outros ordenamentos jurídicos. Hassemer, ao se pronunciar sobre o sistema de responsabilização penal de adolescentes da Alemanha, ao qual se refere como direito penal juvenil, aponta a existência de correntes que pretendem maior aproximação deste sistema ao Direito Penal de adultos, a partir do abandono das distinções existentes entre ambos. Segundo o autor, embora a caráter educativo do Direito Penal Juvenil não esteja imune a críticas, o seu abandono é propício a esta aproximação do sistema de responsabilização de adolescentes do Direito Penal de adultos, o que é de todo prejudicial. HASSEMER, Winfred. *Los jóvenes en el Derecho pena*. Conferencia de abertura para el 26º Congreso Alemán de Tribunales Juveniles. Publicado originalmente em ZJJ 4/2004. *Estudio de Derecho Penal Juvenil*, Santiago de Chile, ano IV, n. 13, nov. 2013, p. 61-94.

⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14.

⁵⁷ 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.

socioeducativas, mas enxerga com preocupação a análise da questão a partir de uma perspectiva punitivista⁵⁸.

Segundo Carlos Nicodemos, reconhecer-se um Direito Penal Juvenil seria uma tentativa de aprimoramento do sistema penal aos adolescentes, o que seria insatisfatório e sustentaria “[...] proposições oriundas da barbárie, como a redução da idade penal, o aumento da medida socioeducativa de internação etc.”⁵⁹

Josiane Veronese, ao seu turno, entende desnecessário recorrer ao Direito Penal para tratar sobre a responsabilização dos adolescentes, pois o ECA teria inaugurado um sistema próprio, protetivo e responsabilizador, que, todavia, não seria punitivo.⁶⁰

Como afirmado anteriormente, de fato, as posições contrárias ao reconhecimento de um Direito Penal Juvenil têm por essência uma sincera preocupação com o recrudescimento do tratamento dispensado ao adolescente infrator. Porém algumas observações podem ser feitas acerca dos argumentos por elas apresentados.

De início, vale salientar que, embora o ECA tenha trazido um sistema próprio de responsabilização de adolescentes, e que este sistema, assim como sistema total do ECA, tenha como paradigma a efetivação de direitos e garantias dos adolescentes – e também crianças –, não há como sustentar que ele não seja punitivo, sobretudo quando diversas são as semelhanças existentes entre as respostas previstas por este sistema e as respostas previstas no sistema penal. Ainda que esta não tenha sido a intenção do ECA – atribuir caráter punitivo-retributivo às medidas socioeducativas – é inegável que outro não pode ser o significado das mesmas⁶¹.

Ademais, o reconhecimento do Direito Penal Juvenil não se apresenta como um aprimoramento do Direito Penal, para que se possa responsabilizar adolescentes em conflito com a lei. Além desta leitura ser reducionista, ela parte de uma premissa equivocada, pois ignora o fato de que o sistema de responsabilização já existe, necessitando apenas que sua operacionalidade se dê a partir de um conjunto de garantias específicas ao seu intento, já que as garantias próprias do Direito da Criança e do Adolescente, por sua multiaplicabilidade, seja

⁵⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD (Org.) *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p.33.

⁵⁹ NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. In: ILANUD (Org.) *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 84.

⁶⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase: a imputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 260.

⁶¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – Medida Socioeducativa é pena? 2. ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.150.

em situações de proteção de crianças e adolescentes, seja em situações de efetivação de direitos, seja ainda no momento da responsabilização, não possuem a especificidade necessária para conter, sem a possibilidade de exceções, o poder punitivo do Estado.

E nesse sentido, é preciso que se tenha em mente que não será o reconhecimento do Direito Penal Juvenil que levará a Justiça Juvenil de volta a um paradigma tutelar. Em verdade, ela sequer teve forças de sair deste lugar. A prática tem demonstrado que toda a normativa do ECA é movimentada pela Justiça Juvenil de modo a legitimar maiores intervenções na esfera de liberdade dos adolescentes, a partir da deturpação de princípios como o melhor interesse da criança e do adolescente e, normalmente, sob o pretexto de se efetivar direitos historicamente negados a uma parcela da população, que tradicionalmente é selecionada pelo poder punitivo.

O que o reconhecimento do Direito Penal Juvenil busca é conter esse punitivismo desenfreado sem, contudo, fechar os olhos para o fato de que os indivíduos que estão sendo responsabilizados são sujeitos de direitos e que, assim, ao serem responsabilizados, não o podem ser mais a partir de um discurso incapacitante.

Por fim, a alegada incompatibilidade entre garantismo e Direito Penal Juvenil é ilustrada por Alexandre Morais da Rosa, ao analisar o trabalho de Ana Paula Motta Costa, pelo fato de que para o garantismo não existiria a possibilidade de pretensões ressocializadoras das penas, ou no caso, das medidas socioeducativas.

De fato, a pretensão ressocializadora é criticada pela criminologia, já que parte da ideia de que o indivíduo apenado deve assimilar e aprender a ética social, para assim se reinserir na sociedade ou novamente se socializar. Este termo, assim como a reabilitação ou o tratamento, supõe uma relação de poder entre as instâncias de controle formal e o indivíduo, que nesta relação sofre uma objetificação, devendo, a partir da pena, se ajustar às normas e valores sociais.⁶² Já a reintegração, o que seria, inclusive, mais adequado ao próprio Direito Penal Juvenil, constitui:

[...] a abertura de um processo de comunicação a partir do qual os presos possam se reconhecer na sociedade e esta possa se reconhecer na prisão, sendo que ambos têm responsabilidade por essa reaproximação [...]⁶³

⁶² SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168.

⁶³ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração social: discursos e práticas na prisão – um estudo comparado*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 34. Disponível em : <file:///C:/Users/ana_c/Downloads/TESE_Ana_Gabriela_Mendes_Braga.pdf>. Acesso em: 15/01/2018, p. 34.

Dessa forma, a incompatibilidade percebida por Alexandre Morais da Rosa está relacionada apenas à finalidade atribuída por Ana Paula Motta Costa, o que não é capaz de decretar a incompatibilidade do Direito Penal Juvenil ao garantismo, ainda que se atribua à medida socioeducativa finalidades outras.

Disso desponta que, a partir da preocupação com o recrudescimento do tratamento dispensado aos adolescentes em conflito com a lei, aqueles que rechaçam a ideia de um Direito Penal Juvenil normalmente atribuem à medida socioeducativa definições outras que não a de sanção, com caráter retributivo. Também é perceptível que estes posicionamentos partem da incompatibilização entre Direito Penal e Direito Penal Juvenil e atribuem à expressão Direito Penal uma acepção distinta da científica.

Nesta linha, Hamilton Gonçalves aponta que o Direito Penal Juvenil se funda nas seguintes premissas: i) interpretação da medida socioeducativa como modalidade de sanção penal, ainda que sua consecução tenha de se dar por meios pedagógicos; ii) possibilidade de um rearranjo das essências do Direito Penal e do Direito Penal Juvenil, com vistas a obedecer aos princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente, de modo que a ideia de educação (ou finalidades pedagógicas da sanção penal) seja entendida, tal qual já deveria ser no âmbito penal em razão da Reforma de 1984, como uma possibilidade e direito do indivíduo que se veja apenado; iii) interpretação do Direito Penal como ramo do saber jurídico orientado a conter e reduzir o poder punitivo⁶⁴.

Assentadas essas premissas, é de se ter em conta que o sistema inaugurado pelo ECA, aqui compreendido não apenas o âmbito infracional, mas também o de proteção e de efetivação de direitos, trouxe um referencial normativo extremamente complexo e abrangente, no qual está inserido o sistema de responsabilização penal juvenil, que nada mais é que um Direito Penal Juvenil, e que deve ser interpretado como subsidiário e fragmentário ao sistema total⁶⁵.

Este sistema de direitos e garantias implementado pelo ECA funciona com vistas à prevenção, de modo que as políticas públicas básicas, aquelas relacionadas à alimentação, saúde, habitação, educação, etc., atuam como fonte de prevenção primária; ao passo que as políticas públicas de proteção especial, necessárias quando as políticas básicas não são suficientes para assegurar os direitos da criança e do adolescente, atuam como mecanismo de prevenção secundária; por fim, as políticas socioeducativas, por seu caráter terciário, e,

⁶⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 52-57.

⁶⁵ BRANCHER, Leoberto Narciso apud SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 51.

portanto, subsidiário, só seriam cabíveis nas hipóteses em que as formas de prevenção anteriores falhassem⁶⁶.

De se observar, ademais, que a aplicação de tais políticas públicas não é estanque, de modo que a utilização de uma inviabilize a de outra. Em verdade, elas devem, quando necessário, coexistir e pressupõem uma integração de diversas áreas e programas.

Porém, além de subsidiário e fragmentário ao sistema total do ECA, o Direito Penal Juvenil deve ser encarado como um subsistema do Direito Penal. Trata-se de uma zona de intersecção entre os dois sistemas.

Essa afirmação se sustenta a partir da definição de Direito Penal que não se confunda com o poder punitivo⁶⁷.

Zaffaroni nos ensina que o direito penal como um saber, deve ser delimitado a partir de sua intencionalidade, que no caso reside em “[...] complexos normativos que habilitam uma forma de coação estatal, que é o poder punitivo, caracterizada por sanções diferentes daquelas empregadas pelos demais ramos do saber jurídico: as penas.”⁶⁸

Neste aspecto, o autor alerta para o fato de que as chamadas medidas, em que pese se tente diferencia-las, não deixam de ser uma classe de pena, que implica, tradicionalmente, menores garantias e limites, sendo, portanto, uma clara expressão do poder punitivo⁶⁹.

O conceito de Direito Penal apresentado pelo autor – o mesmo a que se filiou Hamilton Gonçalves em seus estudos – é o de “[...] 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.”⁷⁰

Partindo-se da delimitação e do conceito de Direito Penal acima apresentados, tem-se que o Direito Penal Juvenil está habilitado a integrar o sistema do Direito Penal, como um

⁶⁶ Nesse sentido, interessante o exemplo trazido por Karyna Sposato: “As políticas básicas são como um sinal verde, uma vez que devem atingir a todos, indistintamente, como condição para o desenvolvimento de toda criança e de todo adolescente. Já as políticas de proteção especial podem ser vistas como um sinal de alerta. Trata-se do sinal amarelo, que exige atenção para situações de risco pessoal ou social de uma criança ou um jovem. Finalmente, o sistema socioeducativo, objeto deste estudo e correspondente ao direito penal juvenil, é equiparado ao sinal vermelho, revelando que os demais segmentos falharam em certa medida, e a intervenção, nesse caso, será mais intensiva e aguda na vida do adolescente.” SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53;

⁶⁷ Segundo Zaffaroni, direito penal enquanto discurso dos juristas, não se confunde com a legislação penal, que nada mais é que o ato político, e tão pouco se confunde com o poder punitivo, que é a forma de coação estatal legitimada. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 38.

⁶⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 38-39.

⁶⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 39.

⁷⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 40.

subsistema aplicável àqueles que se enquadrem na zona de inimputabilidade etária, constitucionalmente disposta. Também o Direito Penal Juvenil irá propor aos magistrados um sistema orientador de decisões que, com vistas a responsabilizar, através da aplicação de uma coação estatal – medida de segurança no caso – sejam capazes de conter e limitar o poder punitivo.

A inimputabilidade etária, conforme será visto em tópico próprio, não impede que o Direito Penal Juvenil integre como subsistema o Direito Penal, pois sua incidência diz respeito apenas à impossibilidade de submissão do adolescente em conflito com a lei ao poder punitivo do Estado, concretizado na sanção aplicável ao imputável. A inimputabilidade, portanto, nada diz sobre a incidência de garantias do Direito Penal.

Desta forma, vislumbra-se plenamente possível interpretar o Direito Penal Juvenil como uma zona de intersecção entre o sistema total do ECA e o Direito Penal.

2. A BASE DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL JUVENIL

Como visto no capítulo anterior, a etapa garantista proporcionou que se delineasse um sistema de responsabilização penal de adolescentes, na medida em que, os elevou a categoria de sujeitos de direito, com garantias asseguradas.

Especificamente no caso brasileiro, vale destacar a importância do processo de redemocratização, com o qual se pôde observar o resgate do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que concerne à observância de garantias penais e processuais penais.

A partir destes direitos e garantias é que se retira a base dogmática do sistema de responsabilização penal de adolescentes, composto não só de princípios e garantias do Direito Penal e Processual Penal, mas também de princípios e garantias próprios do Direito da Criança e do Adolescente, de modo a manter a unidade sistêmica.

Tal base principiológica é composta, inicialmente, pelos princípios da legalidade, da humanidade, da mínima intervenção, da proporcionalidade e da culpabilidade¹. Estes são endereçados a todo o indivíduo, não guardando qualquer peculiaridade em sua aplicação.

Integram também a referida base dogmática, princípios processuais penais, que no sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente estão previstos em seu Capítulo III, Título III, Livro II do Estatuto da Criança e do Adolescente, sintetizados pela garantia ao devido processo legal, contida no artigo 110, bem como pelas garantias dele decorrentes, dispostas no artigo 111 do referido diploma.

Assim, a existência destes princípios na base dogmática do Direito Penal Juvenil já é um indicativo de paralelismo com o Direito Penal, anunciando tratar-se de um sistema de responsabilização penal de adolescentes, coerente com um Estado Democrático de Direito. Tratando-se de princípios limitadores da intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo, vê-se que a eleição destes como base principiológica é consequência lógica da adoção de um modelo de Estado, no caso o Democrático de Direito².

Completam ainda tal base normativa, os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e o da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, oriundos do Direito da Criança e do Adolescente. A observância destes princípios redimensiona a leitura dos demais

¹ Para Sérgio Salomão Shecaira, trata-se do princípio da responsabilidade subjetiva, que apresentaria uma angularidade com o princípio da culpabilidade. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.153-160;

² Segundo Silva Sánchez, “*La introducción de criterios limitadores de la prevención es, por el contrario, una cuestión del modelo de Estado: éste sí – y ciertamente sólo él – se limita a sí mismo.*” SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p.249;

dentro do sistema de responsabilização penal de adolescentes, haja vista levarem em consideração as peculiaridades inerentes a tal sistema.

Impende a destacar, ainda, que a delimitação da base dogmática do Direito Penal Juvenil atende às exigências de segurança jurídica, na medida em que possibilita aplicação mais justa e proporcional do Direito³.

A seguir trataremos individualmente destes princípios e a incidência dos mesmos no âmbito do Direito Penal Juvenil.

2.1. Princípios Penais

Pode-se afirmar que o Direito Penal se caracteriza não pela consequência punitiva em si, mas sim pelo seu alto grau de formalização destinada à contenção do exercício do *ius puniendi*, de modo a controlá-lo⁴. Isso porque sua finalidade não reside apenas na prevenção de delitos ou das possíveis reações sociais à prática dos mesmos, mas também se orienta para um autocontrole, de modo a reduzir sua intervenção a um mínimo possível, equilibrando os danos dele advindos, que deverão ser singulares e quantificados⁵.

Esse controle não se justifica em termos de utilidade social, mas sim em razão da necessidade de se estabelecer garantias ao indivíduo que cometa um crime.

Igualmente se dá em relação ao Direito Penal Juvenil. É preciso que se assegure ao adolescente condenado pela prática de uma conduta ilícita, todas essas garantias individuais, de modo a conter a intervenção estatal em sua esfera de liberdade.

A importância da formalização neste âmbito assume contornos bem mais precisos, na medida em que a intervenção se dará na esfera de liberdade de um indivíduo que se encontra em uma peculiar condição de desenvolvimento.

Ademais, pelo caráter educativo assumido pelas medidas socioeducativas, e pela histórica negação da existência do Direito Penal Juvenil, observa-se que, desde os primórdios, os sistemas de responsabilização de adolescentes, não necessariamente penais, apresentam um

³ BRUÑOL, Miguel Cillero. "Nulla poena sine culpa". Um limite necesario al castigo penal de los adolescentes. In MÉNDEZ, Emilio García. *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 78.

⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 250.

⁵ Observa-se, portanto, uma concepção utilitarista das finalidades do Direito Penal, asseverada por Silva Sánchez. "[...] en la mayoría de las ocasiones las cosas no están tan claras y de ahí surgen la mayoría de las tensiones, em el seno de la lógica de la utilidad, entre la lógica de la causación del menor daño posible, que tiende a restringir al máximo la intervención penal, y la lógica de la prevención, que tiende a mantener incólumes los presupuestos de una segura eficacia intimidatoria." SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 242-243.

caráter de menor formalização, como era visto, por exemplo, na etapa de caráter tutelar. Essa tendência de desformalização, também presente no Direito Penal, é preocupante, pois, em que pese constituir uma solução aparentemente menos violenta e interventiva, a supressão da formalização pode significar a supressão do controle advindo de diversas garantias, o que pode culminar em uma intervenção muito mais violenta por parte do Estado na esfera de liberdade do indivíduo⁶.

Acima, ao tratarmos da etapa de caráter tutelar⁷, verificamos que a negação do caráter penal e, sobretudo, a negação do adolescente como sujeito de direitos, propiciou uma intervenção desmedida do Estado sobre a juventude.

A etapa garantista, no entanto, ao considerar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, trouxe série de princípios que têm por intuito a efetivação dos direitos e garantias destes indivíduos, de modo a concretizar esse status de sujeitos de direitos. Contudo, a prática tem demonstrado que remanescem resquícios das etapas precedentes na mentalidade da Justiça Juvenil, de modo que no que concerne à responsabilização penal de adolescentes, a utilização isolada dos princípios do ECA não tem sido satisfatória. Ao contrário, muitos dos princípios têm sido deturpados em nome de discursos tutelares fantasiados de protetivos, o que tem permitido a submissão de adolescentes a medidas restritivas de liberdade em hipóteses claramente vedadas por lei.

Os princípios que a seguir serão demonstrados dão conta de assegurar a mínima intervenção estatal na esfera de liberdade dos adolescentes condenados pela prática de atos infracionais.

2.1.1. Princípio da Legalidade

Segundo o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, não há crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena sem prévia cominação legal.

Tal princípio, um dos mais importantes do Direito Penal, se apresenta, pois, como uma barreira à intervenção estatal, um instrumento protetor, uma garantia de liberdade individual frente às intervenções do Estado⁸.

⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 251.

⁷ Ver item 1.1.2.

⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 252;

Tradicionalmente ele apresenta uma dimensão técnica e outra política. Pela primeira dimensão, a técnica, o princípio da legalidade consistiria em uma essencial garantia de segurança jurídica, pela qual se pode presumir que os cidadãos possuem prévio conhecimento de quais condutas podem ou não praticar, e quais as consequências legais de seus atos. Ao seu turno, a segunda dimensão, política, relaciona-se ao processo de tipificação de condutas, trazendo como cerne a questão da legitimação democrática das normas penais. A dimensão política, por sua vez, apresenta duas perspectivas que devem ser observadas, quais sejam, formal e material. Pela perspectiva formal, tem-se que apenas a lei poderá determinar a criminalização de uma conduta, seguindo-se o trâmite constitucionalmente previsto. Já a perspectiva material refere-se ao grau de precisão com que o legislador cumpre sua função de tipificação de condutas, bem como à vinculação destas às decisões judiciais.

Com base nisso, percebe-se que esse princípio, de essência claramente garantista, apresenta três acepções que devem ser consideradas: a reserva legal, a anterioridade da lei e a taxatividade.

A reserva legal é observada pela interpretação literal do enunciado. Assim, a definição de crime, bem como a imposição de penas será fruto de um processo legislativo que obedeça a todos os trâmites legais, e que observe a anterioridade e o caráter prévio em relação à conduta.

A partir disso, pode-se concluir que os princípios gerais do direito e os costumes não poderão ser considerados, em hipótese alguma, como fontes de direito para a criminalização de condutas, e conseqüente imposição de penas. Da mesma forma, a analogia não poderá integrar qualquer norma incriminadora.

Já a taxatividade impõe a necessidade de que as normas incriminadoras sejam claras e objetivas, excluindo-se os tipos abertos, ao menos naquilo que for possível.

Por fim, a anterioridade pressupõe, como o próprio enunciado do princípio traz, que a lei incriminadora deverá ser sempre anterior ao fato que se objetiva incriminar.

Críticas à parte, em relação à burla de etiquetas no que concerne ao conceito de ato infracional e medida socioeducativa⁹, temos que o princípio da legalidade opera no sistema de responsabilização penal de adolescentes no que concerne à definição dos primeiros e na conseqüente imposição das últimas.

⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 142.

Segundo o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, será ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Assim sendo, pode-se concluir que apenas será considerado ato infracional aquela conduta que seja definida por lei como crime, ou contravenção penal, observando-se a taxatividade e a anterioridade.

Igualmente, no que concerne às medidas socioeducativas, essas, segundo o princípio da legalidade, só têm lugar após previsão em lei, o que se dá no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 112.

A previsão, ainda que indireta, do referido princípio no Estatuto da Criança e do Adolescente, é justificada pela presença do mesmo em textos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como as Regras de Beijing e as Diretrizes de Riad.

A presença deste princípio no tratamento internacional dispensado às crianças e adolescentes é mais uma comprovação do rompimento com a doutrina da situação irregular, na qual equivaliam, uns aos outros, os adolescentes abandonados e os delinquentes.

O princípio da legalidade, ao impor a necessidade de um processo legislativo que tipifique condutas como crime, as quais serão equiparados os atos infracionais, impede que a intervenção estatal recaia em indivíduos que estejam inseridos nas hipóteses do que outrora se chamou de situação irregular.

Ainda que seja um claro avanço, e signifique maiores limites ao poder punitivo, este princípio não foi completamente observado pelo sistema de responsabilização do ECA.

Como se verá a seguir, ao dispor sobre as medidas socioeducativas, o legislador do ECA não apresentou um critério rígido e fixo de aplicação das mesmas. Assim é que cabe ao magistrado analisar, caso a caso, qual a medida mais indicada, sempre orientado pelo § 1º do artigo 112 do ECA, que dispõe que a aplicação de qualquer medida socioeducativa levará em conta a capacidade do adolescente em cumpri-la, bem como as circunstâncias e a gravidade da conduta.

Também se soma a isso o fato de que a duração da medida socioeducativa é incerta, tendo por limite máximo o período de 3 anos.

Não se desconhece que essa maior flexibilidade é justificada pela própria condição do adolescente, que está em uma peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, e com vistas ao melhor interesse dele, é possível que em determinados casos o magistrado entenda até mesmo desnecessária a imposição de qualquer medida, e isso, por certo que é benéfico ao adolescente.

Contudo, à exceção das hipóteses em que o magistrado deixe de aplicar a medida socioeducativa, a imprecisão de qual medida se destina a determinadas condutas, bem como

qual o período exato que o adolescente estará submetido a tais medidas, foge à ideia de uma responsabilização garantista que se dê por vias pedagógicas.

2.1.2. Princípio da Humanidade

Ao se falar em princípio da humanidade nos remetemos, quase que automaticamente, à dignidade da pessoa humana, que em nossa Constituição Federal está assegurada em seu artigo primeiro.

Trata-se de um princípio garantista, em sua acepção material, que expressa a finalidade do Direito Penal como garantidor de direitos individuais do condenado e, tradicionalmente, está vinculado à evolução histórica do Direito Penal¹⁰.

Esse princípio tem raízes históricas no Iluminismo¹¹ e relaciona-se à ideia de que o Estado deve respeitar e afirmar a existência de direitos inerentes à condição humana. Tais ideias, ao serem transplantadas para o âmbito da intervenção estatal na liberdade dos indivíduos, funcionam como mais um mecanismo de contenção de tal intervenção, e encontram sua concretude em normas que vedem tratamentos desumanos, tal qual a tortura, por exemplo.

Ademais, importará também na impossibilidade de que as penas aplicadas pelo Estado não pressuponham violência física, psicológica, e, tampouco, instrumentalizam o indivíduo, apresentando proporcionalidade, no sentido de ser uma justa medida entre a gravidade do fato e a sanção imposta, bem como racionalidade, no sentido de não ser uma mera retribuição¹².

Como se vê, a concretização deste princípio depende, assim como os demais princípios garantistas de base material, de uma reflexão axiológica baseada na Constituição Federal¹³.

No que concerne ao Direito Penal Juvenil, a observância deste princípio está relacionada diretamente ao reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de todos os direitos inerentes à condição humana e, assim, no campo de sua responsabilização penal não serão permitidas medidas que atentem contra sua condição física ou psicológica, e tampouco que o transformem em instrumento.

O caráter socioeducativo das medidas aplicadas aos adolescentes como forma de responsabilização dos mesmos pela prática de atos infracionais atende, não só ao princípio da

¹⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 261;

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 145;

¹² SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 97.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 259.

condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, mas também ao princípio da humanidade, já que assegura que a medida aplicada ao adolescente não o instrumentalizará.

É notório, no entanto, ao menos na realidade brasileira, que a observância do referido princípio não tem se dado de forma efetiva. Em que pese a legislação, seja no que concerne ao Direito Penal, seja no que concerne ao Direito Penal Juvenil, observe todos os princípios e garantias existentes, a prática em ambos os casos, o ignora deliberadamente.

Atendo-se apenas no que tange ao Direito Penal Juvenil, é notório que as condições a que são submetidos os adolescentes internados na Fundação Casa são condições degradantes. Superlotação, castigos e torturas são os principais problemas que a prática tem demonstrado. Essa realidade é justamente o que deveria ser evitado, não apenas em razão da existência do princípio da humanidade, mas, sobretudo, pelo sistema inaugurado pelo ECA que prevê a prioridade absoluta na observância dos direitos e garantias da criança e do adolescente.

2.1.3. Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima traz a ideia de que o Direito Penal, pelo mal que representa em si mesmo, em razão das drásticas consequências de sua incidência, deve ter lugar apenas nas hipóteses em que seja extremamente necessário em termos de utilidade social.

Esta concepção, de cunho claramente utilitarista, entende que, em que pesem os danos advindos da incidência do Direito Penal, a inexistência do mesmo conduzirá ao aparecimento de instâncias de controle social que produzirão danos muito mais violentos¹⁴.

Esse princípio traz em sua interpretação duas importantes características, a saber, a fragmentariedade e a subsidiariedade. A primeira, é uma manifestação interna do referido princípio, pela qual se tem a ideia de que se uma sanção menos gravosa é capaz de produzir os mesmos efeitos que outra mais gravosa, deve-se então privilegiar a aplicação da primeira. Já a subsidiariedade, manifestação externa do princípio da mínima intervenção, traz a ideia de que a sanção penal apenas tem espaço quando não se verifique outra forma de responsabilização não penal menos gravosa, porém com resultados similares¹⁵.

Embora, para o Direito Penal, o princípio da intervenção mínima seja um princípio não expresso, e, assim implícito, para o Direito Penal Juvenil o mesmo se apresenta como um

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p..

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 247.

princípio explícito, constando na Convenção sobre os Direitos da Criança e, internamente, na Constituição Federal.

Como visto, o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um sistema de prevenção que funciona em três fases distintas: primária, secundária e terciária. A última fase corresponde ao Direito Penal Juvenil, e só é acionada quando as demais fases de prevenção falharam em seu intuito. Nesse sentido:

Se a proteção integral substituiu a situação irregular como fundamento jurídico legitimador das intervenções no âmbito da justiça da infância e juventude, é possível dizer que do ponto de vista das ações a prevenção tomou lugar da repressão e do controle¹⁶.

Por óbvio que a incidência do Direito Penal Juvenil não impede a manutenção da incidência dos demais mecanismos de prevenção, de maneira conjunta. Contudo, o fato de ser acionado apenas na falha dos demais mecanismos demonstra sua subsidiariedade, de modo a satisfazer a essência do princípio da mínima intervenção.

Outro ponto importante a corroborar a observância do princípio da intervenção mínima no Direito Penal Juvenil é o quanto disposto no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo o referido dispositivo legal, “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:” O termo empregado, poderá, demonstra que a autoridade judicial não está obrigada à aplicação de tais medidas, de modo a modificar a regra da inderrogabilidade, prevista na legislação processual penal, e privilegiar o princípio da oportunidade.

Ademais, temos no ordenamento jurídico brasileiro a previsão da figura da remissão, que em Direito Penal Juvenil trata da possibilidade de, antes de iniciado o procedimento, o Ministério Público conceder o perdão ao adolescente, como forma de exclusão do processo.

A referida figura está disciplinada no artigo 126 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, e prevê a eventual aplicação de medidas não restritivas de liberdade ao adolescente.

Embora tal instituto traga a ideia de mínima intervenção por parte do Direito Penal Juvenil, outras experiências poderiam ser mais proveitosas nesse sentido. Sérgio Salomão Shecaira aponta a utilização da justiça restaurativa como uma das experiências que apresentaria maior proveito se comparada ao instituto da remissão, tendo em vista as consequências

¹⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

relacionadas à reparação do dano, interação entre o adolescente e sua vítima, bem como a atenuação das prejudiciais consequências de se acionar os mecanismos da justiça¹⁷.

A presença marcante desse princípio no âmbito do Direito Penal Juvenil, além de demonstrar um paralelismo com o Direito Penal, identifica que o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é mais refinado e concatenado com os princípios básicos do Direito Penal, de modo a conter, de forma mais efetiva, a intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo. No entanto, conforme se demonstrará a seguir, infelizmente, a pretensão de contensão dessa intervenção é obstaculizada pela má utilização de princípios específicos do Direito da Criança e do Adolescente, em virtude de uma interpretação ainda impregnada de uma visão do adolescente como indivíduo que necessita de uma tutela paternalista estatal.

2.1.4. Princípio da Proporcionalidade

Trata-se de mais um princípio que não consta explicitamente em nossa Constituição Federal, mas que pode ser inferido a partir da interpretação de diversos dispositivos legais, tais como, os incisos II, V, XXXV e LIV do artigo 5º.

Assim como o princípio da humanidade, é um princípio garantista que tem sua concretização a partir de uma reflexão axiológica constitucional e que, por incidir em todas as categorias do injusto, não só na sistemática, é princípio do qual se derivam outros, bem como contribui para a conformação da ideia de culpabilidade¹⁸.

O princípio da proporcionalidade traz a ideia de que a intervenção estatal no âmbito do Direito Penal deve observar o justo equilíbrio entre a consequência do ato ilícito e a pena a ser aplicada, de modo que não se comine e, tampouco, aplique penas desprovidas de qualquer relação valorativa com o feito delitivo e suas peculiaridades no caso concreto¹⁹. Essa proporcionalidade deve ser considerada em três momentos distintos, a saber, no momento legislativo de cominação da sanção penal, no momento judicial de aplicação da pena e, por fim, na execução da referida sanção²⁰.

É inegável que, se o princípio da proporcionalidade deve ser observado no âmbito do Direito Penal, da mesma forma o deverá ser no âmbito do Direito Penal Juvenil. Contudo, nesse

¹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

¹⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 259-260.

¹⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 260.

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

último a discussão ganha contornos distintos, no que concerne ao sistema de responsabilização penal de adolescentes brasileiro. Isso porque, a observância do princípio da proporcionalidade acaba sendo mitigada por regras específicas deste sistema.

Assim é que, não se observa a proporcionalidade no momento da cominação da sanção pelo legislador, na medida em que, em nosso sistema, a prática de ato infracional não corresponde à aplicação de uma medida socioeducativa específica. O juiz, ao analisar o caso concreto, com base no rol de medidas cabíveis, e com vistas ao melhor interesse do adolescente, aplicará a medida que entender cabível ao caso concreto, respeitando, é claro, alguns impedimentos, como as regras de aplicação de medidas restritivas de liberdade.

Também a duração destas medidas é incerta. Há na legislação os limites máximos de duração das referidas medidas, que transitam entre seis meses e três anos, a depender da medida imposta, sem que, no entanto, haja uma identificação legal da mesma com um ato infracional específico. Ademais, a execução de tal medida é acompanhada de uma incerteza temporal, uma vez que o adolescente normalmente não é condenado ao cumprimento de uma medida por um tempo determinado. Ao contrário, o cumprimento de sua medida socioeducativa é periodicamente avaliado, até que se entenda não mais necessária, desde que não ultrapasse o período máximo assegurado por lei.

Essas peculiaridades são devidas à própria especificidade dos sistemas de responsabilização penal de adolescentes, sobretudo em razão do caráter educativo que se atribui às medidas socioeducativas.

Contudo, é inegável que tais peculiaridades implicam em inobservância do princípio da proporcionalidade, ao menos na forma como se observa no Direito Penal, sobretudo se analisarmos os três momentos de aplicação do referido princípio, anteriormente apresentados.

A proporcionalidade deveria ser analisada no momento legislativo de cominação de uma sanção específica à prática de um ato infracional específico. Também deveria ser observada no momento judicial de aplicação da sanção ao caso concreto, dentro dos patamares existentes em lei. Por fim, deveria ser observada também na execução das medidas socioeducativas.

Ainda que as peculiaridades do próprio Direito Penal Juvenil requeiram um espaço mais flexível para a aplicação de medidas socioeducativas, para que de fato possam, no caso concreto, exercer um caráter educativo (que inclui a responsabilização do adolescente), sem pretensões de esgotar o tema, não nos parece que isso tenha de implicar na inobservância do princípio da proporcionalidade, principalmente no que concerne à cominação legal de medidas socioeducativas específicas aos diversos atos infracionais e, sobretudo, no que se refere ao tempo de duração de tais medidas.

Verifica-se que a ausência de uma correspondência legal entre atos infracionais e medidas socioeducativas tem permitido, na prática, que injustiças sejam cometidas, justamente pela desproporcionalidade das medidas aplicadas.

O principal problema que se tem verificado é a aplicação da medida de internação, que embora tenha seu campo de incidência limitado pelo artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem sido aplicada, no mais das vezes, ao arripio da lei. Como se verá no próximo capítulo, a limitação de tal medida ainda prevê certo espaço de flexibilização, por trazer hipóteses razoavelmente abrangentes, e isso acaba por permitir que a internação seja aplicada desproporcionalmente.

No que concerne ao tempo de cumprimento das medidas socioeducativas, duas perspectivas devem ser observadas.

A primeira é a de inexistência de uma margem temporal relacionada a cada ato infracional. Assim, diferentemente do que ocorre com o Direito Penal, a sanção imposta no Direito Penal Juvenil não apresenta uma margem de tempo para a cominação no caso concreto.

A segunda perspectiva é a indeterminação do tempo de cumprimento da medida aplicada em concreto. Ou seja, o adolescente que se vê sentenciado a cumprir uma determinada medida socioeducativa, quando inicia o cumprimento da mesma não tem noção de quando termina de cumpri-la.

Em ambas perspectivas vê-se que o princípio da proporcionalidade não foi observado corretamente. Entretanto, pode-se considerar que, na primeira, trata-se não tanto de inobservância do referido princípio, mas, sim de uma forma de observância mitigada do mesmo. Isso porque leva em consideração a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento em que se encontra o adolescente. É preciso considerar que há, na faixa etária que compõe a adolescência, distinções no que concerne ao desenvolvimento dos adolescentes.

Assim, um adolescente de 12 anos enseja uma responsabilização distinta da direcionada a um adolescente de 17 anos, de modo que a ausência de uma margem temporal fixa, ainda que represente uma mitigação da proporcionalidade, atende a princípios mais caros ao Direito Penal Juvenil, quais sejam o da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e o superior interesse do adolescente.

O mesmo não pode ser dito no que tange ao momento judicial de aplicação da medida socioeducativa no caso concreto, posto que os referidos princípios não ensejam a indeterminação da medida concreta a ser cumprida pelo adolescente. Nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade se sobrepõe e representa respeito ao adolescente como sujeito de direitos e garantias.

Vê-se, portanto, que o respeito à proporcionalidade pode coexistir com as peculiaridades do Direito Penal Juvenil, sem que isso importe em insegurança jurídica ao adolescente, bastando que haja o correto manejo do sistema.

2.1.5. Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade, como categoria, apresenta-se extremamente abrangente, já que atua em três frentes distintas. Como princípio fundamental, limita o poder punitivo; como elemento da teoria do delito, fundamenta a pena; e, por fim, como circunstância judicial de aplicação da pena, mostra-se como graduação da sanção criminal²¹.

Neste capítulo, em específico, nos interessa tratar sobre a culpabilidade como princípio fundamental, apto a integrar a base dogmática do Direito Penal Juvenil, tal qual integra a do Direito Penal.

Este é mais um princípio que não está disciplinado expressamente em nossa Constituição Federal, mas que decorre de outros disciplinados expressamente, como o da responsabilidade subjetiva, previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, e o da individualização da pena, previsto no mesmo artigo, inciso XLVI. Ademais, é um princípio expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos²², ratificada pelo Brasil no ano de 1992.

Ao falarmos de culpabilidade nos remetemos, sem muito esforço, ao conceito de responsabilidade, talvez porque o vocábulo culpa expresse, em sentido popular, a responsabilidade que se atribui a alguém em relação à prática de um fato. A relação entre culpabilidade e responsabilidade será objeto de análise do próximo capítulo, porém, neste momento, importa apenas para demonstrar que, inicialmente, o Direito Penal conheceu a responsabilidade objetiva, exemplificada pelo Código de Hamurabi, em que a mesma “[...] estava associada tão só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade objetiva e difusa [...]”²³.

A partir de um longo processo de evolução e aprimoramento do conceito de responsabilidade penal²⁴, tem-se evidenciado quais as condutas uma determinada sociedade

²¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 59.

²² Segundo o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

²³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 99.

²⁴ Processo esse que, na visão de Nilo Batista, ainda não está completo. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 99.

pretende reprovar e quais não pretende²⁵. A reprovação de tais condutas no âmbito penal, no entanto, leva em consideração a possibilidade de atribuição subjetiva das mesmas a um agente determinado.

Assim, a responsabilidade será sempre subjetiva, vinculando-se a culpabilidade ao autor do fato, de modo que a responsabilidade pela prática delitiva será pessoal, ensejando a comprovação de autoria ou participação no ato, com dolo ou culpa.

Tais características demonstram se tratar de um princípio que pretende ser um juízo individualizador²⁶, que se apresenta não só como fundamento e limite da pena, mas também como identificador e limitador da responsabilidade individual e subjetiva.

A subjetividade está relacionada à impossibilidade de responsabilizar-se alguém apenas por uma associação causal entre uma conduta e um resultado, ao passo que a individualização nada mais é que a consideração do indivíduo de maneira concreta para a aplicação de uma pena²⁷.

No que concerne ao Direito Penal Juvenil, muito se tem discutido acerca da culpabilidade como elemento do ato infracional. Todavia, antes mesmo que se possa avançar a discussão para este campo, é necessário que se reconheça a incidência dela, como princípio fundamental no âmbito do Direito Penal Juvenil, pois não há como se pretender fundamentar uma medida socioeducativa e, até mesmo aplicá-la de maneira proporcional e individualizada, se esta medida relaciona-se, por exemplo, a uma atribuição de responsabilidade objetiva.

É, aliás, na superação da etapa tutelar e na conseqüente elevação do adolescente à posição de sujeito de direitos e deveres, que se pode encontrar subsídio para a incidência também deste princípio.

Nesse sentido, é preciso que o princípio da culpabilidade integre a base dogmática do Direito Penal Juvenil, como mais um mecanismo apto a barrar intervenções estatais arbitrárias.

2.2. Princípios Processuais

Como foi dito anteriormente, a previsão das garantias até então apresentadas é resultado do modelo de Estado adotado por nossa sociedade. Logo, ao se elevar crianças e adolescentes

²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 154.

²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 155.

²⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101;

à categoria de sujeitos de direitos, todas as garantias inerentes a qualquer cidadão são automaticamente aplicadas a eles.

Tratando-se de um sistema de responsabilização penal de adolescentes não haveria sentido cogitar acerca da existência do mesmo sem que se verificassem determinadas garantias que devem, necessariamente, ultrapassar os limites do Direito Penal. Assim, a conformação da base normativa do Direito Penal Juvenil também deve levar em consideração as garantias processuais asseguradas constitucionalmente, na medida em que não apenas os princípios penais se prestam ao controle do poder punitivo estatal, sendo também as garantias processuais freios ao *ius puniendi*.

Verifica-se, no entanto, que o sistema processual previsto no ECA é um modelo confuso, que, ao mesmo tempo em que se orienta por referenciais acusatórios, apresenta elementos inquisitórios, o que é agravado pela incorporação na referida legislação de elementos do Processo Civil, destinados a conferir agilidade a determinados momentos, mas que influenciam uma interpretação equivocada de que o sistema de responsabilização de adolescentes previsto no ECA prescinde das garantias processuais.²⁸

Contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 110, assegurou expressamente a garantia do devido processo legal também aos adolescentes processados por cometimento de atos infracionais. Essa garantia, também entendida como princípio, deve ser analisada por um duplo viés, na medida em que materialmente assegura o direito de liberdade e propriedade e, formalmente, possibilita ao cidadão paridade absoluta de condições em relação ao Estado, bem como plenitude de defesa²⁹.

Segundo Shecaira, ao aliar o princípio da legalidade à garantia ao devido processo legal, paradigmas penal e processual, o ECA “adotou plenamente um subsistema penal-processual que tem todas as garantias próprias à persecução de um autor de delito, com as particularidades e especificidades da área juvenil”³⁰.

Logo, o princípio do devido processo legal é entendido como garantia da aplicação das demais garantias, o que traduz a aplicação efetiva do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, concretizando-se um modelo de intervenção mínima na Justiça Juvenil.³¹

²⁸ COSTA, Ana Paulo Motta. *As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164.

²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177.

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 178.

³¹ COSTA, Ana Paulo Motta. *As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16163-164.

Na linha do que foi dito inicialmente, não apenas a garantia do devido processo legal é aplicável ao sistema de responsabilização penal de adolescentes, mas também todas as outras garantias previstas constitucionalmente. Contudo, a inexistência de previsão expressa das mesmas no Estatuto não demonstra qualquer omissão do legislador, na medida em que a garantia do devido processo legal é, em verdade, um princípio síntese, do qual decorrem todas as demais garantias.

Em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá um *due process* ou um processo equo³².

Portanto, na mesma medida em que um processo penal só obedecerá ao conteúdo do devido processo legal se observar as demais garantias previstas constitucionalmente, o processo a que se submetem os adolescentes acusados de prática de ato infracional apenas obedecerá a garantia do devido processo legal se obedecer às mesmas garantias constitucionais, respeitando-se, sobretudo, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa.

Ainda que o sistema processual previsto no ECA se mostre por vezes confuso, o simples fato do princípio do devido processo penal vir expressamente previsto na legislação afasta qualquer “justificativa para que os operadores jurídicos não respeitem as garantias processuais sob o argumento de ausência de legislação.”³³

2.3. Princípios do Direito da Criança e do Adolescente

Nos itens anteriores foram apresentados os princípios de Direito Penal e Processual Penal que conformam a base dogmática do Direito Penal Juvenil. A inserção destes princípios na dinâmica do sistema de responsabilização inaugurado pelo ECA se mostra como um reforço à necessidade de conter o poder punitivo que possa vir a incidir sobre adolescentes em conflito com a lei.

A prática tem demonstrado que a inobservância destes princípios contribui para a permanência de discursos paternalistas ainda hoje na Justiça Juvenil, que ao retomarem um

³² BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.42.

³³ COSTA, Ana Paulo Motta. *As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16163-164.

paradigma tutelar, referendam a intervenção estatal na esfera de liberdade do adolescente de maneira arbitrária.

Contudo, a mera observância de princípios penais e processuais penais, isoladamente, não é suficiente para integrar de maneira coerente a base dogmática do Direito Penal Juvenil, e tão pouco de atender as peculiaridades deste subsistema. É preciso, pois, que outros princípios estejam vinculados aos anteriormente citados.

O Direito Penal Juvenil, voltado essencialmente à responsabilização de adolescentes, requer em sua base dogmática a presença de princípios oriundos do Direito da Criança e do Adolescente, de modo a consagrar suas especificidades.

Serão, portanto, esses princípios exógenos ao sistema penal que redimensionarão a leitura dos demais princípios no bojo do Direito Penal Juvenil. A leitura redimensionada a que se alude é explicada pela teoria dos princípios, na medida em que estes não são interpretados a partir de outros, mas sim sopesados em determinadas situações³⁴. Assim, não há que se falar que os princípios de Direito Penal e Processual Penal serão interpretados a partir dos princípios de Direito da Criança e do Adolescente, mas sim de que ao serem aplicados serão sopesados em relação a aqueles.

Esse sopesamento é coerente na medida em que princípios garantem direitos *prima facie* e, como tal, não serão, em geral, concretizados na totalidade de sua essência. Trata-se, pois, de mandamentos de otimização, ou seja, os direitos contidos nos princípios devem ser realizados tanto quanto seja possível em relação à realidade fática e jurídica.

Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios³⁵.

No que concerne aos princípios até então apresentados e os a serem tratados neste item, temos que os últimos, pelo caráter de máxima proteção direcionada às crianças e adolescentes, se mostram como elemento a contrabalancear o *ius puniendi* estatal e os direitos individuais desta parcela de cidadãos.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.43-56.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.46.

De se notar que o Direito Penal Juvenil, para que efetivamente concretize sua missão de conter o poder punitivo, necessita, sem exceções, operar a partir de um referencial principiológico que una princípios penais e processuais penais e princípios do Direito da Criança e do Adolescente. A mitigação de qualquer destas facetas possibilita intervenções ilegais, pois ou se punirá sem a observância de qualquer garantia, quase um retorno à etapa tutelar, ou se punirá esquecendo-se das peculiaridades daquele indivíduo.

2.3.1. Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz o princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, sendo o suporte ontológico desta legislação³⁶.

Este princípio pode ser entendido como uma regra de interpretação da efetivação de direitos, garantias e deveres dos adolescentes. Leva em consideração o fato de que estes, como sujeitos de direitos, são indivíduos em constante desenvolvimento, que se diferenciam dos adultos e, assim, não podem ser tratados da mesma maneira. Essa concepção rompe com a visão do adolescente como indivíduo incapaz, necessitado de uma tutela estatal marcadamente paternalista³⁷.

O referido princípio não deve ser entendido, jamais, pelo aspecto daquilo que falta à criança ou adolescente, ou seja, daquilo que não é capaz ou não sabe ainda. Essa visão, muito afeita às ideias da etapa tutelar, coloca a criança e o adolescente como seres inacabados, incompletos, que apenas na fase adulta encontrarão sua plenitude. Isso é por demais falacioso.

A peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, característica intrínseca às crianças e adolescentes, traz a ideia de que “[...] cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa [...]”³⁸.

Leva em consideração, pois, o fato de que a adolescência é um período de intensas e constantes modificações, acentuada por uma exaustiva busca pela identidade e afirmação como ser único no mundo. Não é por outra razão que, nessa fase, há uma perceptível mudança no indivíduo, externalizada, no mais das vezes, pela ruptura com padrões de conduta e de gostos

³⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 161.

³⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

³⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: Medida socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.57.

próprios da geração precedente, bem como pelos constantes conflitos travados com aqueles que, até a infância, se apresentaram como determinantes do comportamento daquele ser³⁹.

A aplicação prática mais evidente do referido princípio é a vedação do cumprimento de medidas de responsabilização penal nos mesmos estabelecimentos em que cumpram penas os adultos. Tal vedação demonstra que existem diferenças entre adultos e adolescentes que devem ser respeitadas no momento da responsabilização penal destes.

Reconhece-se, pois, um estágio especial de desenvolvimento em que se encontram os adolescentes, do que decorre a existência de níveis distintos de responsabilização.

A distinção dos níveis de responsabilização não pressupõe, contudo, maior ou menor responsabilização, e, tampouco, a inexistência dessa, mas, sim, a intensidade e a forma como ela será efetivada.

Significa dizer que a inimputabilidade e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não têm o condão de fazer desaparecer o poder punitivo do Estado, ou ainda autorizar uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico de um adolescente, e sim de estabelecer procedimentos e regras que não são aplicados aos adultos.⁴⁰

Isso fica evidente no próprio sistema trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quando o mesmo assegura que à criança que pratique condutas identificadas como ato infracional serão aplicadas as medidas de proteção previstas naquele diploma, mas não as medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes. Essa dicotomia no tratamento dispensado às crianças em contraposição aos adolescentes é devida pelo grau de desenvolvimento que cada um apresenta e que influenciará nas consequências da aplicação de medidas mais ou menos drásticas.

Ademais, a presença desse desnível em termos de desenvolvimento entre crianças e adolescentes e entre estes últimos e adultos corrobora a ideia de que a definição de uma idade para a inimputabilidade etária é fruto de uma escolha de política criminal. Caso a inimputabilidade fosse pressuposto de incapacidade absoluta, não haveria necessidade em se diferenciar crianças e adolescentes, ao menos no que tange à responsabilização penal.

Negando-se a existência de tal responsabilização em nosso ordenamento jurídico, ou seja, admitindo-se que a medida socioeducativa não é uma resposta estatal ao cometimento de um delito e, portanto, apenas uma forma de se manter impunes os jovens tidos por delinquentes,

³⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 162.

⁴⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 106.

poderíamos cogitar da aplicação das mesmas às hipóteses em que o suposto delinquente seja uma criança.

Logo, a distinção também no que concerne ao tratamento dispensado às crianças em contraposição aos adolescentes, demonstra a existência de diferentes níveis de desenvolvimento e amadurecimento, que ensejam diferentes formas de resposta estatal. Às crianças, escolheu-se, em razão de toda a peculiaridade que as cerca, não aplicar respostas estatais agressivas e claramente penais. Privilegiou-se, a partir de uma escolha política, outra forma de resolução do conflito surgido a partir da prática delitiva, que, longe de estar imune a críticas, se apresenta razoavelmente coerente com o sistema de implementação e efetivação de direitos das crianças.

Aos adolescentes, contudo, em razão do distinto grau de desenvolvimento que, em que pese não se assemelhe ao dos adultos, é mais avançado que o das crianças, entendeu-se cabíveis as medidas socioeducativas.

Ademais, o princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, como regra de interpretação do sistema de proteção de direitos das crianças e adolescentes, deve ser considerado igualmente no que concerne ao Direito Penal Juvenil. Assim, as regras de Direito Penal transplantadas a este sistema de responsabilização devem ser aplicadas a partir dessa nova ótica, ou seja, adaptadas às peculiaridades do adolescente, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, que embora deva ser observado, requer um redimensionamento a partir das peculiaridades advindas da adolescência.

2.3.2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Completa a base dogmática do Direito Penal Juvenil o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que está disciplinado em diplomas internacionais, tais como a Convenção Interamericana sobre os Direitos da Criança e as Regras de Beijing. Internamente, pode ser extraído do artigo 227 da Constituição Federal, a partir da interpretação da regra de prioridade absoluta às crianças e adolescentes no que concerne aos direitos fundamentais.

Essa absoluta prioridade decorre, em certa medida, da necessidade de se observar o melhor interesse da criança e do adolescente em todas as decisões que o afetem, não sendo apenas um dever destinado ao Estado, mas a toda sociedade⁴¹.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o pilar da doutrina da proteção integral, e, tal qual o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento,

⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: Medida socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 60.

deve ser entendido como uma regra de interpretação⁴² e integração do sistema⁴³, não só de efetivação de direitos das crianças e dos adolescentes, mas também no que concerne ao Direito Penal Juvenil.

Sua configuração é extremamente aberta e genérica, de modo a possibilitar aplicação nas mais variadas hipóteses⁴⁴. Contudo, é essa mesma característica que possibilita a subversão deste princípio que, na prática, vem sendo utilizado como suposto fundamento para uma atuação estatal desmedida e ilegal na esfera de liberdade dos adolescentes.

Essa utilização equivocada vem acompanhada de uma ideia do adolescente como um indivíduo incapaz, que, necessitado de uma tutela estatal paternalista, em nome do seu superior interesse, deve ser submetido às medidas que normalmente restringem sua liberdade, criando-se um neomenorismo na atualidade.

João Batista Costa Saraiva, ao tratar sobre este assunto fez a seguinte observação:

Assim resulta do paradoxo disposto na parte final do ar. 174 do Estatuto, que autoria a internação provisória do adolescente para protegê-lo. Ora, faz-se inconstitucional do ponto de vista das garantias das liberdades individuais que o Estado, visando a proteger o sujeito, lhe subtraia a própria liberdade. Nesse caso, (do art. 174), ou estão presentes as condições ensejadoras da internação provisória em parâmetros semelhantes aos da prisão preventiva (operando com os arts. 152 do Estatuto e 312 do CPP), ou não se pode decretar a privação de liberdade do adolescente. A internação provisória tutela interesse da sociedade, enquanto mecanismo cautelar de defesa social. Se o adolescente necessita proteção, inclusive porque exposto a risco pessoal, tal circunstância recomenda o acionamento a rede protetiva, sua colocação em algum familiar em outra região, em algum abrigo temporariamente em outro ponto do Estado, mas por certo, se não satisfeitos os requisitos ensejadores de uma custódia cautelar enquanto mecanismo de defesa social, jamais poderá autorizar sua privação de liberdade sob o pretexto de protegê-lo, isso sem considerar o toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do adolescente infrator no Brasil, como asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence em acórdão de sua lava no STF [o acórdão referido pelo autor é referente ao Recurso Extraordinário nº 285571]. Será mais uma vez o exercício do discurso do *amor* para perpetrar uma terrível injustiça: prender sob o pretexto de proteger⁴⁵.

⁴² COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 29.

⁴³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

⁴⁴ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 33.

⁴⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44.

No entanto, em que pese de fato essa má utilização seja observada na prática, não se pode desconsiderar a importância do referido princípio que, se corretamente utilizado, é capaz de maximizar a satisfatoriedade do sistema de efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, inclusive no que concerne à proteção dos mesmos em relação à pretensão punitiva estatal⁴⁶.

No âmbito do Direito Penal Juvenil, “[...] somente os direitos declarados e assegurados aos envolvidos em conflito com a lei podem dar a dimensão conceitual a este princípio.”⁴⁷ de modo a impossibilitar a aplicação equivocada do mesmo e afastar as nefastas consequências de um neomenorismo⁴⁸. Neste sentido, ganham destaque os princípios de Direito Penal que tenham por intuito a clara contenção do *ius puniendi*, pois quando trazidos ao Direito Penal Juvenil, e redimensionados não só pela peculiar condição de pessoa em desenvolvimento em que se encontram os adolescentes, mas, também, pelo melhor interesse dos mesmos, compõem um sistema de responsabilidade penal de adolescentes garantista.

Será, portanto, correta a observância do referido princípio quando se der de maneira sistemática em relação ao ECA, “[...] como forma de garantir que o direito penal juvenil seja subsidiário às demais disposições de lei e, sobretudo, reduza-se à menor intervenção possível na vida e desenvolvimento do adolescente.”⁴⁹.

2.4. O sistema brasileiro de responsabilidade penal de adolescentes

A partir da base dogmática do Direito Penal Juvenil, anteriormente apresentada, é possível se delinear o modelo de responsabilidade penal inaugurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmando-o como um Direito Penal Juvenil, dentro de um sistema garantista de efetivação de direitos da criança e do adolescente. Portanto, a análise desse modelo deve sempre partir da premissa de que se trata de um modelo inserido em um sistema garantista de efetivação de direitos, o que torna este modelo subsidiário dentro do sistema do ECA como um todo.

O caráter garantista desse modelo se deve à presença de inúmeras garantias asseguradas legalmente ao adolescente processado, em atenção não só à sua condição de sujeito de direitos,

⁴⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

⁴⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

⁴⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

⁴⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 110-111.

mas, sobretudo, à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento titular de direitos e garantias⁵⁰.

Assim sendo, pode-se identificar o modelo brasileiro como modelo de Direito Penal Juvenil, em que o Estado está autorizado a responsabilizar o adolescente infrator, desde que comprovado, ao final de um devido processo legal, o cometimento de um delito que, para fins das peculiaridades deste âmbito, é denominado como ato infracional. A resposta estatal ao cometimento de um ato infracional, devidamente comprovado, será a aplicação de uma das medidas socioeducativas⁵¹ previstas no ECA.

De fato, a distinção na nomenclatura atribuída ao delito e à pena no âmbito da responsabilização penal juvenil tem contribuído, assim como a equivocada interpretação acerca da inimputabilidade etária, para a negação do Direito Penal Juvenil. Contudo, as distinções não vão muito além da nomenclatura, podendo-se observar similitude entre tais conceitos, de modo a apontar, uma vez mais, um paralelismo com o Direito Penal.

[...] quando a Constituição prevê garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual, defesa técnica de profissional habilitado (art. 227, § 3º, IV, da CF), obediência aos princípios da brevidade e excepcionalidade na medida privativa de liberdade (art. 227, § 3º, V, da CF), nada mais está do que configurando as características de um outro direito que, em tudo e por tudo, é comparável ao Direito Penal. Está conformando o chamado Direito Penal Juvenil, modalidade de um Direito Penal especial. Normas particulares são adotadas, o que diferencia uma modalidade de outra. Mas muitas identidades estão presentes, sendo a primeira delas a identificação do ato infracional com os crimes e as contravenções. Se não houvesse um sistema especial de tutela da liberdade previsto constitucionalmente, totalmente identificado com o Direito Penal, não existiriam parâmetros para a persecução penal juvenil⁵².

⁵⁰ Dentre estas garantias, podemos citar algumas, como o direito a não ser privado de sua liberdade senão em flagrante, ou por ordem escrita e fundamentada, emanada de autoridade judicial competente; direito à identificação de quem o apreenda; garantia de ser informado sobre os seus direitos; comunicação incontinenti ao juiz sobre a apreensão do adolescente; comunicação à família ou responsável pelo adolescente apreendido; exame imediato da possibilidade de liberação do adolescente apreendido; limite máximo de internação provisória em 45 dias; direito de não ser identificado compulsoriamente caso já o seja civilmente; pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou ato que o valha; igualdade na relação processual, sobretudo no que concerne à produção de provas necessárias a sua defesa; defesa técnica praticada por um advogado; assistência judiciária gratuita e integral àqueles que necessitem; garantia de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; direito de ser amparado por seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento; entre outros;

⁵¹ Convém ressaltar, no entanto, que em se tratando de cometimento de conduta tipificada como crime ou contravenção penal por uma criança, para fins do ECA o indivíduo com menos de 12 anos na data do fato, não se fala em aplicação de medidas socioeducativas, mas, sim, em medidas de proteção, que se prestam não só a tal hipótese, mas, em geral, às hipóteses em que os direitos básicos da criança e também do adolescente tenham sido ameaçados ou violados, nos termos do artigo 98 do ECA;

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.168.

O ato infracional é definido pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 103, como sendo toda conduta descrita como crime ou contravenção penal. De tal definição podemos inferir que o próprio Estatuto traça um paralelismo com o gênero delito, o qual é integrado pelo conceito de crime e contravenção penal. Assim sendo, haverá ato infracional apenas quando configurada a prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável, ou seja, se estiverem configurados os mesmos aspectos para a definição de uma conduta como crime ou contravenção penal.

O raciocínio é simples: se o ato infracional corresponde às condutas descritas como crime ou contravenção penal, e essas apenas serão crime ou contravenção penal se configuradas a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, conseqüentemente, o ato infracional restará configurado se, e apenas se, configuradas no caso concreto a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Admitir o contrário seria admitir que a figura do desvio de conduta⁵³, existente na etapa de caráter tutelar, seria compatível com a etapa garantista, ou seja, seria admitir que a imposição de medidas socioeducativas aos adolescentes seria consequência da prática de quaisquer condutas que, a partir do juízo de valor aplicado pelo representante do Estado, se enquadrassem dentro de um conceito de ato infracional esvaziado de significado. Seria admitir a existência de uma certa nebulosidade no que concerne ao que seria ou não permitido aos adolescentes praticar e, portanto, seria claramente atentar contra o princípio da legalidade.

A absorção do princípio da legalidade fez com que as legislações nacionais tivessem que substituir o pensamento da doutrina da situação irregular pelo da proteção integral. O acionamento do sistema de controle social formal via persecução penal demandava a comprovação da existência (materialidade) de um ato delituoso e que tivesse o adolescente, comprovadamente, concorrido para sua realização⁵⁴.

Logo, a verificação da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, ainda que atenta às peculiaridades do Direito Penal Juvenil, é imprescindível para a observância dos direitos e garantias do adolescente processado, além de se mostrar etapa necessária à configuração da existência de ato infracional, sob pena de absoluta incoerência com o sistema.

Não se desconhece que a análise da tipicidade e da antijuridicidade não encontra qualquer obstáculo na seara do Direito Penal Juvenil, diferentemente da culpabilidade. No

⁵³ Os desvios de conduta estavam previstos no artigo 2º, inciso V, do Código de Menores e era entendido como condutas decorrentes de grave inadaptação familiar ou social.

⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 167.

entanto, os obstáculos que a análise da culpabilidade encontra são possíveis de serem transpostos.

A análise da culpabilidade é de extrema importância para a configuração do ato infracional, pois complementa as análises feitas em sede de tipicidade e de antijuridicidade. Será a culpabilidade o fator capaz de conferir legitimidade à resposta estatal, através da imposição de uma medida socioeducativa adequada ao caso concreto, na medida em que leva em consideração a culpa individual do agente.

Negar-se tal análise é esbarrar, não apenas em princípios caros ao Direito Penal e transportados ao Direito Penal Juvenil, mas, sobretudo, ferir os próprios princípios de Direito da Criança e do Adolescente. O melhor interesse do adolescente será sempre ignorado se a esse for aplicada uma medida socioeducativa sem que se tenha analisado a reprovabilidade de sua conduta e o seu grau de consciência da ilicitude, desprezando-se sua capacidade valorativa e sua liberdade de vontade em aderir ao ilícito, bem como a possibilidade de existência de graus de participação distintos⁵⁵.

A responsabilização de adolescentes infratores, até mesmo para que cumpra seu papel educativo, pressupõe a aplicação de uma medida socioeducativa ao caso concreto, que seja justa, adequada e proporcional, qualidades que jamais serão alcançadas se inobservada a culpabilidade, assim como a tipicidade e a antijuridicidade.

Não bastasse isso, o próprio sistema garantista em que se insere o Direito Penal Juvenil não permite que se ignorem os requisitos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nas Diretrizes de Riad, especificamente no artigo 54, está previsto, expressamente, que:

Art. 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 o ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá considerado delito, nem ser objeto de punição quando for praticado por um jovem.

O conteúdo do referido artigo é emblemático, pois sintetiza diversas garantias do Direito Penal Juvenil. Em razão desse artigo, está assegurado ao adolescente que ele não será processado e tampouco penalizado por condutas que, embora não tipificadas, sejam entendidas como imorais, por exemplo, garantindo, assim, que os desvios de conduta não serão utilizados como motivo para o acionamento da Justiça Juvenil. Porém não é só. Também em razão deste artigo pode-se concluir que nas hipóteses em que não se configuraria o delito ou a contravenção

⁵⁵ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.114.

penal, também não se configurará o ato infracional. Ou seja, deve ser reconhecida a atipicidade, formal e material do ato infracional, bem como as causas que excluam a antijuridicidade e a culpabilidade do mesmo, tal qual se reconheceria em se tratando de Direito Penal.

Ademais, a configuração do ato infracional depende da verificação do nexo de causalidade entre a conduta do adolescente e o resultado.

Configurada a prática de ato infracional por um adolescente, atendendo-se a todos os requisitos legais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, será possível a aplicação de uma medida socioeducativa, dentre aquelas previstas no rol taxativo do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção ao princípio da legalidade.

São modalidades de medida socioeducativa a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional⁵⁶.

Assim, como há correlação entre ato infracional e delito há, igualmente, correlação entre a medida socioeducativa e a pena, eis que a natureza jurídica da primeira, assim como a da segunda, é penal, representando a medida socioeducativa, também, o poder coercitivo do Estado⁵⁷.

Serão, no entanto, as peculiaridades próprias ao Direito da Criança e do Adolescente, que devem ser observadas na seara do Direito Penal Juvenil, as responsáveis pela distinção prática das medidas socioeducativas das penas criminais, já que, no caso das medidas socioeducativas, a finalidade apresentada pela lei é pedagógica, do que decorre que o caráter sancionatório da mesma deverá se dar a partir de projetos pedagógicos, que visem ao reforço dos laços comunitários e familiares.

Frise-se, que a distinção é meramente prática, mantendo-se a similitude no que concerne à natureza jurídica das mesmas.

Para que tais peculiaridades sejam minimamente respeitadas, devem ser observados os princípios norteadores para o funcionamento do sistema de justiça juvenil, previstos nas Regras de Beijing, no item 17.1.

Estes princípios levam em consideração que deve haver proporcionalidade na resposta à infração, mas não apenas em relação às circunstâncias e à gravidade da conduta, mas, também,

⁵⁶ Embora não seja uma modalidade de medida socioeducativa, mas sim um instituto, vale ressaltar a previsão nos artigos 126 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente da remissão, que “Consiste em decisão que não implica reconhecimento de responsabilidade nem prevalece para o efeito de antecedentes, gerando o perdão puro e simples quando a infração cometida é leve e o adolescente é primário.” MELFI, Renata Ceschin. *O adolescente infrator e a imputabilidade penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 144. Esse instituto prevê ainda, a possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas não privativas de liberdade, conforme o artigo 127 do ECA.

⁵⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.114.

em relação às circunstâncias e necessidades do adolescente e da sociedade; que as restrições da liberdade do adolescente não poderão ser impostas sem um acurado estudo e deverão ser ao máximo reduzidas; a privação de liberdade deverá ser imposta apenas quando outra medida não for apropriada e apenas nas hipóteses em que o ato infracional seja grave, praticado com violência, ou que haja comprovada reincidência; por fim, a aplicação de qualquer resposta estatal levará sempre em consideração o bem-estar do adolescente e o seu melhor interesse.

Além do que, cada medida socioeducativa possui, especificamente, alguns parâmetros, seja de tempo ou de requisitos a serem verificados para a aplicabilidade.

Dado maior grau de intervenção na esfera de liberdade do adolescente, a medida de internação é a que possui parâmetros mais objetivos dentre as medidas previstas no Estatuto, resumidos da seguinte forma: a internação somente será aplicável quando não existir qualquer outra medida mais adequada ao adolescente; estará sujeita sempre aos princípios da brevidade e da excepcionalidade e respeitará sempre a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente; não terá duração superior a três anos; comportará a possibilidade de revisão a qualquer tempo; e apenas será aplicada se inexistente outra medida mais adequada e presente uma das três hipóteses do artigo 122 do ECA, quais sejam, ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, reiteração no cometimento de atos infracionais graves ou descumprimento injustificado e reiterado de outra medida anteriormente imposta.

Em que pese a existência desses parâmetros, infelizmente, a partir de uma interpretação equivocada de princípios e regras, a aplicação da internação tem sido banalizada, em evidente prejuízo aos adolescentes que se vejam sancionados com ela, o que aponta para a existência de uma crise de interpretação que adiante será melhor detalhada⁵⁸.

Em razão dos limites desse capítulo, essas são as principais características do sistema de responsabilidade penal juvenil inaugurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Se comparado com o sistema que outrora vigorou em nosso ordenamento, de fato apenas elogios podem ser tecidos a ele.

Contudo, o referido sistema apresenta ao menos três problemas que contribuem para a insuficiente observância de direitos e garantias dos adolescentes. São eles a formal negação de sua natureza penal, a indeterminação das medidas aplicadas e a recusa à culpabilidade⁵⁹.

⁵⁸ Ver item 2.5.

⁵⁹ Tais obstáculos foram observados por Karyna Batista Sposato, juntamente com outros dois, de matiz processual, a saber a ausência de garantias jurídicas e o amplo arbítrio judicial. A autora, ademais, refere-se a uma recusa à imputabilidade. No entanto, entende-se que a questão melhor se explica a partir da culpabilidade. SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso

Ao se negar o caráter penal do sistema de responsabilização trazido pelo ECA, se nega que o mesmo seja um Direito Penal Juvenil.

A recusa à culpabilidade intensifica a negação do mesmo, e coloca, cada vez mais, os adolescentes em uma posição objetificada de seres necessitados de intervenções paternalistas por parte do Estado, concretizada na aplicação de medidas abrangentes e indeterminadas, sobretudo no que concerne ao seu prazo de duração, de modo que estes três obstáculos, embora distintos, estão correlacionados de tal forma que a existência de um propicia e intensifica a existência dos outros.

Disso decorre a inobservância de todos os princípios próprios do Direito Penal e a conformação deles aos princípios do Direito da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar um sistema garantista de responsabilização.

A superação destes obstáculos é, com toda a certeza, a fonte de solução dos problemas que se enfrenta no âmbito da responsabilização penal de adolescentes, seja tecnicamente, seja, sobretudo, no que diz respeito à observância de direitos fundamentais.

2.5. Conclusões preliminares

Ao longo desse capítulo, foi analisada a evolução do Direito da Criança e do Adolescente e a consequente delimitação de um sistema de responsabilização penal de adolescentes, de modo a afirmar a compatibilidade de um Direito Penal Juvenil com o sistema trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A evolução do tratamento jurídico dispensado às crianças e aos adolescentes, culminou na etapa atual de cunho garantista, na qual se observa a elevação de crianças e adolescentes à categoria de sujeitos de direitos, característica central da doutrina da proteção integral, modelo base da referida etapa. O reflexo disso na seara penal, como visto anteriormente, é a

[em: 15/03/2017](#), p. 75. Contudo, entende-se que os obstáculos de matiz processual citados pela referida autora não se relacionam exatamente com o sistema de responsabilização penal de adolescentes previsto no ECA. Primeiro porque não se pode concordar, com o devido respeito, que inexistam garantias jurídicas no âmbito do sistema de responsabilização penal de adolescentes do ECA. A simples menção à garantia ao devido processo legal já indica a obrigatoriedade da observância de todas as garantias próprias do processo penal, que deverão se somar aos princípios próprios do Direito da Criança e do Adolescente. Não se desconhece que a inobservância destas garantias é prática corriqueira. No entanto, isso se deve mais a um problema de interpretação e equivocada utilização do ferramental jurídico-teórico, do que necessariamente a uma suposta omissão do Estatuto. Segundo, porque o amplo arbítrio judicial, embora equivocadamente amparado no caráter abrangente das normas do Estatuto, não se deve a uma suposta permissividade do referido diploma legal. O caráter abrangente das referidas normas encontra limites de contenção nos princípios afeitos ao Direito Penal Juvenil, e principalmente à etapa garantista, de modo a impossibilitar qualquer subjetivismo em prejuízo do adolescente. Novamente, identifica-se tal discricionariedade mais a um problema de equivocada interpretação do Estatuto, do que efetivamente de omissões do mesmo.

conformação de um sistema de responsabilidade penal voltado aos adolescentes que, nessa etapa garantista, assume os contornos de um Direito Penal Juvenil.

O reconhecimento deste Direito Penal Juvenil, no entanto, ainda encontra perceptível resistência, seja por parte da doutrina específica, seja por setores da sociedade.

Sua negação, contudo, tem contribuído com intervenções desmedidas na esfera de liberdade do adolescente que se veja em conflito com a lei. Isso porque, de um lado, sobrevive na Justiça Juvenil resquícios do paradigma tutelar, em que punição equivale a educação e o adolescente é um ser incapaz. De outro, o sistema de responsabilização inaugurado pelo ECA, quando interpretado isoladamente, ou seja, sem a contenção das garantias próprias de um Direito Penal garantista, favorece que os resquícios da etapa tutelar, ainda existentes na Justiça Juvenil, se manifestem através de interpretações dos princípios que regem todo o sistema do ECA, tornando-os, em razão de sua abrangência, frestas, pelas quais se introduz, cada vez mais, um neomenorismo⁶⁰.

O neomenorismo é justamente a manifestação das velhas práticas da etapa tutelar, a partir de interpretações equivocadas dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente. Exemplos não faltam, mas é possível citar a internação em casos de tráfico de entorpecentes.

Este ato infracional, por não apresentar violência ou grave ameaça, não enseja a aplicação de medida tão extrema. Contudo, é cotidiana a aplicação da mesma, ainda que se trate de um adolescente primário. Os argumentos que fundamentam tal ilegalidade são variados, e normalmente fundam-se em leituras equivocadas do princípio do melhor interesse do adolescente, tais como a inexistência de respaldo familiar ou a inserção em família que se dedique à prática ilícita, de modo que a privação de liberdade do adolescente se mostra, neste falacioso raciocínio, como a concretização do melhor interesse do adolescente. A isso é que se chama neomenorismo, pois, sem aludir expressamente a uma suposta situação irregular do adolescente, características que outrora significaram uma irregular situação da criança e do adolescente, são apontadas como indicativos da necessidade de se retirar o jovem do convívio social, sob o pretexto de ser esta uma medida de seu interesse.

Nessa toada, Emilio García Méndez identificou uma dupla crise das legislações de Direito da Criança e do Adolescente, que ao seu ver pode ser observada como um problema comum aos ordenamentos jurídicos da América Latina⁶¹.

⁶⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56.

⁶¹ Acerca disso vide: MÉNDEZ, Emilio García. A responsabilidade penal juvenil na encruzilhada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 271, jun. 2015, p. 2-3; e MÉNDEZ, Emilio García. *Adolescentes e*

Segundo o referido autor, as legislações de Direito da Criança e do Adolescente⁶² sofrem uma crise, tanto de implementação como de interpretação. A crise de implementação remonta ao déficit de financiamento para a concretização das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos estampados na legislação, ao passo que a crise de interpretação apresenta um caráter político-cultural.

Diversos direitos assegurados pelo ECA, por exemplo, para serem efetivados necessitam da implementação de políticas sociais, sem as quais não alcançam a necessária concretude. É assim com o direito à educação e à saúde, por exemplo. Sem que o Estado forneça escolas e hospitais, bem como toda a infraestrutura e materiais relacionados à atividade de educação e saúde, não há como se afirmar que os direitos à educação e à saúde tenham sido observados para todas as crianças e adolescentes do país. A crise de implementação, portanto, nada mais é que a ausência de mecanismos que possibilitem a efetivação dos direitos e garantias trazidos pela legislação específica, normalmente atrelada a inexistência de recursos financeiros para tanto.

Essa crise de implementação tem por consequência a inobservância do primeiro nível de prevenção existente no Estatuto da Criança e do Adolescente, que autoriza a incidência dos próximos níveis de prevenção, a depender do caso concreto.

Neste contexto é que se desnuda a crise de interpretação que, longe de ser simplesmente um problema técnico, é na verdade um problema de caráter político-cultural. A permanência de resquícios da etapa tutelar pode ser explicada pelo fato de que, com o ECA, experimentou-se uma troca abrupta de paradigmas, resultando na adoção da doutrina da proteção integral em detrimento da doutrina da situação irregular, sem que, no entanto, fosse abandonada por setores da sociedade a visão do adolescente como indivíduo incompleto e incapaz, necessitado de uma proteção mais compassiva por parte do Estado, família e sociedade.

[...] o magistrado, apoiado em seus conceitos morais, legitima uma série de mecanismos de controle contra o adolescente, sob a finalidade de “auxiliar na proteção do seu comportamento social”. Um processo de controle e regulação não só do adolescente, mas da sua própria família, através de projetos de “ressocialização”, sem respeitar qualquer prerrogativa constitucional inerente

Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11143-11143-1-PB.pdf>. Acesso em: 20/04/2017.

⁶² Cumpre destacar que Emilio García Méndez observou essa dupla crise no que concerne ao Estatuto da Criança e do Adolescente, primeiro diploma legal na América Latina a concretizar as normas advindas da Convenção sobre os Direitos da Criança. Contudo, pode se inferir que essa crise é uma tendência observada em outros ordenamentos jurídicos da América Latina. MÉNDEZ, Emilio García. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano.* Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11143-11143-1-PB.pdf>. Acesso em: 20/04/2017.

a qualquer cidadão. O magistrado transpõe a prática do ato infracional para além do adolescente.⁶³

Some-se essa mentalidade, que é avessa a toda a lógica da etapa garantista, à certas características próprias das legislações desta etapa, como a abrangência de determinados conceitos, por exemplo, e será possível explicar como se atua dentro de um sistema garantista de prevenção a partir de práticas afeitas à etapa tutelar.

Como legislação garantista, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma legislação que nos remete a uma dupla caracterização, em que se observa a necessidade de respeito à lei, característica essa própria das democracias constitucionais, bem como à existência de mecanismos e instituições voltadas à efetivação dos direitos consagrados⁶⁴.

Assim, pode-se concluir que a dupla crise identificada por Emilio García Méndez também é, de certa forma, uma crise da legislação como garantista, na medida em que a dupla caracterização acima delineada é sumariamente ignorada: não há respeito à lei, posto que não se observam corretamente as normas previstas, descaracterizando-se o sistema como um todo e, tampouco, conta-se com meios eficientes, na prática, para a efetivação dos direitos e garantias consagrados.

O modelo penal garantista deve ser entendido como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, do qual podemos extrair três acepções distintas, mas relacionadas entre si. Assim, o garantismo penal pode ser entendido como uma corrente de pensamento, um modelo normativo de direito, bem como um modelo crítico⁶⁵. Cada um desses significados se mostra relevante a depender da perspectiva que se parte.

Se analisado a partir de uma perspectiva filosófica do Direito, o garantismo se apresenta como uma filosofia política que pressupõe a “separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito”⁶⁶, de forma a atribuir ao Estado o ônus da justificação externa de sua atuação a partir dos valores que pretende tutelar.

⁶³ MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016, p.52-53.

⁶⁴ MÉNDEZ, Emilio García. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11143-11143-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20/04/2017.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 685.

Se analisado, no entanto, sob uma perspectiva normativa, o garantismo se apresenta como um modelo de respeito à estrita legalidade, que epistemologicamente se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, ao passo que politicamente é uma técnica apta a minimizar a violência e maximizar a liberdade e que, juridicamente, é um sistema de freios impostos ao Estado no que concerne a sua função punitiva, de modo a assegurar os direitos dos cidadãos⁶⁷.

A partir dessa perspectiva, os sistemas garantistas devem ser avaliados tanto pelo grau garantista que apresentam, quanto também pela distinção entre o modelo constitucional garantista existente e o resultado da efetivação do mesmo.

Por fim, o garantismo pode ser analisado a partir da teoria e da crítica do direito, apresentando-se como um modelo jurídico crítico que enxerga a validade e a efetividade das normas como categorias distintas, mantendo separados o ser e o dever ser no direito. Ou seja, o garantismo como crítica aponta as dicotomias entre os modelos normativos, normalmente garantistas, e as práticas operacionais, cada vez mais antigarantistas; ou de outra forma, podemos enxergar o garantismo como uma “teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo”⁶⁸.

Essa acepção do garantismo só pode ser corretamente compreendida se a considerarmos como algo interno à própria teoria do garantismo, posto que a concepção garantista, no geral, pressupõe o espírito crítico, seja da validade das leis e a aplicação das mesmas, seja da fonte de legitimação jurídica. Será justamente esse espírito crítico que possibilitará a segurança dos direitos positivados. Assim, o garantismo trata ao mesmo tempo da legitimação e da perda de legitimação interna do direito penal, requerendo dos operadores do Direito uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes⁶⁹.

Vê-se, portanto, que embora possam ser entendidas isoladamente, a partir de suas distintas perspectivas, as três significações dadas ao garantismo por Ferrajoli, se analisadas conjuntamente, conformam uma teoria geral do garantismo, que não se aplica apenas ao Direito Penal, mas também a diversos outros setores do ordenamento jurídico, tendo por pressuposto metodológico central a separação entre o ser e o dever ser⁷⁰.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 685.

⁷⁰ “Uma teoria do garantismo, além de fundar a crítica do direito positivo referente aos seus parâmetros de legitimação externa e interna é, por consequência, também uma crítica das ideologias: das ideologias políticas, sejam estas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem, sob o plano político externo, a justiça com o

Apenas o reconhecimento da divergência – insuperável porque ligada à estrutura deontológica das normas – entre normatividade e efetividade permite, precisamente, impositar análises dos fenômenos jurídicos, evitando a dúplice falácia, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos. Esta dúplice falácia está na base de muitas regressões ideológicas que caracterizam a história da cultura não apenas penal mas, inclusive, e em geral, jurídica: seja das filosofias da justiça, porquanto concernentes à relação entre ser e dever ser do direito e por isso o problema da justificação externa ou política; seja das teorias do direito, porquanto concernentes à relação entre ser e dever se no direito e por isso o problema da validade interna ou jurídica⁷¹.

Pode-se perceber, portanto, que o Direito Penal Juvenil enfrenta uma crise já prevista pela teoria geral do garantismo, quando da análise do Direito Penal, na medida em que há uma clara dicotomia entre o modelo constitucional e a efetivação do mesmo. No entanto, assim como no que concerne ao Direito Penal, essa dicotomia jamais autorizou a sua negação, no que se refere ao Direito Penal Juvenil, não devemos ceder à tentação de nos valermos de tal crise para negarmos a existência do mesmo.

A dupla crise identificada por Emilio García Méndez de fato enseja soluções concretas. Contudo, não será o retrocesso o melhor caminho a se seguir. Apenas a reafirmação do garantismo, nos moldes de sua teoria geral, de forma a reconhecer o Direito Penal Juvenil, é que será a única solução constitucionalmente compatível.

Silva Sánchez nos adverte, analisando o Direito Penal Contemporâneo, que a proposta garantista não implica nem um retrocesso, nem uma novidade. É, em verdade, a síntese da evolução das ideias penais mais adequada à contemporaneidade, na medida em que, como sinônimo de proteção da sociedade, é capaz de observar exigências formais de segurança jurídica, proporcionalidade, etc., ao passo que constitui uma plataforma necessária para a discussão dos problemas práticos e teóricos do Direito Penal⁷².

O mesmo pode ser dito em relação ao Direito Penal Juvenil. A reafirmação da existência do mesmo, como consequência da vigência de uma legislação garantista, é a forma mais adequada de se enfrentar os problemas atuais, sem que se cogite retornar aos ideais passados e,

direito, ou pior, vice-versa; e das ideologias jurídicas, sejam estas normativas ou realistas, que paralelamente confundem, sob o plano jurídico ou interno, a validade com o vigor, ou, ao contrário, a efetividade com a validade.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 686.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 686;

⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002, p. 40-41.

assim, retirar, ainda que materialmente, o status de sujeitos de direito atribuído às crianças e adolescentes.

De outra feita, sua negação, nega, igualmente, a possibilidade de incidência de todas as garantias de contenção do poder punitivo, que incidem apenas em sistemas de caráter penal.

Nesse contexto é que se insere a questão da culpabilidade no Direito Penal Juvenil.

Quando não se reconhece o Direito Penal Juvenil, conseqüentemente a culpabilidade como um instrumento de limite do poder punitivo é alijada do sistema de responsabilização de adolescentes, adotando-se uma dimensão de tutela de focos de periculosidade, seja no âmbito da inimputabilidade etária, seja no âmbito da inimputabilidade psíquica.

Contudo, o reconhecimento do Direito Penal Juvenil habilita a observância da culpabilidade, não só como princípio fundante, que vede a responsabilização objetiva, mas, sobretudo, como elemento do ato infracional e como critério de aplicação da medida socioeducativa. Essa habilitação permite que a responsabilização do adolescente em conflito com a lei se dê dentro de estreitos limites.

De fato, a questão não se resolve apenas com o reconhecimento do Direito Penal Juvenil, pois a mera importação do conceito tradicional de culpabilidade para este subsistema demonstra inevitáveis obstáculos. É preciso, pois, adequação dogmática, própria ao Direito Penal Juvenil, de modo que este conceito possa operar sem entraves no que concerne à responsabilização de adolescentes em conflito com a lei, proporcionando limites mais firmes à intervenção estatal na esfera de liberdade destes.

3. EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DA CULPABILIDADE: UM CAMINHO RUMO À INDIVIDUALIZAÇÃO DA CULPA

A culpabilidade é uma categoria extremamente abrangente e complexa, atuando no Direito Penal como princípio fundamental, elemento da teoria do delito e como circunstância judicial de aplicação da pena.

Como princípio fundamental, afasta a responsabilidade objetiva, exigindo que se verifique a existência de um liame subjetivo entre o autor e o resultado da conduta, permitindo a imposição de uma pena apenas quando a conduta em questão possa ser considerada reprovável.

Como elemento da teoria do delito, por sua vez, a culpabilidade apresenta-se como um juízo de censura direcionado ao agente que não agiu conforme a norma quando podia fazê-lo.

Por fim, atuando como circunstância judicial de aplicação da pena, a culpabilidade é responsável por conferir proporcionalidade entre a conduta delitiva e a resposta estatal.

Com efeito, é possível concluir que a culpabilidade, em sua tripla acepção, atua a um só tempo como limite ao *ius puniendi*, fundamento da pena e gradação da sanção penal.

Prepondera em sua atuação, portanto, um efeito limitador do sistema de imputação, sendo correto afirmar que sua complexa operacionalidade é quase sempre revestida de um cariz democrático.

A sua conceituação, como elemento da teoria do delito e circunstância judicial da pena, passou por uma longa trajetória rumo a um juízo individualizador. Para as finalidades do presente trabalho, interessa, portanto, analisar as diversas facetas assumidas por tal conceito ao longo do tempo.

3.1 A culpabilidade em Karl Binding

A evolução dogmática do conceito de culpabilidade inicia-se, conforme aponta a doutrina, com a obra de Karl Binding¹, *As normas e suas violações*, de 1872, momento em

¹ Conquanto a doutrina aponte o início da evolução dogmática do conceito de culpabilidade em Binding, Alexis de Couto Brito aponta que foi Bierling, em 1905, que pela primeira vez tratou da culpabilidade como um juízo de valor, seguindo-se por Graf zu Dohna, que, no mesmo ano, trata a culpabilidade como elemento traduzida como contrariedade ao dever de conduta, implicando na consciência do injusto. BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 232.

que se apresenta uma concepção de culpa inserida numa perspectiva sistemática, que foi capaz de substituir a, até então vigente, imputação moral².

Culpa para Binding é o comportamento voluntário de um indivíduo, capaz de ação, como causa de uma antijuridicidade³. Esta conceituação parte da ideia de que inexistem ações antijurídicas praticadas por um sujeito capaz de ação que não possam a ele ser imputadas, ou seja, que não sejam culpáveis⁴, sendo certo, portanto, que não há, na estrutura apresentada, pelo autor uma separação categorial entre antijuridicidade e culpa⁵.

Desta conceituação de culpa desponta como essencial a determinação do que vem a ser, para o autor, ação e capacidade de ação.

Ação para Binding é a exteriorização da vontade subjetiva ou moral do indivíduo⁶. Este é um conceito unitário, que engloba não só um juízo causal, mas também um juízo distributivo, “[...] que tem por objeto ‘atribuir ao autor do fato, e em virtude da conexão causal que entre ambos existe, a significação do fato mesmo’”⁷. Logo, antijuridicidade e antinormatividade na estrutura de Binding são conceitos sinônimos⁸.

Delimitado o conceito de ação, é preciso entender o que vem a ser capacidade de ação para Binding.

De início é preciso salientar que o autor entende que há uma capacidade genérica para ação, que abrange tanto o âmbito civil, como o penal, e outra, específica ao Direito Penal, a qual denominou de capacidade de ilícito⁹. Esta específica capacidade é que integra o conceito

² A título de exemplo tem-se a seguinte passagem de Binding: “*La culpabilidad jurídica e la culpabilidad moral muestran diferencias profundísimas, y merece el rechazo más decidido la extendida convicción de que el Derecho habría tomado el concepto de culpabilidad de la ética[...]*” BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, p. 11.

³ BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, p. 6.

⁴ “*Puesto que no reconozco la existencia de acciones antijurídicas de un sujeto capaz de acción que no le puedan ser imputadas, defino la culpabilidad em sentido estricto como aquel comportamiento voluntario, mas brevemente, como la voluntad de un sujeto capaz de acción em cuanto causa de una antijuridicidad.*” BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, p. 12.

⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidad*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

⁶ É, inclusive, a mesma formulação apresentada por Adolf Merkel, em 1867, como bem pontua Davi Tangerino. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidad*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

⁷ FERNANDEZ, Gonzalo apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidad*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

⁸ “*La contrariedad a la norma de prohibición o de mandato convierte al hecho em antijurídico.*” BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, p. 8.

⁹ Ilícito para Binding é a mera lesão à norma, ao que delito seria uma espécie de ilícito, ao qual se prevê uma punição.

de culpabilidade de Binding e é, no entender do autor, a aptidão de reconhecer o ato por si praticado em relação com a norma¹⁰ e com ela manter-se em harmonia¹¹.

Essa capacidade é a soma de uma série de subcapacidades, a saber, a capacidade de conhecimento da norma, capacidade de atualização do conhecimento desta, capacidade de dever e capacidade de cumprir o dever¹².

A mais importante subcapacidade nesta estruturação é a do conhecimento da norma, que embora seja um pré-requisito para a verificação da responsabilidade penal¹³, e, portanto, desempenhe, em tese, uma função de garantia, é ao mesmo tempo uma presunção, posto que dirigida a todo o corpo social, na medida em que existiria uma norma que ordenaria a todos o conhecimento das demais normas¹⁴. Liga-se a esta capacidade a aptidão de atualizar o conhecimento da norma, que pode ser entendida como a capacidade de manter viva na memória o conteúdo da norma, sem a qual não se poderia reconhecer a culpa daquele que a infrinja. A capacidade de dever, ao seu turno, é a aptidão que o sujeito tem de avaliar os impulsos contrários a norma e acionar os necessários contraimpulsos, bem como de fazer prevalecer o motivo da obrigação. Ligada a esta capacidade está a capacidade de cumprir o dever, pura e simplesmente¹⁵.

Essa conceituação de culpa a partir do conceito de ação e de condição de ação, notadamente no que se refere à necessidade de conhecimento da norma deve ser reputado como um avanço de Binding em relação às teorias que o antecederam.

Verifica-se, outrossim, que as subcapacidades por ele apresentadas, resumidas na possibilidade de avaliação do impulso e na prevalência do motivo da obrigação, são vistos pela

¹⁰ Norma para Binding é a mera proibição jurídica. Uma orientação vinculante do agir, que não apresenta qualquer advertência ao seu destinatário. É inerente ao Direito que, sendo vontade autoritária que demanda obediência, pressupõe a existência de um comando determinado. Nesse sentido, a lei penal apresenta, na estruturação de Binding, um papel secundário, pois apenas apresenta a ameaça à lesão da norma. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64 -66. Ou, nas palavras de Binding: “*He propuesto denominar normas a estas prohibiciones y mandatos, contraponiéndolos con toda claridad a las leyes penales, que al día de hoy siempre han de pertenecer al Derecho escrito. La ley penal nunca tiene, ex profeso, el cometido de imponer deberes a los partícipes de comunidad jurídica: ni siquiera se dirige a ellos, al que atribuye deberes de tolerar la pena. La primera parte de la ley penal siempre contine la indicación de una acción contraria a la norma, es decir que presupone la prohibición o el mandato dirigido a los integrantes de comunidad jurídica, pero no lo es ella misma.*” BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevidéo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, p. 8.

¹¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

¹² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66 – 67.

¹³ BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevidéo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, p. 5-6.

¹⁴ Neste ponto, interessante notar que a contradição gerada pela ficção jurídica do conhecimento de todas as normas foi mitigada por Binding a partir da afirmação de que conquanto fosse injusto punir alguém pelo descumprimento de uma norma desconhecida, seria correta a punição neste caso pela negligência em não ter conhecido a ordem, eis que exigível. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66 – 67.

¹⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66 – 67.

doutrina como embriões do que depois ficou conhecido como imputabilidade e exigência do comportamento adequado à norma¹⁶.

Contudo, em que pese a inovação, é de ser ter em mente que Binding não rompeu totalmente com os paradigmas anteriores, de modo que em sua construção teórica ainda vigora a cisão da culpabilidade entre dolo e negligência¹⁷, que são, nesta estrutura, elementos da punibilidade e não da antijuridicidade¹⁸. Isso se explica pelo fato de que, para Binding, a norma exige apenas que os bens jurídicos sejam protegidos, pouco importando se a lesão à norma é dolosa ou culposa¹⁹.

Também de se notar que não é possível observar em sua estrutura um caráter normativo da culpabilidade. A necessidade de conhecimento da norma não se apresenta em Binding como um critério de reprovação do injusto, mas sim como consequência da metodologia de análise por ele empregada, vinculada ao positivismo normativo, em que o Direito positivo passa a ser o único objeto do Direito Penal. Assim, coerente que se vincule a norma ao esquema de delito.

Trata-se, assim, de vincular o conceito de delito à norma, que, por constituir o alicerce do Direito, há de desempenhar um papel concreto, tangível. Do contrário, o senso de proibição restaria sempre ligado a alguma espécie de cogitação valorativa, perigosamente próxima ao conceito de Direito natural, de todo indesejável na análise de Binding²⁰.

Contudo, as formulações por ele apresentadas são essenciais para o início da trajetória do conceito de culpabilidade rumo a um juízo individualizador, conforme observaremos a seguir.

3.2 Teoria psicológica

Após o conceito de culpa de Karl Binding, o próximo passo no avanço para um juízo de imputação individualizado se deu com a teoria psicológica da culpabilidade²¹, que nasce em

¹⁶ COUSO SALAS, Jaime apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

¹⁷ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 60.

¹⁸ BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideú; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, p.5.

¹⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

²⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

²¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 59.

um contexto metodológico não mais satisfeito apenas com o positivismo, ensejando também que a realidade empírica do delito fosse considerada.

Deste modo, o direito penal tinha, de um lado, a missão de prevenção do delito e, de outro, a de proteção do indivíduo, de modo que “[...] seria, assim, o poder punitivo do Estado, porém limitado juridicamente [...]”²².

A culpabilidade era vista por esta teoria unicamente como o liame subjetivo ou psíquico²³ entre o sujeito e o resultado delituoso, de modo que “[...] somente existiria no autor e se esgotava na relação interna diante da ação. O dolo e a culpa seriam duas formas de culpabilidade.”²⁴.

Ou nas palavras de Von Liszt:

Culpabilidade, no mais amplo sentido, é a responsabilidade do autor pelo ato ilícito que realizou. O juízo de culpabilidade expressa a consequência ilícita (*Unrechtsfolge*) que traz consigo o fato cometido, atribuindo-a à personalidade do infrator. À desaprovação jurídica do ato se adiciona a desaprovação que recai sobre o autor do fato²⁵.

O delito primeiramente foi visto por Franz von Liszt como conduta culpável, contrária ao Direito, à qual se aplicava uma pena. Foi Ernest von Beling quem depurou este conceito e acrescentou o de tipicidade, a partir do princípio *nullum crimen sine praevia lege*, compondo, assim, uma categoria descritivo-objetiva, valorativamente neutra²⁶. Deste modo, delito passou a ser a conduta típica, antijurídica e culpável, a qual se aplicava uma pena²⁷. Nesta teoria, injusto e culpabilidade eram dimensões objetiva e subjetiva, respectivamente, do fato punível²⁸.

O conceito de ação da teoria psicológica é a primeira ruptura que se pode perceber em relação ao quanto apresentado por Karl Binding que, por sua vez, tinha uma ideia unitária de ação, como expressão da vontade moral²⁹.

²² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

²³ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 345.

²⁴ DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovção*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.187.

²⁵ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 375, tradução nossa. No original: “*Culpabilidad, em el más amplo sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita (Unrechtsfolge) que trae consigo el hecho cometido, y se la atribuye á la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor.*”

²⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

²⁷ COUSO SALAS, Jaime apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

²⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 60.

²⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

Von Liszt, no entanto, adere a uma concepção causal-naturalista de ação, tida por ato voluntário ou não impeditivo, que opere mudança no mundo exterior, integrada por três elementos: i) manifestação da vontade, ou seja, conduta voluntária, livre de qualquer coação ou violência; ii) resultado, como alteração concreta no mundo sensível; e, por fim, iii) a relação havida entre os dois primeiros elementos, que pode ser entendida objetivamente como a relação de causalidade e, subjetivamente, como a possibilidade de previsão por parte do autor do resultado obtido, sendo essa uma relação psicológica³⁰.

Essa possibilidade de previsão do resultado por parte do autor nada mais é que a culpabilidade, entendida como liame subjetivo entre o sujeito e o fato.

Assim, a culpabilidade se verificaria quando presentes a imputabilidade e a imputação.

A imputabilidade era entendida como uma capacidade, relacionada ao estado psíquico do indivíduo, de determinar-se conforme as normas de conduta, fossem elas do domínio moral, religioso, da inteligência, etc., ou até mesmo do direito³¹.

Segundo Ernest von Beling, partia-se da ideia de liberdade do indivíduo para determinar-se em relação aos seus próprios fins, de modo que a reprovação de um indivíduo e de seus atos se dá apenas quando os atos em questão são a expressão da personalidade do agente, pela qual ele responde. Os seus atos são a expressão da espontaneidade (autodeterminação) existente em seu ser³².

Assim, a imputabilidade tinha por aspectos a capacidade do indivíduo de conceber representações para a completa valoração social, bem como a capacidade de associá-las de maneira normal, a partir de uma base de representações correspondente à média social. Também pressupunha um estado de normalidade no que concerne aos impulsos da vontade³³.

Curioso notar que, da mesma forma como se vê atualmente, a imputabilidade era concebida como um conceito negativamente definido, ou seja, a partir das hipóteses em que a culpabilidade não se verifica. Von Liszt afirmava, inclusive, que a missão do legislador não consistia na definição positiva da imputabilidade, mas sim na descrição daqueles estados em que, excepcionalmente, a imputabilidade se mostra impossível³⁴.

³⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71/72.

³¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 384-385.

³² VON BELING, Ernest. *Esquema de Derecho Penal: La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria El Floro, 2002, p. 64-67.

³³ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 384-385.

³⁴ No original: “[...] la misión del legislador no consiste en la definición positiva de la imputabilidad, sino en la descripción de aquellos estados que excepcionalmente hacen aparecer como imposible la imputabilidad.” VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 385.

É importante destacar que a imputabilidade tal qual entendia Von Liszt era composta de subcapacidades e, assim como para Binding, era uma capacidade jurídico-penal de ação. Todavia, enquanto para Binding a imputabilidade era o cerne da culpa, para Von Liszt ela era apenas um pré-requisito^{35 36}.

O revés do conceito de imputabilidade – a inimputabilidade –, era entendido por Von Beling não como a incapacidade de agir, diferentemente do que entendia Binding, pois, segundo Beling, a ausência de ação antecede a análise da inimputabilidade. Ele entendia ser plenamente possível atribuir a um inimputável uma ação, de modo que inimputabilidade seria a impossibilidade de se reprovar a conduta contrária à norma, pelo que é possível afirmar que a imputabilidade era um pressuposto da culpabilidade³⁷.

O outro requisito verificado por Von Liszt é a imputação, que ocorria nas hipóteses em que o autor do delito tinha ciência do caráter antissocial de sua conduta, ou quando essa ciência era ao menos possível.

A partir disso, para a teoria psicológica a culpabilidade possuía duas espécies: dolo e culpa³⁸, esta entendida como negligência³⁹. O dolo era entendido como o conhecimento do autor da significação antissocial da conduta que praticou, ao passo que a culpa (negligência) seria a não previsão do resultado, quando previsível, no momento em que se deu a manifestação da vontade.

Davi Tangerino nos alerta que, “Embora psicológica, tal relação pode ser aferida por meio dos valores, ou mais precisamente, da consideração valorativa contida na norma, em contraste com a ação”⁴⁰, na medida em que o conteúdo material do conceito de culpabilidade tinha raízes no caráter antissocial do autor do delito. Essa característica do indivíduo era perceptível, ao ver de Von Liszt, a partir do ato cometido que era, em essência, antissocial⁴¹.

A teoria psicológica da culpabilidade significou um avanço em sua época, pois, ao conceber a culpabilidade como conceito desvinculado do injusto, admitiu a possibilidade de

³⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

³⁶ Segundo Roxin, a imputabilidade não era apenas um pressuposto da culpabilidade nesta teoria, mas também um pressuposto da pena. ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 507.

³⁷ VON BELING, Ernest. *Esquema de Derecho Penal: La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria El Floro, 2002, p.65.

³⁸ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 377.

³⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

⁴⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

⁴¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 376.

verificarmos uma conduta que, embora injusta não fosse culpável, algo impensável na conformação anterior, calcada no conceito de Binding.

Igualmente, significou um ganho teórico em relação à imputação moral dos clássicos, eis que calcada nas ciências naturais, o que pressupunha a aferição de seus conceitos a partir de critérios objetivos e verificáveis⁴².

Contudo, estes avanços não foram, de todo modo, suficientes. As principais críticas tecidas ao conceito psicológico de culpabilidade concernem a incapacidade que o mesmo tem de abarcar as situações de culpa inconsciente e das chamadas hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso⁴³.

Nas hipóteses de culpa inconsciente não há qualquer relação psicológica entre o sujeito e o resultado, pois a chamada negligência “[...] não é um fato psicológico, mas sim um juízo de apreciação, exclusivamente [...]”⁴⁴ Ao seu turno, algumas das causas de exculpação também não são explicadas por esta teoria, pois há hipóteses em que, embora se verifique o nexo psicológico entre o autor e o resultado, o indivíduo não possui culpabilidade.

Nesses termos é que Maurach, ao criticar a referida teoria, também anunciava o seu fracasso. Segundo ele, a teoria psicológica não teria como prosperar quando tentava, infrutiferamente, unir no mesmo denominador um conceito psicológico, tal qual o dolo, com outro normativo, como a culpa.

Porém não são apenas essas as lacunas que inviabilizaram a prosperidade do conceito psicológico da culpabilidade. Zaffaroni e Pierangeli nos lembram que este conceito foi responsável por retirar da teoria do delito toda sua dimensão normativa no que concerne à reprovação do autor. *In verbis*:

É interessante observar que essa teoria denomina culpabilidade àquilo que nós consideramos aspecto subjetivo do tipo, desaparecendo da teoria do delito toda a dimensão normativa, no que diz respeito à reprovação ao autor. Isto é o que permite que a teoria se acomode perfeitamente a um esquema filosófico de caráter positivista sociológico, pois a questão da autodeterminação do sujeito não assume nela qualquer relevância. Para essa teoria não era necessário assentar seus fundamentos numa concepção antropológica, em que o homem é um ente capaz de autodeterminar-se, podendo sustentar-se perfeitamente sobre uma base determinista⁴⁵.

⁴² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: ICPC; Empório do Direito, 2017, p. 277.

⁴⁴ MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro n. 15, v. 4, p. 19-36, 1966, p. 21.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.604.

E, de fato, o próprio Von Liszt afirmava que o conceito psicológico de culpabilidade é completamente independente da hipótese do livre-arbítrio. Segundo o autor, a culpabilidade não exige mais que a suposição de que toda a conduta humana é determinada, ou determinável, pelas chamadas representações, estas, um dos aspectos verificáveis na imputabilidade, que por sua vez era um dos requisitos da culpabilidade⁴⁶.

O determinismo, para Von Liszt, seria capaz de estabelecer uma medida para a culpabilidade a partir de uma individualização que considerasse a intensidade da tendência criminal (antissocial) do autor, de modo que seria um conceito apto a proporcionar um sólido fundamento para a política criminal⁴⁷.

Com isso, é possível perceber que, para Von Liszt, era necessário apenas que o indivíduo tivesse um aparato psíquico normal para que pudesse representar em si a contrariedade da uma determinada conduta à norma⁴⁸.

3.3 Teoria psicológico-normativa

Em que pese o conceito psicológico da culpabilidade tenha representado um avanço rumo a um juízo de imputação individualizado, como vimos, o mesmo não foi capaz de proporcionar explicações para hipóteses como da culpa inconsciente e de exculpação.

Seguindo, portanto, no caminho à individualização, o conceito de culpabilidade foi reformulado pela doutrina, sendo concebido como um estrato normativo da teoria do delito. Esta reformulação se deu em um contexto de inflexão ao método positivista, no qual despontou a orientação filosófica neokantista, que em linhas gerais, como bem pontuou Davi Tangerino, defendia que as coisas eram conhecidas pelo ser humano a partir de categorias de entendimento denominadas como formas *a priori* e que o conhecimento nada mais seria que a aplicação destas categorias à realidade sensível. As ciências humanas se diferenciariam das naturais não pelo objeto, mas sim pelo método de análise empregado. Ao Direito não caberia o emprego do perceber, mas sim da categoria do querer, na medida em que o Direito é uma ciência final, distinta das ciências naturais que seriam causais⁴⁹.

⁴⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 377.

⁴⁷ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 377-378.

⁴⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

⁴⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

Antes que a culpabilidade fosse reconhecida unicamente como um conceito normativo, momento em que o método positivista foi definitivamente superado, a doutrina experimentou a chamada teoria psicológico-normativa, que conceituava a culpabilidade como, ao mesmo tempo, uma relação psicológica entre o autor e o fato, e um juízo de reprovação ao autor desta relação⁵⁰.

Essa complexa conceituação da culpabilidade só foi possível a partir dos estudos de Reinhard Frank, que por ter adicionado um critério normativo ao conceito de culpabilidade é considerado o fundador de sua teoria normativa⁵¹. Esse, portanto, pode ser considerado um momento embrionário da teoria normativa pura, próxima etapa do caminho percorrido pelo conceito de culpabilidade rumo a um juízo individualizador.

Os estudos de Reinhard Frank partem da contestação de dois pilares da teoria psicológica, a saber, a delimitação conceitual da culpabilidade a partir dos conceitos de dolo e culpa, e, a sua definição como relação psíquica em relação a momentos extra-subjetivos⁵². Isso porque, para Frank se culpabilidade era a condução, consciente (dolo) ou negligente (culpa) de um resultado, seria impossível explicar os casos de estado de necessidade, pois nessas hipóteses fica evidente que o agente sabe o que faz⁵³.

Partindo desta análise, Frank conclui que a culpabilidade não é integrada apenas pela relação psíquica do agente com o resultado, mas sim por um triplo pressuposto, composto pela capacidade de imputabilidade, dolo ou imprudência, e, por fim, normalidade das circunstâncias concomitantes⁵⁴.

Não bastava que fosse verificado no indivíduo a imputabilidade (como normalidade mental), pois, ainda que fosse um dos pressupostos da reprovabilidade, era preciso que se verificassem os demais pressupostos. Dessa forma, era preciso também que se vislumbrasse uma concreta relação psíquica entre o autor e o fato, ou ao menos a possibilidade desta relação, o que estaria representado pelo dolo ou pela culpa (negligência). Por fim, era preciso, para se reprovar uma conduta, que as circunstâncias concomitantes fossem normais no caso concreto⁵⁵.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.604.

⁵¹ MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 15, v. 4, p. 19-36, 1966, p. 22.

⁵² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 62.

⁵³ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevidéu; Buenos Aires: Ed. B. de F., 2000, p. 33.

⁵⁴ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevidéu; Buenos Aires: Ed. B. de F., 2000, p. 37.

⁵⁵ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevidéu; Buenos Aires: Ed. B. de F., 2000, p. 41.

Segundo Frank, não caberia reprovar-se a conduta quando as circunstâncias concomitantes do caso concreto tenham se apresentado como um perigo para o agente ou terceiros, ou quando a ação proibida, se executada, salvaria vidas ⁵⁶.

Estes três elementos reunidos indicam a ideia de reprovabilidade, que ao ver de Frank, em essência seria culpabilidade. Um comportamento só poderia ser imputado a alguém quando fosse possível reprovar o aceite ao mesmo ⁵⁷.

Essa ideia de reprovabilidade traduz a essência da construção normativista do conceito de culpabilidade, pois, nada mais é que a realização de um juízo de valor sobre a conduta ⁵⁸, que ao ver de Nilo Batista, adquiriu, ao longo do tempo, um conteúdo eticizante, inadequado à separação entre Direito e Moral ⁵⁹.

Em que pese o conceito de reprovabilidade tenha adquirido essa característica, é de se ressaltar que Frank, ao lado de Goldschmidt e Hegler integravam a corrente normativa de seu tempo, em contraposição à corrente eticista, composta por Max Ernest Mayer e Alexandre Graf zu Dohna ⁶⁰.

Para a corrente eticista, o núcleo da culpabilidade é observado na contrariedade ao dever. Ernest Mayer entende que a culpabilidade está relacionada a uma vontade do autor contrária ao dever e que tem por consequência um resultado antijurídico ⁶¹. Mais precisamente:

[...] o que subsiste é o conceito de contrariedade ao dever. Unicamente a esse aspecto se refere o conteúdo da consciência do autor pertencente à culpabilidade. Contrariedade ao dever é o conceito para as relações do autor com o ato antijurídico que se contém na culpabilidade, enquanto que a antijuridicidade é o conceito sobre as relações do Estado com a cultura ⁶².

⁵⁶ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideu; Buenos Aires: Ed. B. de F., 2000, p. 41.

⁵⁷ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideu; Buenos Aires: Ed. B. de F., 2000, p. 39-40.

⁵⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

⁵⁹ BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.170.

⁶⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

⁶¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

⁶² MAYER, Max Ernest. *Derecho Penal: Parte General*. Traducción por Sergio Politoff Lipschitz. Montevideu; Buenos Aires: Editorial B de f., 2007, p. 292, tradução nossa. No original: “[...] lo que subsiste es el concepto de la contrariedad al deber. Únicamente a ese torso se refiere el contenido de conciencia del autor que pertenece a la culpabilidad. Contrariedad al deber es el concepto para las relaciones del autor con el hecho antijurídico que se contienen en la culpabilidad, mientras que la antijuridicidad es el concepto sobre las relaciones del Estado con la cultura.”

Hegler, atendendo à corrente normativista, entendia que “[...] para além da mera referência formal à antijuridicidade, a referência material do delito encontra-se na lesividade social [...]”⁶³.

Segundo a corrente normativista, James Goldschmidt entendia que a reprovabilidade se referia tão somente às normas jurídicas, que ao seu turno eram obedecidas (ou ao menos deveriam ser) em razão do conteúdo das normas de dever. O injusto para o referido autor não é só uma conduta sobre a qual recai um juízo jurídico de desvalor, mas também uma conduta exterior que contraria um imperativo jurídico⁶⁴. Essa reprovabilidade era verificada nas hipóteses em que a obediência à norma era exigível, de modo que a culpabilidade se revelaria no ato de não se motivar pela representação do dever, em que pese a exigibilidade⁶⁵. Assim, a desobediência à norma de dever fundamenta o elemento normativo da culpabilidade⁶⁶.

Dessa ideia de separação entre normas de dever (normas de conduta interna) e normas jurídicas (normas de conduta externa), e da verificação da relação umbilical havida entre ambas, em que uma fundamenta a obediência a outra, Goldschmidt constrói a ideia de inexigibilidade de conduta, pois, ao seu ver, era possível a violação de uma norma de dever sem que houvesse culpa, nas hipóteses em que fosse possível se invocar uma causa de desculpa, ou como conhecemos, uma causa de exculpação⁶⁷. Isso era possível, pois para o autor, o dolo era um pressuposto da culpabilidade⁶⁸. Segundo ele: “Ela [reprovação] é um ‘querer que não deve ser’. Em sentido estrito, até mesmo o ‘significado conhecido ou cognoscível’[dolo e culpa] da conduta antijurídica é apenas pressuposto e não elemento da motivação reprovável.”⁶⁹.

Embora a concepção de Frank e, posteriormente, as aprimorações de Goldschmidt tenham sido adotadas à época como opinião majoritária, sobretudo na Alemanha, Reinhart Maurach observou, em sua época, que restava uma questão discutível: os pressupostos para a inexigibilidade de uma conduta conforme a norma. O autor relembra que na Alemanha a

⁶³ COUSO SALAS, Jaime apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa dela culpabilidad*. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideú;Buenos Aires: Editorial B de f, 2002, p. 97.

⁶⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86.

⁶⁶ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 509.

⁶⁷ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 509.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.604.

⁶⁹ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa dela culpabilidad*. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideú;Buenos Aires: Editorial B de f., 2002, p. 105.

doutrina penal era uníssona em afirmar que além das hipóteses previstas em lei, à época, era necessário reconhecimento de um estado de necessidade extremo, chamado de supralegal⁷⁰.

Essa ideia se liga aos estudos de Berthold Freudenthal, para quem a inexigibilidade de conduta deveria ser tida como causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade. Essa ideia, desdobramento da noção de circunstâncias concomitantes de Frank, é aferível apenas no caso concreto, pois leva em consideração a capacidade de agir conforme a norma existente em cada indivíduo⁷¹.

Assim, quando o não cometimento do delito implicasse uma capacidade de resistência que normalmente não se exige de ninguém, significaria que faltou ao autor do fato o poder de agir distintamente, ou melhor, em conformidade com a norma⁷². Essa falta de poder inviabiliza a censura, tornando inexistente a culpa⁷³.

Pois, segundo o referido autor:

Não seria, acaso, o Direito o mínimo ético? Disso resulta difícil supor que afirmemos o reproche da culpabilidade e inflijamos as mais graves ingerências de índole criminal, contra aquele a quem, segundo as circunstâncias do ato, não podemos formular eticamente reprovação alguma por sua execução⁷⁴.

Para Freudenthal, a culpabilidade era a desaprovação do comportamento do autor nas hipóteses em que podia e devia comportar-se de forma diferente⁷⁵, pouco importando se seria identificada como reprovabilidade, contrariedade evitável ao dever jurídico ou como comportamento culpável meramente contrário ao dever, pois em todas essas formas o que se afirma é a desaprovação de que o autor se comportou de tal forma que poderia e deveria não ter se comportado⁷⁶.

As conclusões de Freudenthal, por partirem de uma perspectiva humana e social, foram incompatíveis com o avanço do nazismo, surgindo neste período teorias filiadas ao Direito

⁷⁰ MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 15, v. 4, p. 19-36, 1966, p.23.

⁷¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 64.

⁷² ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 510.

⁷³ FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el derecho penal*. Traducción y prólogo: José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2003, p.77.

⁷⁴ FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el derecho penal*. Traducción y prólogo: José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2003, p.99, tradução nossa. No original: “*No es, acaso, el Derecho el minimum ético? Resulta a la larga dificilmente soportable que afirmemos el reproche de la culpabilidad e inflijamos graves, incluso las más graves injerencia de índole criminal, contra aquel a quien, según las circunstancias del hecho, no podemos formular eticamente reproche alguno por su ejecución.*”

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 445.

⁷⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

Penal de autor. A de maior impacto foi de Edmund Mezger, autor da concepção de culpabilidade por condução de vida, aplicada a aqueles que normalmente comportavam-se de maneira distinta das normas morais, de modo que a reprovabilidade da conduta se encontraria relacionada menos ao poder atual de decisão conforme a norma e mais à trajetória de vida do indivíduo. Relacionada a essa concepção de culpabilidade estava a teoria da cegueira ou inimizade jurídica, formulada pelo referido autor, a partir da qual era possível a reprovação penal da conduta ilícita, ainda que o autor dela desconhecesse sua antijuridicidade, pois o dolo não exigia o conhecimento da ilicitude da conduta, mas apenas a verificação de que o autor agiu com inimizade ao direito, ação essa derivada de sua forma de condução de vida ou da sua falta de pertencimento à comunidade do povo.⁷⁷

⁷⁷ Edmund Mezger é um autor controverso, que ao longo de sua obra apresentou posicionamentos distintos em relação ao Direito Penal. Segundo Francisco Muñoz Conde, sua importância é inegável, em que pese tenha, ao fim e ao cabo, apresentado concepções que ampararam a formulação do Direito Penal alemão da época do nazismo, tal qual a ideia de culpabilidade pela condução de vida. No entanto, Mezger foi considerado no início de sua carreira acadêmica como um dos mais influentes penalistas, com importantes contribuições para a dogmática jurídico-penal. Mezger foi orientado por Ernest Beling e acrescentou uma dimensão material valorativa às formulações de seu mestre sobre a teoria do delito, que eram puramente sistemáticas. Essa contribuição se deu a partir da relação por ele traçada entre as diversas categorias da teoria do delito, cada qual, a determinados valores e princípios jurídicos. CONDE, Francisco Muñoz. As duas faces de Edmund Mezger. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013. Culpabilidade para Mezger neste momento era a culpabilidade pelo ato isolado, uma reprovação feita ao autor do fato antijurídico que podia atuar de maneira distinta. Assim, o pressuposto da culpabilidade era a imputabilidade. Curioso notar que Mezger em seu Tratado de Direito Penal rejeitava a ideia de uma culpabilidade pelo caráter, ou uma culpabilidade em si, em que a conduta delitiva fosse considerada um sintoma da culpabilidade. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de la 2. edición Alemana (1933) por José Arthuro Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 18 – 21. Contudo, com a ascensão do nazismo na Alemanha, Mezger passou a ter concepções do Direito Penal que em tudo se distanciaram das por ele apresentadas em seu Tratado, pois passaram a se adequar aos postulados ideológicos do regime nacional-socialista. Mezger, inclusive, foi membro da Comissão para Reforma do Direito Penal daquele momento. É neste contexto que se insere o citado conceito de culpabilidade por condução de vida, que serviu para fundamentar “[...] a culpabilidade de quem, ainda que no momento de cometer o delito não fosse culpável, era responsável pela forma com que tinha conduzido sua vida anteriormente [...]”. CONDE, Francisco Muñoz. As duas faces de Edmund Mezger. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013. Interessante notar, ainda, que Claus Roxin, ao tratar sobre culpa e responsabilidade, dispensa algumas críticas a essa abordagem da culpabilidade, afirmando que “[...] uma condução da vida culpada não é uma realização culpada do facto típico; e só esta é punível. Além disso, uma tal culpa na condução da vida, ao contrário do que acontece com o critério, aqui empregado, da permeabilidade ao apelo normativo da situação em que o facto é praticado, seria inapreensível no plano forense e extinguiria a eficácia do princípio da culpa, como instrumento limitador ao serviço da ideia de Estado de Direito, pois essa eficácia decorre precisamente da referência ao princípio da culpa ao facto típico.” ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p.538. Gustavo Junqueira, por sua vez, ao analisar a proposta de Mezger afirma que “A vantagem de tal aceção é que permite um estudo mais detalhado da vida e das circunstâncias do sujeito, ou seja, da compreensão do sujeito que está sendo julgado e, nesse ponto, é inegável que o discurso parece humanizante. Os atos imediatos e passionais passam a ter suas circunstâncias sopesadas e cotejadas com a conduta de vida do agente. A grande desvantagem anotada é a concessão de força absoluta ao Direito Penal do autor, que desvincula o agente do momento do fato para sancioná-lo de acordo com sua condução de vida, ou seja, com os atos anteriores que o levaram a se tornar o que é. Enfim, censura-se pelo que se é – e não mais pelo que se fez. Em um Estado Democrático de Direito, que prima pelo pluralismo, não se pode admitir a punição de alguém pelo seu modo de ser, mas apenas pelos atos incompatíveis com a vida social, e, no caso do Direito Penal, apenas pelas mais graves infrações aos interesses para a vida da comunidade, o que torna a proposta de Mezger absolutamente incompatível com um Direito Penal Democrático.” JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano

Em todo caso, ainda que Frank tenha se dedicado a imprimir um caráter normativo ao conceito de culpabilidade, certo é que não alcançou tal objetivo. Essa esperada normatização do conceito não condizia com a ideia de dolo como elemento constitutivo da culpabilidade. Isso porque, o dolo não é um juízo de valor, mas sim um fato psicológico. Nas palavras de Reinhart Maurach:

Faltou na teoria de FRANK o último passo no caminho para o conceito normativo de culpabilidade. Se se diz ‘a culpabilidade é uma censura’, faz-se um juízo de valoração em relação ao delinquente. [...] Há um bom provérbio alemão que diz ‘A culpabilidade não está na cabeça do delinquente, e sim na do juiz’. Isto significa que é o juiz quem dirige a censura ao delinquente. Ao contrário, o dolo, como fato psicológico, se encontra exclusivamente na cabeça do delinquente: é o vínculo mental entre malfeitor e seu delito. O dolo, por si só, não pode expressar um juízo; é objeto de um juízo negativo⁷⁸.

Acerca disso, cumpre ressaltar apenas que, na visão de Zaffaroni e Pierangeli, o conceito de dolo sustentado por Frank não era desvalorado, mas, sim, avalorado, o que teria permitido, posteriormente, a sua realocação dentro da teoria do tipo, sem, no entanto, retirar da culpabilidade normativa mais do que o necessário ⁷⁹.

3.4 Teoria normativa pura

O ápice da normatização do conceito de culpabilidade veio após a completa superação do modelo positivista. Contribuiu para tanto a concepção de ação final de Welzel, que permitiu a realocação do dolo e culpa na tipicidade, retirando do conceito de culpabilidade os resquícios de juízos subjetivos que fundamentaram as teorias antecedentes.

O conceito de ação final de Welzel é consequência direta de sua concepção de Direito, que, mais do que mera coerção, é a representação de valores, sendo essa a sua dimensão normativa ⁸⁰.

O distanciamento da mera coerção se explica pela visão do homem como ser dotado de responsabilidade. Segundo Welzel, enquanto a coerção instrumentaliza o indivíduo, “[...] a obrigação lhe impõe a responsabilidade pelo ordenamento dotado de sentido da sua vida,

Diniz. *Liberdade, culpabilidade e individualização da pena*. 2009. Tese (Doutorado Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 100.

⁷⁸ MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 15, v. 4, p. 19-36, 1966, p.24.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.605.

⁸⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

tornando-o com isso sujeito da organização da sua existência [...]”⁸¹, de modo que a força vinculante do Direito está no valor inerente a ele e não na efetividade de sua coerção.

A semente desta visão de Direito pode ser verificada a partir da crítica que o autor faz ao neokantismo, fundada no próprio pensamento de Kant. Davi Tangerino nos explica que Welzel entendia que as categorias *a priori* não eram subjetivas, tal qual descritas pelo neokantismo. Ou seja, não variavam de indivíduo para indivíduo. Eram, ao contrário, objetivas⁸². A consequência é que as ciências comungariam do mesmo objeto e método de análise, distanciando-se, apenas, no que concerne aos aspectos de interesse. Assim, as ciências da natureza teriam interesse pelos aspectos causais, ao passo que o Direito, se interessaria pela intencionalidade, ou como restou assentado, pela finalidade⁸³.

As ideias de Welzel eram de todo incompatíveis com a concepção de culpabilidade que imperava naquele momento, o que ensejou uma reestruturação da teoria do delito⁸⁴, realocando-se o dolo na tipicidade como um conceito não valorativo⁸⁵.

O dolo passa a ser contemplado não mais como *dolus malus*, abrangedor do conhecimento da antijuridicidade ou da antissocialidade do ato, passando a ser um conceito não valorativo, isto é, como uma vontade de realização de um fato. Os atributos da vontade, todavia, devem ser apreciados em outro momento analítico (a culpabilidade). Dolo seria, portanto, o saber e o querer da realização do tipo penal⁸⁶.

A partir disso, o conceito de culpabilidade foi completamente depurado dos elementos que lhes eram estranhos⁸⁷, de sorte que passou a ser unicamente a reprovação pessoal contra o autor que, podendo motivar-se conforme a norma, não se omitiu em seu comportamento antijurídico.

⁸¹ WELZEL, Hans apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

⁸² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

⁸³ MIR PUIG, Santiago apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: ICPC; Empório do Direito, 2017, p. 279.

⁸⁵ “El dolo en el sentido de la decisión de la acción y de la consciente finalidad dirigida hacia la realización de esta decisión no constituye el objeto de la culpabilidad: este dolo existe en toda acción final también en aquellos capaces de imputación, siempre y cuando este presente una acción (consciente de una finalidad) y no solamente un movimiento reflejo o algo semejante. Él es el decisivo elemento final dentro de la acción.” WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal: estudios sobre el sistema de derecho penal; causalidad y acción; Derecho penal y filosofía*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevide; Buenos Aires: Editorial B de f, 2003, p.70-71.

⁸⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.605.

É importante esclarecer que a reprovação, em princípio, não se direciona ao autor, mas sim a sua formação da vontade, na medida em que o autor poderia ter agido em conformidade com a norma, mas não o fez. Logo, a culpabilidade passa a ser entendida como uma qualidade específica de desvalor na vontade de ação ⁸⁸.

A capacidade de se determinar conforme a norma, no entanto, não deve ser analisada abstratamente, de modo que o indivíduo deve, necessariamente, ser capaz de comportar-se tal qual o ordenamento espera. Disso decorre que a culpabilidade, normativamente considerada, enseja que o indivíduo possua capacidade de imputação e capacidade de motivar-se conforme as normas, a partir da compreensão da juridicidade da conduta⁸⁹, sendo que seus elementos passam a ser, então, a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude⁹⁰ e a exigibilidade de comportamento conforme a norma ⁹¹.

No Brasil, essa concepção normativa pura de culpabilidade teve aceitação majoritária na doutrina, citando-se como exemplos contemporâneos as obras de Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Brandão e Miguel Reale Júnior.

Miguel Reale Júnior entende que culpabilidade “[...] consiste na reprovabilidade da vontade da ação, ou seja, na reprovação da opção realizada pelo agente.” ⁹² E conclui:

Desse modo há dois juízos com referência à norma, realizados segundo perspectivas diversas: o de *antijuridicidade*, realizado pelo juiz, visualizando a contrariedade ao dever; o de *culpabilidade*, que, sob a perspectiva das relações concretas entre o indivíduo e a norma, reprova o desvalor que animou e formou a vontade da ação, quando poderia o agente agir de modo conforme ao direito. Em resumo, a antijuridicidade é o desvalor da ação que contrariou o dever; a culpabilidade, um desvalor em consequência da não atualização de um poder que nada impedia que fosse exercido ⁹³.

⁸⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 65.

⁸⁹ “*Con esto la culpabilidad es un injusto específico, que se acopla a la acción como consecuencia de la decisión de valor con sentido de la voluntad a favor de lo injusto. Esa determinación del contenido no es otra cosa – como ya se vio – que la determinación de la capacidad de culpabilidad (legal) hacia la culpabilidad de la acción final individual. Capacidad de culpabilidad es la capacidad de la voluntad, de poder decidir razonablemente entre los valores.*” WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal: estudios sobre el sistema de derecho penal; causalidad y acción; Derecho penal y filosofía*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2004, p.73-74.

⁹⁰ Acerca da consciência da ilicitude, Maurach afirmava que ela apenas poderia ser exigida enquanto possibilidade, pois se acaso fosse exigida de forma real e atual, ou seja, concretamente, o elemento passaria a ter inegável carga psicológica, inadequada à nova formulação. MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 15, v. 4, p. 19-36, 1966, p.25.

⁹¹ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 510.

⁹² REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 147.

⁹³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 147.

Ao seu turno, Cláudio Brandão, identificando uma inspiração finalista no Código Penal brasileiro, a partir da verificação de que o dolo está localizado no tipo e não na culpabilidade⁹⁴, se filia à concepção normativa pura da culpabilidade, definindo esta como “[...] censura feita sobre alguém pela concorrência simultânea da imputabilidade, da exigibilidade de outra conduta e da consciência de antijuridicidade.”⁹⁵.

Bitencourt entende, de sua parte, que a ação pensada a partir de uma perspectiva final implica o reconhecimento de que o indivíduo pode prever, ainda que dentro de certas limitações, as possíveis consequências de suas condutas e, justamente em razão disso, pode propor-se a fins distintos, assim, orientando sua conduta em relação a estes fins⁹⁶.

Desta concepção final de ação, o referido autor enxerga a culpabilidade como predicado do crime, contrapondo-se ao posicionamento de Ariel Dotti⁹⁷. Segundo Bitencourt, a culpabilidade é “[...] o juízo de reprovação pessoal levantado contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como fez[...]”⁹⁸.

Seu posicionamento é melhor explicado através do excerto abaixo:

É preciso destacar, com efeito, que censurável é a conduta do agente, e significa característica negativa da ação do agente perante a ordem jurídica. E ‘juízo de censura’ – estritamente falando – é a avaliação que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável. Esta avaliação sim – juízo de censura – é feita pelo aplicador da lei, pelo julgador da ação; por essa razão se diz que está na cabeça do juiz. Por tudo isso, deve-se evitar o uso

⁹⁴ Para Cláudio Brandão a afirmação de que o dolo está localizado na tipicidade, e não na culpabilidade, em nosso ordenamento jurídico, é corroborada pelo teor do artigo 20 do Código Penal, que prevê a exclusão do dolo quando verificado erro quanto ao elemento constitutivo do tipo legal. BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACHELLI, Eugênio. (Coords). *Direito Penal Contemporâneo: Questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.

⁹⁵ BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACHELLI, Eugênio. (Coords). *Direito Penal Contemporâneo: Questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 207.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney. CORRÊA, Simone Prates Miranda. (Orgs). *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney. CORRÊA, Simone Prates Miranda. (Orgs). *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 87. Acerca disso, interessante o trecho em que Ariel Dotti, ao analisar as críticas feitas por Bitencourt afirma que “Apesar das longas observações apontadas pelo ilustre e sensível crítico – entre elas a de que também a ação típica e a antijuridicidade (*rectius*: ilicitude) são pressupostos da pena –, não têm elas o condão de rejeitar a mais simples das proposições que tenho defendido: o crime, visto como ação tipicamente ilícita, é um fenômeno distinto e separável da pena, cuja imposição depende dos pressupostos da imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, isto é, da culpabilidade.” DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.184.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney. CORRÊA, Simone Prates Miranda. (Orgs). *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86.

metafórico de juízo de censura como se fosse sinônimo de censurabilidade que, constituindo a essência da culpabilidade, continua um atributo do crime. Enfim, o juízo de censura está para a culpabilidade assim como o juízo de antijuridicidade está para a antijuridicidade. Mas ninguém afirma que a antijuridicidade está na cabeça do juiz ⁹⁹.

Em que pese a larga aceitação da referida teoria, a mesma não passou imune às críticas.

A principal crítica dirigida a esta teoria levou em consideração não só a sua estreita ligação entre Direito e moral, mas também o fato de que o livre-arbítrio, pedra angular desta conceituação, não pode ser demonstrado, seja abstrata ou concretamente ¹⁰⁰.

Ademais, segundo Juarez Cirino dos Santos, “[...] a redefinição de culpabilidade como reprovabilidade tem a natureza de uma definição formal, com a substituição de uma palavra por outra, sem explicar porque o sujeito é culpável ou porque o sujeito é reprovável.”¹⁰¹. E, para o mesmo autor, responder a estas indagações implica em mostrar a gênese do juízo de reprovação, que passa, necessariamente, pela definição material do conceito de culpabilidade, o que não foi feito pela teoria normativa pura ¹⁰².

3.5 Culpabilidade no funcionalismo

O período seguinte à concepção finalista trouxe diversas críticas a essa teoria e consequentes reformulações e reestruturações conceituais. As de maior destaque na doutrina são aquelas filiadas às concepções funcionalistas. Acerca disso Davi Tangerino propôs-se a tratar deste período a partir de um recorte dentre os autores funcionalistas que considerou três tendências distintas ¹⁰³. Assim, adotando-se essa perspectiva, as variações que se apresentam são: i) culpabilidade como limite à prevenção, ii) culpabilidade como infidelidade ao direito e, por fim, iii) culpabilidade como motivabilidade ¹⁰⁴.

⁹⁹ BITENCOURT, César Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney. CORRÊA, Simone Prates Miranda. (Orgs). *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 88.

¹⁰⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 66.

¹⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. rev. atual. e ampl., Florianópolis: ICPC, Empório do Direito, 2017, p. 279.

¹⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. rev. atual. e ampl., Florianópolis: ICPC, Empório do Direito, 2017, p. 280.

¹⁰³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95-115.

¹⁰⁴ Estas variações são também denominadas de modernas teorias da culpabilidade, como pode ser visto na Tese de Doutorado de Karyna Batista Sposato. SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 170-172.

3.5.1 Roxin e a culpabilidade como limite à prevenção

O conceito de culpabilidade apresentado por Roxin é fruto de uma redefinição da própria culpabilidade em relação às demais categorias do delito, sendo uma tentativa de superar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio, o que seria o cerne da crítica feita por ele à teoria normativa pura da culpabilidade. A estruturação dele também leva em consideração a relação existente entre culpabilidade e pena: se seria a culpa uma justificativa para a sanção. Outro componente interessante de seu pensamento, é o fato de que ele enxerga a dogmática e a política criminal de maneira convergente, pois entende que a dogmática precisa deixar-se permear pelo Direito Penal como instrumento da política criminal, voltado à prevenção delitiva.

Para Roxin, em que pese o conceito normativo de culpabilidade represente um grande progresso em relação ao conceito psicológico, justamente por indicar uma valoração ao fato, a reprovabilidade, no entanto, só abrangeria, de maneira incompleta, a valoração a ser feita, pois está orientada apenas em relação à culpa. Destarte, afirma o autor: “Esta valoração não diz respeito apenas à questão de saber se se pode fazer ao agente uma censura (de culpa), mas é, sim, um juízo sobre se ele, dos pontos de vista do direito penal, deve ser responsabilizado pelo seu comportamento.”¹⁰⁵.

Essas críticas se originam das evidentes diferenças existentes entre Welzel e Roxin, que podem ser resumidas da seguinte forma: para Welzel o Direito Penal se direcionava à conformação moral do indivíduo, sujeito racional, dotado de uma livre, responsável e moral autodeterminação, que o possibilita orientar-se conforme a norma, de modo que a pena funciona como retribuição à culpa. Roxin, todavia, entende que o Direito Penal tem por tarefa prevenir a prática de delitos, de modo que a pena está orientada às finalidades de prevenção. O livre arbítrio para ele era indemonstrável e não se apresentava como cerne da discussão sobre a culpabilidade¹⁰⁶.

Desta forma, Roxin propõe que o conceito normativo de culpa seja aperfeiçoado, tornando-se um conceito normativo de responsabilidade¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 511.

¹⁰⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 97.

¹⁰⁷ Segundo Davi Tangerino, essa formulação de responsabilidade corresponde à versão mais acabada dos estudos de Roxin, que encontrou críticas formuladas por Santiago Mir Puig, conforme será demonstrado ao final da exposição deste tópico. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102, nota de rodapé n.284.

A responsabilidade se apresenta na sistemática do crime observada pelo referido autor, como uma “[...] valoração que se segue à ilicitude e, em regra, desencadeia a punibilidade.”¹⁰⁸, sendo, portanto, uma valoração do ponto de vista da responsabilização jurídico penal do indivíduo, contrapondo-se à antijuridicidade, juízo este, voltado a um ato violador do ordenamento jurídico ¹⁰⁹.

Assim, tipicidade e antijuridicidade estão incumbidas da questão da adequação da conduta ao Direito, ao passo que a responsabilidade cuida da questão, do ponto de vista da política criminal, da necessidade da sanção penal aos casos em concreto ¹¹⁰.

A responsabilidade depende, portanto, de dois fatores para sua verificação em relação a um fato ilícito. São eles a culpa do agente e a necessidade preventiva da sanção penal endereçada ao caso em concreto ¹¹¹.

Considerando que a responsabilidade não se torna um puro juízo de valor apenas pelo fato de eliminar-se o dolo e a culpa e localizá-los, conseqüentemente, na tipicidade, é preciso que se esclareça a relação havida entre valoração e aquilo que se valoriza em um conceito normativo de responsabilidade. Para isso, é necessário que se distinga a base factual da responsabilidade do juízo de responsabilidade, “[...] entendendo-se a acção responsável como uma unidade constituída pela valoração e por aquilo que é valorado” ¹¹².

Assim, integram a base factual da responsabilidade, em sentido restrito, aquelas circunstâncias decisivas para a responsabilidade, elementos esses em parte objetivos e em parte subjetivos, tais como a constituição psíquica do agente, sua consciência real ou virtual, bem como a ausência de situações de exclusão da culpabilidade.

Roxin nos explica que:

Da base factual da responsabilidade em sentido lato faz parte também o ilícito típico, pois é pelo facto global que o agente é responsabilizado. Todos os elementos do ilícito são, portanto, indirectamente, critérios de culpa e de responsabilidade. A questão de saber se se localiza o dolo no tipo ou na culpa só decide, portanto, da pertença do dolo à base factual da responsabilidade em sentido lato ou em sentido restrito ¹¹³.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 503.

¹⁰⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

¹¹⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

¹¹¹ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 504.

¹¹² ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 511.

¹¹³ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 512.

É de se observar que Roxin entende que o termo responsabilidade indica, rigorosamente, apenas o predicado da valoração, em que pese seja comum que a base factual valorada seja incluída, a depender do contexto ¹¹⁴.

Importa a este trabalho, no entanto, que a distinção entre responsabilidade e culpabilidade concerne na admissão de que a reprovabilidade é uma condição necessária, mas não suficiente para a responsabilidade, pois ela – a reprovabilidade – prescinde da necessidade preventiva da sanção ¹¹⁵. Ou seja, a culpabilidade integra o conceito de responsabilidade, mas não o substitui.

O conceito de culpabilidade deve ser mantido, no entanto, seja porque há uma tradição terminológica, seja porque dogmaticamente a culpabilidade é, em diversos ordenamentos, a ponte necessária entre fundamentação e determinação da pena, seja, ainda, porque a sua manutenção possibilita uma distinção estratégica entre culpabilidade e prevenção, sendo aquela um pressuposto de uma responsabilidade configurada preventivamente ¹¹⁶.

Culpabilidade, então, será para Roxin, “[...] a realização do injusto, apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer.” ¹¹⁷ Este conceito apresenta um aspecto empírico, a capacidade de ser destinatário da norma, e outro normativo, que é a capacidade de orientar-se em razão do fato de ser destinatário das normas ¹¹⁸. O primeiro aspecto é tido por empírico, pois é possível a sua verificação, ao passo que o segundo se mostraria como uma consequência do primeiro, que não demandaria, em todo caso, aferição, bastando que o sujeito aja ou não conforme a norma, para que se tenha uma conclusão.

Estes dois aspectos se apresentam como uma espécie de resposta à indemonstrabilidade do livre arbítrio, que deixa de ser uma questão relevante. A formulação se insere numa lógica em que o indivíduo é tratado como se livre fosse, “[...] desde que exista uma capacidade de comando intacta e, com ela, a permeabilidade ao apelo normativo [...]”¹¹⁹.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 512.

¹¹⁵ MARTÍN, Adán Nieto. Culpabilidad y Constitución. *Derecho & Sociedad*, Lima, n. 32, p. 215-227, 2009 p.216. Disponível em <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17427/17707>>. Acesso em: 18/07/2018.

¹¹⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 174.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. In: GRECO, Luís. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (Orgs.). *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p. 138.

¹¹⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 525.

Roxin discorre acerca disso, nos explicando que o poder agir de modo diferente acaba sendo uma atribuição normativa de base sócio-psicológica, que parte da ideia comungada por todos de que os indivíduos, em tese, possuem liberdade de decisão ¹²⁰. Ocorre que essa regra do jogo social – assim por ele chamada – não é um fato comprovável, o que autoriza a doutrina a abstrair o seu questionamento, até mesmo porque seu “[...] valor para a coletividade é independente da solução do problema do livre arbítrio [...]” ¹²¹.

Essa perspectiva desloca a indagação que até então se fazia sobre o assunto. Deixa-se de questionar se o agir poderia ter sido outro. A verificação da culpabilidade passa a residir na idoneidade do indivíduo como destinatário de normas ¹²², de modo que a questão subjacente passa a ser se há interesse na responsabilização do agente pela conduta cometida, pois agora a censurabilidade – condição necessária, mas insuficiente, da responsabilidade como vimos anteriormente – está acrescida da necessidade preventiva da sanção ¹²³.

Para Roxin, este conceito de culpabilidade satisfaz as exigências de um Direito Penal incidente no mínimo indispensável demandado pela sociedade, que, em geral, espera que o seu semelhante se comporte conforme o Direito. A perturbação provocada pela violação às normas cessa com a reafirmação das mesmas. Contudo, existem casos em que a norma transigida não demanda reafirmação, posto que o agente violador não é destinatário da mensagem normativa. Nestes casos, não há expectativa social que tenha sido quebrada, de modo que a validade da norma se mantém intacta ¹²⁴.

¹²⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. In: GRECO, Luís. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (Orgs.). *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p.145-148.

¹²¹ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 525.

¹²² ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. In: GRECO, Luís. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (Orgs.). *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p.149. Essa idoneidade do indivíduo como destinatário da norma é entendida como a acessibilidade normativa do mesmo. Esta qualidade do indivíduo deve ser entendida, primeiramente, como referente ao sujeito concreto e individual, e não em relação a um modelo de indivíduo. Ademais, essa acessibilidade normativa deve ser verificada no momento da execução da ação que fundamenta a tentativa. Deve, outrossim, ser considerada em relação ao fato, para que não fundamente concepções de culpabilidade pela condução da vida. Por fim, refere-se a específica norma violada com a conduta, pois do contrário injusto e culpabilidade seriam incongruentes. HOYER, Andreas. Accesibilidad normativa como elemento de la culpabilidad. Traducción de Fernando Guanarteme Sanchez Lázaro. In: CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2013, p.330.

¹²³ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 511.

¹²⁴ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 528-529.

Acerca de um suposto caráter fictício da culpa, invocado por Kohlrausch¹²⁵, autor filiado à teoria psicológica da culpabilidade, Roxin adverte:

A culpa, pelo contrário, é uma suposição que assegura a liberdade, dirigida contra excessos da pena estadual. O princípio da culpa não agrava o cidadão (porque as necessidades preventivas se imporiam sempre, com total independência da sua vinculação à culpa), antes o protege. Na medida em que mantém a prossecução dos fins preventivos dentro dos limites do Estado de Direito, ele está, simultaneamente, ao serviço de uma política criminal racional¹²⁶.

Davi Tangerino nos aponta que, com essa conceituação, Roxin pretendeu satisfazer as inquietações de diversas correntes, fornecendo um pensamento que é capaz de reunir deterministas, indeterministas e agnósticos. Os elementos que compõe a sua conceituação podem ser analisados a partir das conjecturas próprias de cada corrente, como por exemplo, no caso dos que se amparam no livre arbítrio, que podem facilmente enxerga-lo suprimido nas hipóteses em que Roxin enxerga a incapacidade de reação ao estímulo normativo, ocorrendo de igual forma em relação às demais correntes¹²⁷.

Isso porque, nas palavras de Roxin:

Eis que a culpabilidade – quando se segue minha teoria –, é apenas um momento parcial em sede de uma responsabilidade mais ampla, há que se excluir, da mesma forma, a responsabilidade em quaisquer daquelas três visões: seja por falta de culpabilidade, seja por falta de necessidades preventivas da pena; a briga quanto à possibilidade, determinabilidade ou existência da culpabilidade não é decisiva no campo da fundamentação da pena¹²⁸.

Com isso, verifica-se outro importante componente do pensamento de Roxin: a relação existente entre culpabilidade e pena. Seria a culpabilidade um fundamento ou um limite à pena?

O referido autor observa que historicamente o conceito de culpabilidade cumpriu uma dupla função, que pelas distinções práticas que apresentam devem ser apreciadas separadamente.

A primeira função histórica da culpabilidade foi a de justificação ao fim retributivo da pena, de modo que ao autor do crime, quando culpável, recairia um mal compensatório por sua

¹²⁵ “Kohlrausch assemelhava a culpa ao dolo, negando que fossem forma diferentes de culpabilidade, mas constituíam simplesmente *contravenções culpáveis de diferentes classes de normas*.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 453.

¹²⁶ ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991, p. 530.

¹²⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

¹²⁸ ROXIN, Claus. apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

conduta, o que pressupõe, segundo Roxin, tratar-se de uma culpabilidade capaz de ser expiada. Essa função se apresentaria, portanto, negativa ao indivíduo, pois legitimaria um mal que seria infligido a ele ¹²⁹.

A segunda função histórica desempenhada pela culpabilidade era, ao contrário da primeira, positiva em relação ao indivíduo. Tratava-se de uma garantia, posto que seria a culpabilidade uma forma de limitação à sanção a ser imposta, “[...] uma barreira à faculdade de intervenção estatal, pois a medida da culpabilidade indica o limite superior da pena [...]”¹³⁰.

Ao ver de Roxin, esta segunda tarefa da culpabilidade representaria uma proteção ao indivíduo e impediria uma ingerência mais severa em sua esfera de liberdade individual, impedimento este fundado em razões puramente preventivas ¹³¹.

A partir disto, a proposta apresentada por Roxin é a do abandono de uma concepção bilateral de culpabilidade, amparada nesta dupla função, para se assumir um conceito unilateral de culpabilidade, que observasse, unicamente, uma função limitativa ao *ius puniendi*, sintetizado nos limites à sanção penal ¹³².

A tarefa de fundamentação da pena, concernente a uma finalidade puramente retributiva da sanção penal, apresenta, na visão de Roxin, impedimentos que passam desde a sua insustentabilidade científica, até a sua incompatibilidade democrática.

Do ponto de vista científico, a teoria da retribuição é insustentável na medida em que é empiricamente duvidosa a demonstração do seu fundamento. O poder agir de maneira diferente, pressuposto da culpabilidade na visão normativa pura, é duvidoso, e assim, indemonstrável. Dessa forma, na visão de Roxin, não poderia servir de fundamento a um mal, algo que sequer é concretamente demonstrável. Por outro lado, o caráter expiatório da culpabilidade como fundamento da pena, é de todo incompatível com os fundamentos da Democracia. Um mal, observa o autor, não pode ser anulado com a prática de outro mal. É “[...] uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé [...]” ¹³³. Considerando que nas democracias todo poder emana do povo, as decisões judiciais têm um fundamento unicamente racional, concernente na vontade dos cidadãos. Assim, “Esta vontade

¹²⁹ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973, p. 8.

¹³⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973, p. 8.

¹³¹ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973, p. 8.

¹³² ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973, p. 8.

¹³³ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973, p. 8-9.

pode ser orientada para fins da prevenção especial ou geral, mas não para a compensação da culpabilidade, a qual escapa ao poder humano [...]”¹³⁴.

As finalidades retributivas da pena seriam, ademais, danosas do ponto de vista da política criminal, pois não contemplariam a necessária correção das atitudes socialmente deficientes que levariam ao cometimento de delitos.

Roxin nos explica:

A execução da pena só pode ter êxito enquanto procure corrigir as atitudes sociais deficientes que levaram o condenado ao delito; ou seja, quando está estruturada como uma execução ressocializadora preventiva especial. Para isso, a ideia de retribuição não oferece, em troca, nenhum ponto de apoio teórico¹³⁵.

Logo, a missão do Direito Penal, na análise de Roxin, não consiste na retribuição da culpabilidade, mas, sim, na ressocialização e nas exigências da prevenção geral e, assim sendo, a culpabilidade se apresenta como um limite à pena, rompendo, por completo, com a tradição finalista que enxergava na pena um caráter puramente retributivo, posto que uma resposta a um comportamento culpável¹³⁶.

A concepção funcionalista apresentada por Roxin desloca o fundamento da pena, retirando-o da culpabilidade para a política criminal, entendida como sua necessidade preventiva. Com isso, a culpabilidade deixa de ser um atributo do autor ou de sua ação, como nas teorias antecedentes. Afinal, “Culpável é simplesmente quem poderia submeter-se às expectativas normativas e não o fez. Responsável é o culpável a quem a imposição de pena é funcional, isto é, atende às finalidades de prevenção geral positiva”¹³⁷.

Davi Tangerino nos explica que a prevenção, na concepção de Roxin, é geral já que direcionada à coletividade e não somente ao autor do fato. Mas, além de geral, é também positiva, pois não mais se funda na ideia de intimidação através da imposição de uma pena¹³⁸.

A partir disso, a estruturação do conceito de culpabilidade apresentada por Roxin se torna completa: sendo a culpabilidade um limite às sanções penais – orientadas, a seu turno, a objetivos preventivos, o que se explica pelo pressuposto político criminal de que o Direito Penal é funcionalmente orientado a fins preventivos –, ela deixa de ser um elemento autônomo e passa

¹³⁴ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973, p. 9.

¹³⁵ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973, p. 9.

¹³⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

¹³⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

¹³⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100, nota de rodapé nº 276.

a integrar um conceito mais abrangente, o da responsabilidade, entendida como um juízo de valoração feita ao sujeito que possa ser considerado penalmente responsável. Isso ocasiona uma mudança metodológica, formando um vínculo entre teoria do delito e teoria da pena ¹³⁹.

As principais críticas que foram endereçadas à estruturação de Roxin têm por cerne a questão da relação entre a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena, na medida em que a necessidade da pena é um “[...] fenômeno cientificamente incerto, o que debilitaria a culpabilidade enquanto garantia individual ante a pretensão punitiva estatal [...]” ¹⁴⁰.

Santiago Mir Puig observou uma antinomia das finalidades da pena, pois entende que a prevenção geral pode, no mais das vezes, ensejar medidas que se opõem ao próprio princípio da culpabilidade. A essa crítica, o próprio Roxin afirma que a prevenção não é capaz, sozinha, de limitar o *ius puniendi* ¹⁴¹.

Nesta direção, pondera que nenhuma necessidade preventiva por maior que seja pode justificar uma sanção que contradiga o princípio da culpabilidade. A necessidade preventiva opera com uma proteção adicional frente à intervenção do Direito Penal, pois restringe a possibilidade de punição da conduta culpável mediante a exigência de que a mesma seja preventivamente imprescindível ¹⁴².

Com isso, percebe-se que a justa medida da estruturação anteriormente apresentada enseja a utilização casada do princípio da prevenção com o próprio princípio da culpabilidade, na medida em que o primeiro, orientado à utilidade, encontra ponderação no segundo ¹⁴³.

Ademais, é possível verificar, dentre os próprios funcionalistas, críticas endereçadas à concepção de Roxin.

Bernard Schünemann, ao rechaçar o determinismo, demonstrando a insuficiência de suas bases lógicas, pretendeu um resgate da base ontológica para o próprio indeterminismo ¹⁴⁴. Em que pese concorde com Roxin acerca de necessidade de justapor à culpabilidade a necessidade preventiva da pena, entende que as considerações de prevenção geral fundamentam

¹³⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 67.

¹⁴⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 68.

¹⁴¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102-103.

¹⁴² SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 173-174.

¹⁴³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

¹⁴⁴ BUSATO, Paulo Cesar. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 45-87, set./dez., 2011, p. 80. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94>. Acesso em: 10/09/2018.

apenas a utilidade racional-finalista, mas não fundamentam a justificação racional-valorativa da pena. Desse modo, a aplicação da pena, em um Estado Democrático de Direito enseja não só a verificação de sua utilidade racional-finalista, mas também a verificação de sua legitimação, de modo que nela se reconheça uma medida aceitável e justa ¹⁴⁵.

Especificamente em relação às causas de exclusão da culpabilidade, Schünemann, ao analisar as proposições de Frister, para quem seria necessário situar o critério da exigibilidade no mesmo princípio da exculpação, afirma que:

Estou plenamente de acordo com o pensamento básico de Frister, de que a culpabilidade não deve ser concebida como uma imputação condicionada por interesses, mas sim como o resultado de uma valoração da estrutura psíquica do comportamento em questão. Sem embargo, para realizar tal valoração não considero correto, o que me diferencia de Frister, recorrer a regras prepositivas de imputação moral, mas sim a um conceito essencialmente empírico como é o da evitabilidade ¹⁴⁶.

Hassemer alerta que a função limitadora do princípio da culpabilidade foi colocada em risco com as teorias da culpabilidade que a entendiam a partir das possibilidades oriundas da intervenção estatal motivada pela prevenção especial e geral ¹⁴⁷.

Contudo, defende a necessidade de legitimação da pena como forma de atribuir a ela um caráter de justa medida, verificando no Direito Penal um aspecto formalizador, que pode ser entendido como limites garantistas, os quais, por sua vez, não poderiam ser abdicados em razão do controle social ¹⁴⁸.

Nas causas de exculpação o legislador penal tipificou uma série de situações, nas quais não se admite a imputação subjetiva de um ato ilícito. Para este, marcou-se limites de inculpação, que correspondem aos critérios de responsabilidade justa por um ato ilícito em um ordenamento jurídico-penal cauteloso e prudente. O caráter histórico destes critérios, enriquecidos em seu significado pelas mudanças na legislação penal e pelas discussões que suscitadas pela teoria e pela práxis, mostra que eles não são indícios negativos

¹⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernard apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

¹⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernard. La culpabilidad: Estado de la cuestión. Traducción de David Felip I Saborit y Ramon Ragués I Vallés. In: Universidad Pompeu Fabra (org.). *Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario em la Universidad Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000, p.127, tradução nossa. No original: “*Estoy plenamente de acuerdo con el planteamiento básico de Frister de que la culpabilidad no ha de concebirse como una imputación condicionada por intereses, sino sólo como el resultado de una valoración de la estructura psíquica del comportamiento em cuestión. Sin embargo, para reañizar dicha valoración no considero correcto, a diferencia de Frister, recurrir a reglas prepositivas de imputación moral, sino a un concepto esencialmente empírico como es el de la evitabilidad.*”

¹⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 102.

¹⁴⁸ HASSEMER, Winfried apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

da liberdade de ação e da reprovação da culpabilidade, mas sim que supõem limites à criminalização em um Direito Penal humano ¹⁴⁹.

Hassemer, assim, demonstra que aplica ao Direito Penal os efeitos do princípio da proporcionalidade, de modo que sua concretude será retirada do próprio princípio da culpabilidade ¹⁵⁰.

3.5.2 Jakobs e a culpabilidade como infidelidade ao direito

A concepção de culpabilidade ¹⁵¹ apresentada por Jakobs parte de uma interessante indagação: a punição se apresenta como reação a uma culpabilidade limitada pelas necessidades preventivas, ou a punição se funda em uma necessidade preventiva limitada pela culpabilidade?

¹⁵²

Percebe-se que a segunda opção apresentada pelo questionamento acima é a seguida por Roxin. Jakobs, no entanto, dela discorda, embora também se filie à ideia de prevenção. Segundo ele, a linha adotada por Roxin padece de grave contradição em relação à fundamentação da pena, pois, estando ela fundamentada na culpabilidade, poderá se mostrar aquém da necessidade preventiva, justamente porque esta última encontra limites na própria culpabilidade. Mas, estando fundamentada na necessidade preventiva, poderá se mostrar além dos limites da culpabilidade, de modo que, seja em uma ou outra hipótese, haveria desproporção da pena a ser aplicada.

¹⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 116, tradução nossa. No original: “*En las causas de exculpación el legislador penal ha tipificado una serie de situaciones, en las cuales no quiere admitir la imputación subjetiva de un hecho ilícito. Para ello ha marcado unos límites de inculpação, que corresponden a los criterios de responsabilidad justa por un hecho ilícito en un orden jurídico-penal cuidadoso y prudente. El carácter histórico de estos criterios, enriquecidos en su significado por la legislación penal cambiante y por las discusiones que tienen lugar en la teoría y en la praxis, muestra que ellos no son indicios – negativos - de la libertad de acción y del reproche de culpabilidad, sino que suponen límites de criminalización en un derecho penal humano.*”

¹⁵⁰ COUSO SALAS, Jaime apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

¹⁵¹ As raízes de seu pensamento podem ser encontradas no pensamento de Gimbernat Ordeig, como bem pontua Davi Tangerino. Ordeig, também vinculado à doutrina da prevenção geral positiva, se distancia de Roxin na medida em que propõe que se abdique da culpabilidade e adote-se em seu lugar apenas as necessidades preventivas, sendo essa, na visão do referido autor, a única função da sanção penal. Assim, ele atrela a pena à prevenção, atribuindo ao Direito Penal um papel conformador dentro da sociedade. É perceptível que este pensamento guarda similitude com algo que o próprio Welzel já havia proposto, que é atribuir ao Direito Penal a tarefa de moldar a sociedade a partir dos valores morais nele contidos. De se destacar, no entanto, que diferentemente de Ordeig, Jakobs não propõe o abandono do conceito de culpabilidade. Ao contrário, o mantém e apresenta uma estrutura filiada baseada nas necessidades preventivas. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106-107.

¹⁵² JAKOBS, Günther apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

Mais do que desproporção, a pena se mostraria ilegítima no entender de Jakobs, seja por não respeitar o princípio da culpabilidade, seja por ser inadequada à consecução de seus fins ¹⁵³.

Para melhor entender a dimensão da estrutura por ele apresentada é importante observar que seu pensamento guarda estreita ligação com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann ¹⁵⁴, a qual tem por noção central a ideia de sistemas sociais que operam fechados, pelo que criam seu próprio limite de operação, e apenas assim conseguem responder à causalidade externa, denominada de ambiente ¹⁵⁵.

Os limites deste trabalho impedem a exposição aprofundada acerca da referida teoria. Contudo, é válido destacar que a ideia de sentido e natureza, que a seguir será destrinchada, é colhida nesta teoria por Jakobs, oriunda da observação de Luhmann de que as operações autopoieticas têm por fruto a comunicação, que seria, assim, limite da sociedade, ao passo que sentido seria, ao seu turno, o limite entre sistema e entorno ¹⁵⁶.

Com base nesta teoria, Jakobs entende que o sistema jurídico é um sistema parcial inserido no sistema sociedade. A sociedade, por sua vez, é constituída por normas, que nada mais são do que regras que conformam a identidade social. Da existência delas é possível extrair expectativas em relação aos demais indivíduos, no sentido de que se comportarão conforme as normas.

Essa expectativa de lealdade à norma é didaticamente explicada por Paulo Busato da seguinte maneira:

Ele [Jakobs] entende que as condições próprias da sociedade moderna fazem com que a vida de interpelação ocorra somente regida por papéis ou rôis cumpridos por cada uma das partes envolvidas. Estes rôis permitem apenas uma relativa liberdade de atuação. Uma liberdade condicionada pelas fronteiras determinadas pelas normas próprias destes rôis, que são o que garante a própria existência deste espaço de liberdade, derivado da condição de cidadão.

¹⁵³ JAKOBS, Günther apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

¹⁵⁴ PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugenioacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

¹⁵⁵ MELO JÚNIOR, Luiz Cláudio Moreira. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 28, n. 3, Brasília, p. 715-719, set./dez. 2013, 716. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300013>. Acesso em: 21/10/2018.

¹⁵⁶ MELO JÚNIOR, Luiz Cláudio Moreira. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 28, n. 3, Brasília, p. 715-719, set./dez. 2013, p.717. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300013>. Acesso em: 21/10/2018.

Assim, de modo circular, o dever de fidelidade à norma seria um dever que derivaria da necessidade de garantir a própria existência das regras que delimitam o espaço de liberdade ¹⁵⁷.

A falta de lealdade à norma gera, ao seu turno, não só um dano individual, mas sobretudo uma frustração que causa desestabilização da teia comunicativa ¹⁵⁸.

Essa desestabilização é explicada pelo fato de que a norma jurídica é, na visão de Jakobs, uma norma social, ao lado da qual também se situam as regras naturais (ou também conhecidas como normas do entorno social). As regras naturais possuem autoimposição, diferentemente das normas sociais, que necessitam, ante sua fragilidade, que sejam estabilizadas por mecanismos externos a elas ¹⁵⁹.

Essa necessidade de estabilização é atendida pela imposição de uma pena, que se apresenta, portanto, não só, como resposta à ofensa à norma, mas sobretudo como um instrumento de manutenção da identidade social, que confirma o conteúdo e a validade das normas sociais.

Segundo Jakobs, ao se reafirmar uma norma – elemento constituinte da sociedade e dos próprios indivíduos – reafirma-se a própria constituição social ¹⁶⁰.

E neste cenário, a culpabilidade se apresenta unicamente como infidelidade ao Direito. Uma espécie de defeito de vontade, que decorre da ausência de motivação suficiente de evitar infrações ¹⁶¹.

Esse defeito de vontade, no entanto, verifica-se dentro da distinção entre defeitos cognitivos e defeitos volitivos. Segundo Jakobs, “[...] para cumprir a norma necessita-se, por um lado, de um motivo para respeitá-la e, por outro, a capacidade psíquica de encontrar e acatar a norma em questão.” ¹⁶². Assim, a ocorrência de um defeito cognitivo é capaz de exonerar a culpabilidade, ao passo que a presença de um defeito volitivo agrava a responsabilidade ¹⁶³.

¹⁵⁷ BUSATO, Paulo Cesar. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 45-87, set./dez. 2011, p. 65. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94>. Acesso em: 10/09/2018.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

¹⁵⁹ PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

¹⁶⁰ JAKOBS, Günther apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

¹⁶¹ PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

¹⁶² JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

¹⁶³ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17.

Não só a valoração acerca de se há culpabilidade, mas também sua medida, determinam-se no âmbito dos conhecimentos de maneira inversa de como sucedem-se no âmbito da vontade; quanto menor seja a vontade do sujeito de ter em conta a norma, isto é, quanto maior e mais obstinada seja a infidelidade à norma da atitude que seu comportamento denota, mais grave será sua culpabilidade, e é menos grave se a infidelidade à norma parece bem mais como um passo em falso atípico. Entretanto, quanto maior seja a distância que separa um sujeito dos conhecimentos necessários, menor será sua culpabilidade, e quanto maior seja a possibilidade de superar o desconhecimento, maior será sua culpabilidade ¹⁶⁴.

Todavia, é importante destacar que esse defeito de vontade não é identificado a partir de um critério psicológico, mas, sim, a partir do papel desempenhado pelo cidadão fiel ao Direito, de modo que a culpabilidade é verificada com base em um padrão tido pelo autor como objetivo ¹⁶⁵.

As bases que até aqui foram expostas, delineiam a concepção de culpabilidade esposada por Jakobs, permitindo concluir que a mesma deriva da prevenção geral (entendida como a afirmação da validade da norma), fundamentando e limitando a pena.

Segundo Davi Tangerino, essa concepção apresenta uma formulação do delito que considera como elementos, a lesão a um determinado bem jurídico, a violação a uma norma, e, a própria pena ¹⁶⁶. A lesão seria justamente a violação da norma, que demandaria, por sua vez, a aplicação de uma pena.

A estrutura do pensamento de Jakobs não se encerra na conceituação de culpabilidade, influenciando, também, sua visão das causas de exclusão da mesma. Aqui, o essencial é entender a distinção traçada pelo autor entre mundo exterior e sociedade, do qual se retiram conceitos importantes. Esta distinção confere a separação do que venha a ser sentido daquilo que venha a ser natureza, pois a conduta do indivíduo, no campo da comunicação, ou será relevante, havendo, assim, sentido, ou não será, pelo que se manterá no campo da natureza ¹⁶⁷.

Mantendo-se fiel às bases que assentam seu pensamento, Jakobs afirma que o que se entende por sentido é determinado funcionalmente, sendo essa a tese central de um conceito funcional de culpabilidade, pois não haveria como, em todos os âmbitos da sociedade, manter-se um mesmo significado para sentido. O exemplo utilizado por Jakobs é o de que um pedagogo,

¹⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17.

¹⁶⁵ PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

¹⁶⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma y Persona en una teoria de um Derecho Penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 60.

que pode ver sentido no ato de uma criança, em que pese penalmente este ato mantenha-se no campo natural ¹⁶⁸.

Levando a questão para o campo da compreensão normativa, o indivíduo deixa de ser meramente um sujeito em busca de maximizar sua satisfação, para ser considerado normativamente como pessoa, ou especificamente, pessoa em Direito, detentora de direitos e deveres. Para Jakobs, pessoa é, então, o destino das expectativas normativas, a titular de deveres, que dirige, também, expectativas normativas a outra pessoa, sendo um conceito, portanto, oriundo de uma construção social ¹⁶⁹.

Em sua obra *Sociedad, Norma y Persona e una teoría de un Derecho penal funcional*, ao tratar do conceito funcional de culpabilidade, Jakobs nos apresenta a seguinte conclusão:

[...] o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas sim na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor do fato como a vítima, como o juiz) e esta condição não as atribui um sentimento individual, mas sim a sociedade. A principal condição para uma sociedade que respeite a liberdade de ação é a personalização dos sujeitos. Não afirmo que deva ser assim, mas sim que assim o é. O conceito funcional de culpabilidade é necessariamente descritivo, precisamente na medida em que a sociedade se encontre determinada. Provavelmente, essa descrição neutra, esta exclusão da utopia, é o mais chocante, na prática, de toda a teoria funcional ¹⁷⁰.

Com base nisso, especificamente com base na distinção entre sentido e natureza, Jakobs fundamenta a inimputabilidade e as demais causas de exclusão da culpabilidade, de modo que será o conceito de culpabilidade, para o Direito Penal, o que separará o sentido da natureza.

¹⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma y Persona em uma teoria de um Derecho Penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 60.

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther apud PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

¹⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma y Persona em uma teoria de um Derecho Penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 67, tradução nossa. No original: “[...] *el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es la personalización de los sujetos. No trato de afirmar que deba ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es pro necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopia, es lo más chocante en la práctica de toda la teoría funcional.*” Também atrelando a culpabilidade ao processo comunicativo, está Kindhäuser, para quem a culpabilidade material é um déficit de lealdade comunicativa, sendo o Direito um produto da autonomia comunicativa dos cidadãos em uma democracia. A infração, nesse sentido, seria uma lesão à autonomia dos demais. A reprovação recai sobre o ato comunicativo de negação da norma proibitiva. KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICHÍ R., Juan Pablo. *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, p. 95-104.

Assim, sendo a pessoa (na acepção jurídico-penal) o indivíduo destinatário de expectativas normativas, de certo que seus atos são dotados de sentido. Sendo, ao seu turno, a culpabilidade entendida como infidelidade ao Direito e atuando como linha divisória entre sentido e natureza, tem-se que, para Jakobs, o culpável é a pessoa em Direito, pois apenas ela é capaz de condutas dotadas de sentido. A não pessoa em Direito, está localizado no plano da natureza, pois seus atos não são dotados de sentido, pelo que não se verifica a culpabilidade. Trata-se, pois, do inimputável ¹⁷¹.

Quem não tem capacidade de culpabilidade não participa da produção comum de sentido. Seu comportamento defraudador consiste, *prima facie*, a uma expectativa normativa, mas uma observação mais atenta mostra que não se produziu uma contradição competente da norma, mas apenas um fato da natureza, carente de sentido. Isto não significa que um enfermo psíquico ou uma criança sejam considerados apenas natureza a partir de todos os pontos de vista, mas a respeito da falta de competência para emitir modelos de um mundo social certamente que o são ¹⁷².

No que concerne ao erro de proibição, Jakobs parte do pressuposto de que há uma distinção entre desconhecimento do Direito e rejeição do fundamento de vigência da norma (ou como exposto acima, defeitos cognitivos e defeitos volitivos). O primeiro, é inevitável, na medida que se situa na mera ignorância, e parte de um indivíduo que atua como cidadão fiel ao Direito e, em razão disso, o desrespeito á norma é algo que pelo seu próprio interesse ele busca evitar. Assim, a pena é desnecessária ¹⁷³.

Nesta hipótese, a conduta do indivíduo não enseja uma punição, pois não se distanciou do padrão de fidelidade tomado por aquele cidadão, não sendo possível verificar uma rejeição ao fundamento de vigência da norma contrariada. Aqui o sentido do comportamento é correto e não interpretado negativamente no plano da comunicação.

¹⁷¹ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Civitas, 2004, p. 75-97.

¹⁷² JAKOBS, Günther. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*. In: GOMES-JARA DIEZ, Carlos. (Coord.). *Teoría de Sistema y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gomes-Jara Díez. Granada: Comares, 2005, p. 192-193, tradução nossa. No original: “*Quién no tiene capacidad de culpabilidad, no toma parte em la producción común de sentido. Su comportamiento defraudador concierne, a lo sumo prima facie, a una expectativa normativa, pero una mirada más atenta muestra que no se produjo una contradicción competente de la norma, sino que sucedió un hecho de la naturaleza, precisamente carente de sentido. Esto no significa que un enfermo psíquico o un niño sean desde punto de vista tan sólo naturaleza, pero al respecto de la falta de competencia para emitir esbozos de un mundo social así que lo son*”

¹⁷³ JAKOBS, Günther. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*. In: GOMES-JARA DIEZ, Carlos. (Coord.). *Teoría de Sistema y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gomes-Jara Díez. Granada: Comares, 2005, p.193.

Distintamente é observado quando há rejeição ao fundamento de vigência da norma, pois nesta hipótese o sentido do comportamento é interpretado no plano da comunicação de forma negativa e distancia o indivíduo de seu papel de cidadão fiel ao Direito ¹⁷⁴.

No mesmo sentido se situam as hipóteses de inexigibilidade, as quais na visão de Jakobs, não são capazes de indicar infidelidade ao Direito por parte do autor da conduta, já que não são interpretadas como negativas no campo da comunicação, ou seja, não são lidas como ataques ao modelo de sociedade vigente, pelo que é retirado todo o sentido das mesmas, carecendo, assim, a culpabilidade ¹⁷⁵.

Uma das principais críticas direcionadas a Jakobs é a de que ele teria concebido uma teoria que pretende estabilizar normas que, no entanto, não são, necessariamente, garantidoras de liberdade do indivíduo, lidas por alguns como atemorizantes. Essa crítica foi identificada e rebatida pelo autor em sua obra *Sociedad, Norma y Persona e una teoría de un Derecho penal funcional* ¹⁷⁶. Jakobs afirma que a perspectiva por ele apresentada é neutra. O Direito Penal como conformador do sistema social, visa a garantir uma determinada configuração social, que emana expectativas singulares. Dessa forma, as expectativas do Direito Penal e as expectativas da sociedade devem, necessariamente, serem convergentes, de modo que a culpabilidade só poderá ser definida a partir dos estritos limites do que a sociedade é capaz, ou não, de assimilar sem uma reação formal. ¹⁷⁷

Para Jakobs, a decisão de adotar-se um Direito Penal excessivamente repressivo é uma decisão estritamente política e não jurídico-penal, de modo que o Direito Penal apenas representaria a configuração – libertária ou não – da sociedade que o gerou ¹⁷⁸.

Em que pese a defesa empreendida pelo próprio Jakobs, sua teoria permanece alvo de algumas críticas que, tal qual as respondidas pelo autor em sua obra, partem da premissa que essa concepção de culpabilidade funcional teria instrumentalizado o indivíduo.

¹⁷⁴ PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

¹⁷⁵ PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma y Persona em uma teoria de un Derecho Penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 11-12.

¹⁷⁷ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madri: Civitas, 2004, p. 77.

¹⁷⁸ PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

Paulo César Busato assinala que a concepção de Jakobs parte da insustentável premissa de que todos são igualmente motiváveis pela norma. Além disso, para Busato, Jakobs abandona a dimensão humana ao conceber a culpa a partir de uma perspectiva funcionalista que submete o indivíduo ao império do paradigma normativo ¹⁷⁹.

Ao seu turno, Bitencourt entende que o funcionalismo exacerbado de Jakobs esvazia o conceito material da culpabilidade, pois perde-se referenciais valorativos estáveis e passíveis de serem tangenciados. Observa, ainda, que o conceito trazido por Jakobs padece de extrema formalização, abrindo portas para a instrumentalização do indivíduo face às expectativas sociais, que são, ao seu turno, difíceis de controlar e de se limitar a partir de critérios racionais ¹⁸⁰.

Por fim, também pode-se citar as críticas formuladas por Mercedes Pérez Manzano, que as divide em, ao menos, três frentes. A primeira diz sobre o excessivo formalismo observado na teoria de Jakobs. Esse excessivo formalismo, também observado em Luhmann e sua teoria dos sistemas, em Jakobs é observada no fato de que, aqui, o conceito de culpabilidade carece de substrato real, na medida em que se desconhece o que seria necessário para a estabilização da validade da norma. Sendo este um conceito vago, não poderia a culpabilidade limitar a pena. A segunda crítica lançada diz respeito ao conservadorismo inerente à concepção de Jakobs que, na visão de Pérez Manzano, tem raízes na própria base sistêmica em que se apoia a referida teoria, na medida em que nela se busca alternativas que permitam assimilar o conflito gerado pela violação da norma. Para que isso pudesse ocorrer sem maiores implicações, seria necessário que houvesse um certo consenso sobre o sistema penal. A terceira frente, por fim, ampara-se na crítica apresentada por Baratta¹⁸¹, que vê na prevenção geral positiva uma justificativa para o fenômeno da cifra negra, na medida em que a confiança no ordenamento só seria abalada acaso o delito fosse levado ao conhecimento de todos. Restando ele oculto, ainda que praticado, não se produziria, para a visão prevencionista geral positiva, qualquer abalo, de

¹⁷⁹ BUSATO, Paulo Cesar. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. Revista *Liberdades*, São Paulo n. 8, p. 45-87, set./dez., 2011, p. 80. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94>. Acesso em: 10/09/2018.

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 469.

¹⁸¹ BARATTA, Alessandro apud PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención*: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1989, p. 172.

modo que uma das alternativas possíveis para a solução de conflitos oriundos da violação de normas seria a ocultação dos mesmos.¹⁸²

3.5.3 Muñoz Conde e a culpabilidade como motivabilidade

Segundo nos ensina Davi Tangerino, a conceituação de culpabilidade apresentada por Muñoz Conde teve dois passos iniciais. O primeiro, foi o de deslocar o conceito de livre-arbítrio do fundamento da culpabilidade e realocá-lo no campo da ação humana. Já o segundo passo foi o de negar qualquer juízo de necessidade político-criminal da pena ¹⁸³. Com isso, a análise de Muñoz Conde culminou em uma nova perspectiva acerca da culpabilidade, que considerou, no lugar do poder agir de outro modo, a capacidade do indivíduo de reagir perante as expectativas normativas.

Para o referido autor, a concepção normativa pura da culpabilidade é cientificamente insustentável, porque fundada em bases racionalmente indemonstráveis, já que a capacidade de agir distintamente de como se agiu é impossível de ser demonstrada, uma vez que é impossível que se reconstruam e, portanto, se repitam todas as circunstâncias presentes no momento do cometimento do fato, de modo que tal capacidade – o poder agir de outro modo – só é entendida em uma perspectiva puramente vivencial ou fenomenológica, resultando das máximas de experiência e observação ¹⁸⁴.

O referido autor reconhece que existe uma capacidade de eleição dentre as diversas opções que se apresentam no atuar humano, social e juridicamente relevante. Contudo, “[...] entre as várias opções possíveis, sempre se pode eleger, mas não se sabe quais as razões que impulsionam a escolha entre uma e outra opção.” ¹⁸⁵.

De todo isso se deduz que a possibilidade de atuar de um modo distinto é um pressuposto da relevância jurídica do comportamento humano, inclusive do conceito mesmo de ação, mas não é fundamento material, exclusivo e único, da culpabilidade. Em realidade, esta categoria do delito, como culminação de toda a elaboração conceitual que, [...] permite a aplicação de uma pena,

¹⁸² PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1989, p. 168-178.

¹⁸³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.110.

¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 351.

¹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 351.

assume, por sua vez, outros elementos subjetivos que já foram tratados nas categorias anteriores ¹⁸⁶.

No entanto, o reconhecimento da insustentabilidade do conceito normativo puro da culpabilidade não significa, no pensamento de Muñoz Conde, uma renúncia ao mesmo como categoria jurídico-penal, mas, antes, demonstra a necessidade de encontrar-se um fundamento distinto, tarefa que parte do abandono da concepção que enxerga a culpabilidade como um fenômeno individual, isolado, que apenas afeta ao autor do fato típico e antijurídico.

Nesta estrutura, a culpabilidade não diz respeito unicamente ao indivíduo, mas sim aos demais, de modo que é entendida como um fenômeno social. “Não é uma qualidade da ação, mas sim uma característica que se atribui a alguém como forma de reconhecê-lo enquanto autor do fato e de fazê-lo responder por tal característica [...]” ¹⁸⁷. Dessa forma, é a sociedade, a partir do seu Estado representante, quem define os limites do que é culpável ou não, do que decorre que a culpabilidade possui um fundamento social, não sendo, portanto, uma categoria abstrata e a-histórica.

Igualmente, não seria a culpabilidade contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas sim, na visão de Muñoz Conde, o ponto de chegada de um processo de elaboração conceitual destinado a explicar porque e para que, em um determinado momento histórico, se recorre à pena, e assim, em que medida ela deve ser utilizada ¹⁸⁸.

Assim, não haveria que se falar em necessidades preventivas junto à culpabilidade, pois esta deveria conter em si as preocupações preventivas, próprias de um Direito Penal orientado à proteção de bens jurídicos. O momento de aferição da necessidade preventiva, se dá na tensão surgida entre “[...] a pena necessária à reafirmação da norma frustrada e aquela justa, nos limites do Estado Democrático de Direito [...]” ¹⁸⁹.

Segundo o autor:

Em um Estado social e democrático de Direito, o Estado deve ter condições de demonstrar porque faz uso da pena e a que pessoas a aplica, isso, sempre, para proteger de modo eficaz e racional a sociedade que, se não é plenamente

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 352, tradução livre. No original: “*De todo ello se deduce que la posibilidad de actuar de un modo distinto es un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, incluso del concepto de acción misma, pero no el fundamento material, exclusivo y único, de la culpabilidad. En realidad, esta categoría del delito, como culminación de toda la elaboración conceptual que, [...] permite la aplicación de una pena, asume a su vez otros elementos subjetivos que ya han sido tratados en anteriores categorías.*”

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 353, tradução nossa. No original: “*No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella.*”

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 353.

¹⁸⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.112.

justa, tem em seu seio e em sua configuração jurídica a possibilidade de chegar a sê-la. Se estes pressupostos não se apresentam, mas se pode falar em culpabilidade, e exigir o cumprimento dos mandamentos normativos de pessoas que por razões de imaturidade, de enfermidade mental, etc., não estão em condições de cumpri-las, seria uma clara infração às bases da responsabilidade penal em um Estado social e democrático de Direito. Por isso, a culpabilidade tem também um fundamento material, baseado na própria ideia democrática ¹⁹⁰.

A ideia de prevenção, portanto, é lida a partir da ideia de proteção de bens jurídicos, o que é possível a partir de processos psicológicos que levam os indivíduos a respeitar referidos bens, formando o complexo processo denominado pelo autor de motivação. Para Muñoz Conde, o principal meio de coação é a pena, servindo como forma de motivação do indivíduo, integrando, ademais, a norma penal. A função motivadora da norma penal é exercida a partir da coação dela advinda em razão da cominação de uma pena ¹⁹¹.

O Direito apenas pode cumprir este papel de conformação do superego (motivação da norma), se este mesmo papel assumir a posição de continuidade da atuação do conjunto de instituições públicas (aqui entendidas, família, escola, etc.) que da mesma forma, tiveram por tarefa a socialização e a educação do indivíduo, ensinando a ele determinados padrões de comportamento para a vida em sociedade.

Isso porque, curiosamente, as normas penais por si só são insuficientes e, paradoxalmente, demasiado débeis para manter o sistema de valores sobre o qual descansa uma sociedade. De nada serviriam nem a cominação penal nelas contida, nem a imposição de penas, nem e a execução, se não existissem previamente outros sistemas de motivação de comportamento humano em sociedade ¹⁹².

Em sentido formal, culpabilidade é, pois, a explicitação da frustração de uma expectativa relevante no plano jurídico-penal, possibilitando a aplicação de uma pena ¹⁹³.

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 354, tradução nossa. No original: “*En un Estado social y democrático de Derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica, y ello siempre para proteger de modo eficaz y racional a una sociedad que, si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica la posibilidad de llegar a serlo. Si estos presupuestos no se dan, mal se puede hablar de culpabilidad, y exigir el cumplimiento de los mandatos normativos a las personas que por razones de inmadurez personal, de enfermedad mental, etc., no están en condiciones de los cumplir sería una infracción clara de las bases de responsabilidad penal en un Estado social y democrático de Derecho.*”

¹⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.113.

¹⁹² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.113.

¹⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.110.

Já, em uma perspectiva material, a culpabilidade, para Muñoz Conde, não pode ser fundamentada pela indemonstrável capacidade de agir distintamente, mas sim pela função motivadora da norma penal.

Segundo ele, além da tipicidade e da antijuridicidade existe uma gama de elementos na Teoria Geral do delito que também condicionam a aplicação de uma pena. Seriam eles, a título exemplificativo, a capacidade de culpabilidade, o conhecimento da antijuridicidade, a exigibilidade de conduta diversa, entre outros. Essa capacidade por eles comungada descortina um cenário em que, ou se atribui a cada um autonomia e independência, o que os transformaria, cada qual, em uma nova categoria do delito, ou será necessário procurar reconduzi-los a uma mesma categoria, de modo que respondam a um mesmo fundamento material.

Esse fundamento material, como assinalado anteriormente, é a função motivadora da norma, específica da norma penal, que se explica pelo fato de que ela – norma penal – é endereçada a indivíduos capazes de orientarem seu comportamento pelos mandamentos normativos.

Assim, o poder agir de outra forma, consubstanciada na capacidade de eleição dentre as possíveis condutas, não se mostra como essencial para o fundamento material que se busca na visão de Muñoz Conde. É, no entanto, essencial que o indivíduo se encontre motivado pelos mandamentos e proibições contidas na norma, o que se espera, notadamente, daqueles que ostentem um determinado nível de desenvolvimento biológico, psíquico e cultural.

Acerca destes elementos, Muñoz Conde afirma que:

O fundamento comum a estes critérios que englobamos no conceito de culpabilidade se encontra, portanto, naquelas faculdades que permitem ao ser humano participar com seus semelhantes, em condições de igualdade, em uma vida comum, pacífica e justamente organizada. A normatividade, a capacidade para reagir frente as exigências normativas é, segundo creio, 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 cometida ¹⁹⁴.

Essa conceituação da culpabilidade como motivabilidade¹⁹⁵ e, portanto, material, e não puramente formal, parte da ideia de que uma real democracia necessita atribuir conteúdo ao

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 355, tradução nossa. No original: “*El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida.*”

¹⁹⁵ Segundo observa Davi Tangerino, “A ideia de motivabilidade já constava do pensamento de Karl Binding sem, todavia, nenhum conteúdo sistemático. Foram Frank e Goldschmidt que a retomaram, atrelando-a, dentro do marco

conceito de culpabilidade, tal qual se atribui aos direitos fundamentais, sem o que, o reconhecimento, em ambos os casos, se torna mera formalidade. É, preciso, pois, que ao se constatar a culpabilidade de um indivíduo pelo fato cometido, que se analise os motivos que o levaram a agir da forma que agiu e não de uma outra determinada maneira.

O autor entende que a fixação deste conceito material de culpabilidade tem de se basear nos princípios constitucionais e não apenas no Direito penal positivado, pois, assim poderá, não só interpretá-lo e adequá-lo aos princípios constitucionais, mas também, criticá-lo quando se afastar de tais princípios. Com base nisso, Muñoz Conde conclui que a culpabilidade é, também, “[...] um princípio organizativo de atribuição da responsabilidade individual, característico das modernas sociedades, nas quais, dentro das distintas esferas de sua competência [...], cada um é responsável pelo que faz [...]”¹⁹⁶.

Determinado o conceito de culpabilidade apresentado pelo autor, temos que se apresentam como elementos deste conceito aqueles já conhecidos pela doutrina, a saber, a imputabilidade, o conhecimento da antijuridicidade do fato e a exigibilidade de um comportamento distinto. Estes três elementos são graduáveis, de modo que a ausência deles, ou presença deficitária, será capaz de excluir ou atenuar, respectivamente, a culpabilidade¹⁹⁷.

Em resumo, Muñoz Conde apresenta um conceito de culpabilidade relacionada aos demais, provido de conotações históricas, sociais e políticas. Isso decorre do fato de que para ele a responsabilidade penal deriva da violação do interesse alheio, e, portanto, da interação, não sendo possível desprezar o fato de que a existência do ser depende da existência do alter¹⁹⁸.

Sobre isso, semelhante é o posicionamento de Juarez Cirino dos Santos, para quem a responsabilidade advém da vida em sociedade, na medida em que o sujeito é *ego* e *alter* ao mesmo tempo. Assim, a existência do *ego* só é possível se houver respeito ao *alter*. Nesse

indeterminista, à noção de inevitabilidade do comportamento proibido: ‘motivabilidade interessa enquanto qualidade ou capacidade do indivíduo, dependente de sua liberdade de vontade, e que subsiste de a situação concreta é normal, ou que diminui ou desaparece nas situações a que se referem as causas de exculpação’. No pensamento de Muñoz Conde, como se viu, o enfoque é deslocado para a norma, ou mais precisamente para a norma em relação aos indivíduos.” TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.111.

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 356, tradução nossa. No original: “[...] un principio organizativo de atribución de la responsabilidad individual característico de las sociedades modernas, en las que, dentro de las distintas esferas de su competencia [...], cada uno es responsable por lo que hace[...]”

¹⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 358.

¹⁹⁸ BUSATO, Paulo Cesar. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 45-87, set./dez., 2011, p. 80. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94>. Acesso em: 10/09/2018.

sentido, não é a presunção de liberdade de vontade que sustenta a existência do *ego*, de modo que será, na visão deste autor, o princípio da alteridade o fundamento material da responsabilidade, “[...] e, portanto, de qualquer juízo de reprovação pessoal pelo comportamento social.”¹⁹⁹.

Paulo Busato também identifica uma semelhança entre a posição firmada por Juarez Cirino e Muñoz Conde. Sobre o autor espanhol, afirma, no entanto, que em que pese ele tenha o mérito de incluir na discussão dos fundamentos da culpabilidade à questão da interação, a teoria por ele apresentada não avança consideravelmente no campo da interação social, pois inclui apenas a variável do condicionamento social, que é consequência da adoção de uma tendência de determinismo leve²⁰⁰.

Karyna Sposato, analisando a concepção de culpabilidade defendida por Muñoz Conde, afirma que a mesma não se remete ao conceito funcionalista de Jakobs, tal qual se pode imaginar à primeira vista. Isso porque, preponderaria na visão do autor espanhol, um juízo de utilidade da pena, de modo que não poderia ser aplicada a qualquer custo, apenas para reforçar a confiança no sistema, traço marcante da conceituação de Jakobs. No que concerne à comparação com Roxin, a autora afirma que Muñoz Conde não compartilha a separação entre “[...] dogmática jurídico-penal e política criminal, ou substituição da culpabilidade por

¹⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: ICPC; Empório do Direito, 2017, p. 285. Interessante notar que Juarez Cirino entende que o princípio da alteridade fundamentaria a responsabilidade apenas quando observada a normalidade da formação da vontade do indivíduo, pois em condições normais o sujeito imputável sabe o que faz, ei que conhece o injusto, e, pode não fazer o que fez, exigindo-se dele um comportamento diverso.

²⁰⁰ BUSATO, Paulo Cesar. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 45-87, set./dez., 2011, p. 80. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94>. Acesso em: 10/09/2018. Acerca da relação entre interação social e culpabilidade, Busato afirma que o conceito de coculpabilidade tem ganhado força ultimamente. Esse conceito parte da ideia de que o indivíduo não é um indivíduo isolado, mas sim inserido em um contexto social, que atualmente é marcado por padrões capitalistas de globalização e exclusão, o que forma uma massa de excluídos que têm sua liberdade de escolha limitada pela própria estrutura social. Assim, a coculpabilidade seria o reconhecimento de que apenas uma parcela da culpabilidade seria atribuída a determinados sujeitos, aos quais sonou-se as mínimas possibilidades de inclusão social. Pode-se citar como expoentes deste conceito, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni. Gustavo Junqueira, ao analisar a pertinência da coculpabilidade conclui que, embora a análise das circunstâncias pessoais do indivíduo no momento da aferição da culpabilidade seja importante, tal conceito estaria mais afeito a uma conclusão criminológica, sendo, portanto, na visão do referido autor, inadequado analisá-la sob o ponto de vista jurídico-deontológico. Para o autor, “[...] a responsabilização do Estado, do Direito e, enfim, da sociedade pela prática da infração supõe uma operação evidentemente não jurídica, pois o observador interno não poderia laborar tal visão acerca de um sistema no qual está incluído. Se a responsabilização é ética, o apelo metafísico parece determinar que o conceito pare com discurso ineficaz na operação cotidiana, como realmente ora acontece. É preciso trazer tais premissas e, principalmente, suas consequências jurídicas para a operação prática. Daí que responsabilizar a sociedade pela prática da infração em conjunto com o indivíduo é reflexão importante do ponto de vista social, mas inviável do ponto de vista jurídico, além do que um novo sujeito responsável unido ao primeiro não diminui necessariamente a culpabilidade de ninguém.” JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Liberdade, culpabilidade e individualização da pena*. 2009. Tese (Doutorado Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 187.

responsabilidade, pois considera as mesmas fragilidades conceituais em ambos os casos [...]”
201

3.6 Os pilares da culpabilidade e sua indemonstrabilidade

Davi Tangerino, ao analisar o caminho percorrido pelo conceito de culpabilidade rumo a um juízo individualizador da culpa, observou que este conceito parte da ideia de um homem racional (livre e igual), inserido em uma sociedade que comunga o apreço por bens jurídicos igualmente valorados por todos e que responde à ofensas racionais perpetradas aos mesmos com a aplicação de uma pena. Estas premissas foram chamadas pelo autor de pilares da culpabilidade, e, em sua análise, verificou-se que os mesmos se mantiveram ao longo do tempo
202

O primeiro pilar observado é a ideia de indivíduo que se atrela às concepções de culpabilidade. O nascimento da culpabilidade enquanto elemento do delito, que como visto se deu na teoria de Binding, está relacionado a uma imagem iluminista do homem. Este homem é um indivíduo racional, livre e igual, capaz de decidir entre o bem e o mal, sendo “[...] senhor autorresponsável de seu destino [...]”²⁰³. A liberdade, ainda que indemonstrável, é pressuposto deste indivíduo, de modo que o essencial para a culpabilidade e sua análise é a vontade do sujeito. A racionalidade, ao seu turno, é lida a partir da capacidade que esse indivíduo tem de compreender os valores protegidos pelo Direito natural.

Essa ideia de sujeito racional, não se alterou drasticamente no transcorrer do tempo, ainda que com as substanciais modificações estruturais que o conceito de culpabilidade tenha sofrido. Ainda hoje, o sujeito culpável tem de reunir determinadas qualidades que, se não se traduzem literalmente no binômio racionalidade-liberdade, são ao menos sinônimos deste.

²⁰¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 1744.

²⁰² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.118. Em uma linha crítica análoga encontra-se Alexis Couto de Brito. Analisando a discussão contemporânea acerca da culpabilidade, o autor conclui que a chamada crise da culpabilidade “[...] passa por toda sua estrutura. Atinge seu fundamento de base ontológica, passa por seus elementos constitutivos, e termina por questionar sua qualidade de limitadora da pena.” Embora os referidos autores enxerguem uma certa falibilidade de elementos centrais da conceituação tradicional da culpabilidade, tal qual Davi Tangerino, de se destacar que, diferentemente deste, aqueles filiam-se a um entendimento de que o conceito de culpabilidade deve estreitar-se ao conceito de potencial consciência da ilicitude, e que a imputabilidade deve ser interpretada como pressuposto do agir comunicativo, desprezando-se a exigibilidade de conduta, face a sua imprecisão e vagueza enquanto conceito autônomo. BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertido*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 259.

²⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.61.

Contudo, não apenas o indivíduo racional ampara a ideia de culpabilidade. Atrelado a ele está a ideia de que “[...] as normas penais traduzem uma verdade universal.”²⁰⁴, que seria de conhecimento de todos. Isso decorre do fato de que o “Direito penal nasceu como o ramo do Direito a que incumbia proteger o pacto social, os valores mais elementares ou mais racionais ou mais sagrados.”²⁰⁵

Estes valores traduzem-se na ideia de bem jurídico. Este conceito sofreu algumas transformações ao longo do tempo, e na visão de Hassemer, pode ser analisada a partir de duas perspectivas: uma imanente ao sistema, em que apresentam-se objetos tutelados pelo Direito penal, e outra transcendente ao sistema, que entende os bens jurídicos como aqueles que possuem as necessárias condições de justificar o surgimento de uma norma penal ²⁰⁶.

A partir disso, Alessandro Baratta assinala que:

[...] define-se o Direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal ²⁰⁷.

Portanto, à ideia de um homem racional e livre, que conhece o Direito, soma-se a ideia de normas universais, que tutelam bens jurídicos igualmente valorados por todos os indivíduos.

Eis o segundo pilar da culpabilidade: a universalidade do bem jurídico.

Essa ideia permanece atualmente na discussão acerca da culpabilidade, ainda que com nuances distintas. Os bens jurídicos alteraram-se, conforme a sociedade sofreu transformações, contudo ainda remanesce a ideia de que determinados aspectos são comungados pela sociedade e igualmente valorados, em que pese isso claramente não passe de uma presunção.

Note-se que, sequer com o funcionalismo os dois primeiros pilares da culpabilidade se alteraram. Pode-se falar em uma substituição nominal, mas não conceitual, de modo que aquele modelo de homem racional que conhece a norma e por ela se orienta, pois comunga valores com seus semelhantes, permanece inalterado. A única exceção apontada por Davi Tangerino, seria a concepção de Jakobs, que parte de um funcionalismo radical que retira do indivíduo suas características intrínsecas à natureza humana, transformando-o em um subsistema, um centro de imputação ²⁰⁸.

²⁰⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77

²⁰⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

²⁰⁶ HASSEMER, Winfried apud TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.79-80.

²⁰⁷ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, 19994, p. 6.

²⁰⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.117.

Por fim, há a ideia de indissociabilidade do injusto e da pena.

Segundo Álvaro Pires, a relação entre pena e injusto pode ser observada desde o século XVIII, momento em que se elegeu o procedimento penal como a melhor forma de defesa ao crime, em que se observa como resposta ao mesmo a aplicação de uma pena ²⁰⁹.

Esse protagonismo da pena no sistema penal chegou ao ápice com o funcionalismo. Seja a partir de enfoques mais garantistas ou mais prevencionistas, certo é que impera a lógica de que à prática de um injusto deve-se impor uma pena e que à essa atividade se colocará como barreira a culpabilidade. A diferença que desponta é apenas o fato de que sob um enfoque garantista a culpabilidade tratará de individualizar a pena, que será a mais justa possível, ao passo que sob um enfoque prevencionista, a culpabilidade transformará a pena na alternativa mais eficaz para estabilização normativa ²¹⁰.

Verificada a manutenção destes pilares ainda nas atuais conceituações de culpabilidade, Davi Tangerino tratou de demonstrar a falibilidade dos mesmos.

Assim é que, através de uma análise baseada na psicologia moral e na psicanálise, o referido autor concluiu que “[...] o ser humano racional, iluminista, capaz de sempre deduzir o quanto seja jurídico (e, portanto, antijurídico) valendo-se da razão como instrumento revelador da moralidade é, caso exista, excepcional [...]” ²¹¹.

Sobre a universalidade dos bens jurídicos, o autor assevera que a criminologia deu conta de desmentir a ideia de sociedade consensual, a partir do momento que identificou que as condutas tidas por criminosas não são oriundas unicamente de valores universalmente aceitos, mas sim, e principalmente, de valores selecionados a partir da visão de um determinado grupo social ²¹².

[...] não existem propriamente valores *per se*, porém, valores de quem observa contrastados com os daquele que é observado. Essa mudança paradigmática desloca o foco da axiologia para o do poder de definir situações como desviantes ou não. Reforça, assim, a crítica à universalidade axiológica dos bens jurídicos, na medida em que despe ainda mais o fenômeno criminal de qualidades intrínsecas, a saber, essencialmente, do crime como lesão a um valor que ‘é’, adotando-se antes a perspectiva do crime como uma ação ‘tomada como’ lesiva àquilo que se mostra, do ponto de vista discursivo, como um valor, ou seja, um valor ‘assumido como sendo’ ²¹³.

²⁰⁹ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004, p. 43.

²¹⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.118.

²¹¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

²¹² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.

²¹³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.160.

Essa inexistência de uma universalidade dos bens jurídicos assume contornos relevantes em uma sociedade, tal qual a nossa, em que se enfrenta uma severa expansão do Direito Penal, da qual resulta o alargamento dos limites opressivos e a redução do Direito Penal a finalidades meramente punitivas, em que a aplicação da pena de prisão assume uma dimensão emergencial ²¹⁴.

Com base nisso, Davi Tangerino acena também pela falibilidade da indissociabilidade entre delito e pena, pois a partir de uma perspectiva criminológica é possível afirmar que ela não tem por finalidade a proteção dos bens jurídicos ²¹⁵, na medida em que a resposta a uma violência com outra violência, não põe fim a primeira e tem por consequência novas violências ²¹⁶.

Assim, Davi Tangerino conclui que há gritantes divergências entre as pretensões que o Direito Penal tem para si, e a imagem que dele se retira a partir de uma análise oferecida por ciências empíricas.

Segundo ele, os problemas advindos destas incongruências encontrariam solução na superação da racionalidade penal moderna, rompendo, definitivamente, a relação entre delito e pena, pois assim, o Direito Penal conseguiria reequilibrar seu caráter ético.

Delito passaria a ser entendido apenas como uma situação problema que enseja a mobilização da máquina estatal em sua resolução; culpabilidade seria apenas um dano de relação, sendo entendida como uma oportunidade de reparação; e o processo penal seria o ramo do Direito incumbido de dar forma jurídica aos instrumentos de resolução de situações problemáticas buscando o ponto ótimo entre o reequilíbrio da relação lesionada e a dignidade dos contendores ²¹⁷.

²¹⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

²¹⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169.

²¹⁶ SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

²¹⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 250.

4. CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL JUVENIL

Nos capítulos anteriores, tratamos de explicar, ainda que sem pretensões de esgotar os temas, as bases em que se assenta a discussão principal desta dissertação.

Assim, visitamos os principais argumentos para o reconhecimento de um sistema de responsabilização penal juvenil que, por suas características muito semelhantes ao Direito Penal, pode ser considerado como um Direito Penal Juvenil, ensejando a observância, quando de sua incidência, de um arcabouço próprio de garantias que contempla a união das garantias do Direito da Criança e do Adolescente com as garantias do Direito Penal ¹.

No que concerne à culpabilidade, apresentou-se a evolução dogmática deste conceito, percorrendo as teorias psicológica, psicológico-normativa e normativa, bem como as principais teorias funcionalistas, como a de Roxin, Jakobs e Muñoz Conde. Da análise desta evolução conceitual, foi possível concluir que a culpabilidade se estrutura, desde seus primórdios, em pilares problemáticos, posto que cientificamente indemonstráveis.

Logo, resta analisarmos em que medida é possível inserir a culpabilidade no âmbito da responsabilização penal de adolescentes, seja como princípio fundamental, seja como fundamento da resposta estatal, seja, ainda, como mecanismo de graduação da medida socioeducativa, procedendo à adequação dos elementos da culpabilidade ao âmbito da específica forma de responsabilização penal de adolescentes.

4.1. Pilares da culpabilidade no Direito Penal Juvenil

Uma releitura da culpabilidade à luz dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente, a fim de apresentarmos a necessária adequação dogmática deste conceito ao Direito Penal Juvenil, não pode prescindir da releitura de seus pilares, pois também nesta específica seara é possível enxergar, guardadas as devidas proporções, a interpretação do assunto à luz da consideração da existência de um sujeito característico, da prevalência de determinados valores e da relação (ainda que complexa) entre a desconformidade normativa da conduta e a resposta estatal ².

¹ Ainda que este não seja o campo específico desta pesquisa, vale ressaltar que o Direito Penal Juvenil faz incidir todas as garantias do devido processo legal.

² Estes pilares foram observados por Davi Tangerino, tal qual exposto no capítulo 3, e aplicado ao estudo do Direito Penal Juvenil por Hamilton Gonçalves Ferraz. FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 97-178.

A manutenção destes tradicionais pilares no campo da discussão doutrinária acerca da culpabilidade, aqui relacionada apenas ao Direito Penal, é causa da incompatibilidade do conceito com as especificidades da responsabilização penal de adolescentes, na medida em que se observa que as tentativas de consolidação de um sistema de responsabilização nestes moldes têm por característica a incorporação de estruturas sem a sua necessária adequação.

Com efeito, a culpabilidade, moldada a partir de um indivíduo livre e racional, inserido numa sociedade que valora universalmente determinados bens e que pune a violação aos mesmos com a aplicação de uma pena, compromete a ideia de uma proporcional e democrática responsabilização penal de adolescentes, seja pela incompatibilidade desta racionalidade com as características do adolescente, seja porque a própria lógica é insustentável.

4.1.1. O menor (in)culpável: vulnerabilidade, seletividade e periculosidade

O sujeito culpável da racionalidade penal moderna³ é um indivíduo livre, racional, que detém conhecimento acerca do conteúdo normativo, logo, da antijuridicidade de determinadas condutas e, em razão disso, orienta seu comportamento⁴. Essa lógica, assenta o conceito de imputabilidade apenas em aspectos cognitivos e volitivos, de sorte que o adolescente resta alijado desta imagem de indivíduo racional e livre, contribuindo com a sua associação a uma periculosidade, o que tem justificado historicamente sua submissão à tutela estatal.⁵

Disso desponta que a análise deste pilar da culpabilidade no âmbito da responsabilização penal juvenil passa pelo binômio vulnerabilidade-seletividade e pela questão da periculosidade.

Pode-se dizer que a vulnerabilidade, conquanto não apenas histórica, mas também juridicamente construída em relação aos adolescentes⁶, se materializa a partir da seletividade dos indivíduos, advinda da atuação das agências de criminalização secundária, em razão de sua capacidade limitada de atuação. Seleciona-se não só o sujeito a ser criminalizado, mas também

³ Trata-se da perspectiva adotada para o Direito Penal a partir do século XVIII, em que se atribui à pena afliativa a edificação do Direito Penal. A incidência desta pena tem por justificativa a proteção da sociedade, e implica na naturalização da estrutura inicialmente eleita pelo sistema penal, de modo que se mostra, ao fim e ao cabo, como obstáculo à adoção de novas racionalidades ou estruturas normativas. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 68, p.39-60, mar. 2004, p. 40-44.

⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30-119.

⁵ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Imputabilidad y edad penal*. Disponível em: <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>. Acesso em 20 nov. 2018.

⁶ MÉNDEZ, Emilio García. La privación de libertad como forma de “protección” de la infancia: un caso paradigmático de construcción judicial de vulnerabilidad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 133-145, jul./ago. 2014, p. 135-145.

o sujeito a ser protegido, de modo que existirão pessoas mais ou menos vulneráveis ao *ius puniendi*⁷.

Analisando a vulnerabilidade do adolescente a partir de dados estatísticos, Hamilton Gonçalves observa que adolescentes sofrem mais assassinatos proporcionalmente do que adultos⁸, mesmo quando em decorrência de intervenção policial⁹; que a apreensão de adolescentes pela polícia sofre uma escalada vertiginosa¹⁰; e que a aplicação de medidas de restrição de liberdade a adolescentes vem aumentando consideravelmente^{11 12}.

Estes dados amparam a conclusão de que o adolescente é essencialmente vulnerável em nosso país e, em razão disso, facilmente selecionável pelas agências de criminalização secundária, condições essas agravadas pelo fato de ser a Justiça Juvenil um subsistema extremamente agressivo que, ao ensejo de educar, pune severamente ao arrepio da lei.

Assim, a observância da culpabilidade no âmbito da responsabilização penal de adolescentes não pode apenas considerar a incompatibilidade do adolescente com o modelo de indivíduo livre e racional. É preciso considerar que, além de ser o adolescente um sujeito em

⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 43-44.

⁸ As conclusões apresentadas pelo autor amparam-se em dados referentes ao ano de 2013, e estão no Mapa da Violência, disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf> Acesso em: 20 nov. 2018. Consultando a referida fonte, foi possível observar que, também em relação aos homicídios cometidos por meio de armas de fogo os jovens são a faixa etária que mais sofre. A escalada da vitimização inicia-se aos 13 anos e atinge o seu ápice por volta dos 20 anos de idade. Os dados referem-se a período que vai até o ano de 2014, e estão disponíveis em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf> Acesso em: 20 nov. 2018. A mesma conclusão pode ser observada em outros trabalhos, tal como o atlas da violência 2017, que se refere a período até o ano de 2015, disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf>, Acesso em: 20 nov. 2018, e ao atlas da violência 2018, que apresenta análise de dados até o ano de 2016, disponível em

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>, Acesso em: 20 nov. 2018. Em todos estes trabalhos foi possível concluir que a juventude brasileira, em sua maioria do sexo masculino, é a principal vítima de homicídios.

⁹ Conforme relatório da Anistia Internacional, disponível em <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho-Anistia-Internacional-2015.pdf>> Acesso: em 20 nov. 2018. No estado de São Paulo, segundo dados oficiais do governo foram 457 casos de morte de adolescentes em razão de intervenção policial apenas no período de julho de 2016 a junho de 2017, disponível em <<http://temas.folha.uol.com.br/mapa-da-morte/jovens-vitimas/policia-de-alcmin-mata-1-adolescente-por-semana-na-cidade-de-sao-paulo.shtml>>, Acesso: em 20 nov. 2018.

¹⁰ Segundo o autor, no estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2012 a 2014 houve um aumento de 166,20% na apreensão de adolescentes pela polícia. Os dados estão disponíveis em <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uplods/BalancoAnual2015.pdf> Acesso em 20/11/2018. Já em São Paulo, em 2012, as apreensões de adolescentes pela polícia teriam apresentado expressivo aumento, também em relação à prisão de adultos, conforme pesquisa disponível em <<http://www.unesciencia.com.br/2014/03/unescienci-50/>>, p. 20. Acesso em 20/11/2018.

¹¹ As conclusões do autor amparam-se no Levantamento Anual SINASE de 2013, em que se verificou que, de 2012 a 2013, houve um aumento de 12% na taxa de adolescentes privados de sua liberdade, em contraposição ao aumento de 4,7% no período que compreende os anos de 2011 a 2012. Dados disponíveis em <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 100-104.

etapa de desenvolvimento, esta característica não só o afasta da imagem modelo como, também, o torna muito mais vulnerável à seletividade do sistema ¹³.

Dessa vulnerabilidade decorre a estigmatização: quanto mais vulnerável, maior a chance da seleção; quanto mais selecionado um determinado grupo, mais estigmatizado ele será.

No caso dos adolescentes, o estigma é o da periculosidade e se tem utilizado, de maneira deturpada, as próprias peculiaridades da fase de desenvolvimento em que se encontram, como por exemplo a imaturidade ¹⁴, para tachar de perigosos os adolescentes.

Curioso, no entanto, que essa periculosidade não se faz acompanhar – e nunca se fez – de dados concretos. Analisando os dados sobre a criminalidade juvenil no estado de São Paulo nos períodos de legislação tutelar e pós promulgação do ECA, Alessandra Teixeira e Fernando Salla, afirmam que os dados da etapa tutelar, em que vigorava a doutrina da situação irregular, já apontavam que “[...] não apenas os então denominados *menores* ostentavam menor atividade criminal, comparados aos adultos, como suas principais condutas não compreendiam delitos violentos [...]”¹⁵, o que, todavia, não impediu que o controle a eles direcionado fosse mais severo que o necessário. A mesma lógica foi observada pelos pesquisadores em relação aos dados do período de vigência do ECA, em que se verificou que “[...] a participação dos adolescentes no crime urbano continua periférica, tanto numericamente quanto qualitativamente.”¹⁶, conquanto o controle a eles direcionado tenha se intensificado. Os autores ainda apontam que estes dados são capazes de desmistificar o ideário de que os adolescentes cometem mais crimes que os adultos e que suas condutas tendem a ser mais graves ¹⁷.

¹³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 107.

¹⁴ Analisando estudos de neuroimagem sobre o funcionamento do cérebro dos adolescentes, Ezequiel Mercurio, destaca que o desenvolvimento da região pré-frontal dos adolescentes não se encontra completo, até que se ultrapasse a adolescência, e que as regiões relacionadas aos circuitos emocionais apresentam um aumento de sua atividade, o que explicaria um comportamento em adolescentes caracterizado pela instabilidade emocional, falta de controle dos impulsos e dificuldade em valorar adequadamente os riscos das situações. MERCURIO, Ezequiel. *Cerebro y adolescencia: implicancias jurídico-penales*. Buenos Aires: Ad.Hoc, 2012, p. 73.

¹⁵ TEIXEIRA, Alessandra; SALLA, Fernando. De menores a adolescentes infratores: contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 126, p. 267-289, 2016, p. 288.

¹⁶ TEIXEIRA, Alessandra; SALLA, Fernando. De menores a adolescentes infratores: contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 126, p. 267-289, 2016, p. 288.

¹⁷ TEIXEIRA, Alessandra; SALLA, Fernando. De menores a adolescentes infratores: contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 126, p. 267-289, 2016, p. 288.

Porém, mesmo sem qualquer fundamento palpável, a periculosidade – conceito nascido no positivismo criminológico¹⁸ – permeia o Direito Penal Juvenil, sendo, no entanto, a base em que se estruturou a Justiça Juvenil, em que pese fantasiada de finalidades correccionais e educativas¹⁹.

Essa relação entre periculosidade e Justiça Juvenil pode ser explicada também pelo fato de que, ao se conceber a periculosidade de maneira *desindividualizada*, ela se apresenta como uma condição social de risco, que se refere não ao indivíduo, mas a setores da sociedade, como é o caso da juventude²⁰.

Em todo caso, sua utilização no Direito Penal provoca atritos e contradições quanto à culpabilidade, pois “[...] entra em contradição com a sua noção de homem com vontade livre e consciente, e em particular com a noção de responsabilidade [...]”²¹, além de ter como consequência imediata de sua adoção a instrumentalização das respostas estatais aos indivíduos que sejam considerados perigosos, a partir da imposição de uma medida ou sanção.

Zaffaroni, no entanto, observa que, ainda que periculosidade e culpabilidade não se compatibilizem conceitualmente, a adoção da primeira como categoria conceitual jurídico-penal contribuiu para legitimar um ilimitado poder punitivo, de modo que podemos observar, logo após o declínio do positivismo jurídico, reiteradas tentativas de imprimir ao conceito de culpabilidade o equivalente funcional da periculosidade, como forma de legitimar o exercício autoritário do poder punitivo²².

Especificamente em relação à responsabilização penal de adolescentes no Brasil, tem-se que o marco introdutório da periculosidade foi o Código de Menores de 1927, o chamado Código Mello Mattos, que, em seu artigo 71, previa a internação do adolescente quando verificado tratar-se de indivíduo perigoso com reconhecido estado de perversão moral, medida esta que duraria até que se verificasse a regeneração do menor, não podendo, no entanto, exceder o seu limite legal.

Nas legislações que se seguiram, a periculosidade permaneceu como elemento central do sistema de responsabilização de menores de idade, ainda que não explicitamente. Sua

¹⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 314.

¹⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 113.

²⁰ VINCENTIN, Maria Cristina G.; PADILLA-GOMEZ, Alejandra; CATÃO, Ana Lucia. Notas sobre a responsabilidade desde os escritos de M. Foucault: pistas para pensar a Justiça Juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 109, p. 21-46, jul./ago. 2014, p. 41.

²¹ VINCENTIN, Maria Cristina G.; PADILLA-GOMEZ, Alejandra; CATÃO, Ana Lucia. Notas sobre a responsabilidade desde os escritos de M. Foucault: pistas para pensar a Justiça Juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 109, p. 21-46, jul./ago. 2014, p.30.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 659.

superação veio com a Constituição de 1988, que prevê a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente em seu artigo 227, coroando-se tal ruptura com a ratificação²³, em 1990, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, bem como com a promulgação do ECA e da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

Contudo,

[...] à ruptura do sistema menorista tutelar baseado, direta ou indiretamente, na periculosidade do adolescente, [...] 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 lei²⁴.

Isso porque, ainda que a nova doutrina da proteção integral da criança e do adolescente tenha trazido significativos avanços, sobretudo no que concerne à imposição de limites para a intervenção estatal na esfera de liberdade dos adolescentes, certo é que não trouxe consigo um sistema próprio e inequívoco de princípios, similar ao das penas²⁵. Assim, “No Brasil, as intervenções dirigidas ao autor de ato infracional não deixaram, a despeito das novas normativas, [...] de secretar a inspeção da conduta e da periculosidade dos adolescentes, seja por meio das práticas laudatórias, seja na condução das atividades socioeducativas [...]”²⁶.

Disso, como bem observa Hamilton Gonçalves, decorre uma lacuna normativa no sistema de responsabilização penal de adolescentes que, mesmo após a superação do paradigma da periculosidade, acaba sendo suprida através da utilização da lógica tutelar menorista, que nada mais é que a periculosidade, “[...] habilitando-se poder punitivo por formas e fundamentos inconstitucionais, funcionando esta categoria mais do que como um equivalente, mas como verdadeira substituta da culpabilidade.”²⁷, o que foi por ele observado em decisões emblemáticas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Segundo conclui o autor, ante a inexistência de um conceito explícito de culpabilidade no âmbito do ECA, os tribunais superiores do Brasil superam esta deficiência a partir do manejo

²³ Decreto 99.710/1990.

²⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 127, grifo do autor.

²⁵ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Marina 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, n. 19/20, p. 461-479, 2012, p. 463.

²⁶ VINCENTIN, Maria Cristina G.; PADILLA-GOMEZ, Alejandra; CATÃO, Ana Lucia. Notas sobre a responsabilidade desde os escritos de M. Foucault: pistas para pensar a Justiça Juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 21-46, jul./ago. 2014, p. 42.

²⁷ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 127.

da periculosidade através da consideração de elementos da personalidade e da conduta social do adolescente, o que carece de respaldo jurídico²⁸.

Esse manejo, conquanto claramente contrário à essência principiológica do ECA, é possível, não só pela lacuna existente no que concerne à culpabilidade, mas, também, pela própria característica desta legislação, que possui textura aberta e com presença marcante de princípios pouco regulamentados, o que exige do magistrado atividade interpretativa maior do que, por exemplo, no campo do Direito Penal ²⁹.

No entanto, certo é que a periculosidade tem se apresentado como um argumento estratégico que se presta a justificar punições claramente ilegais ³⁰. É, portanto, uma metarregra ³¹ de interpretação e aplicação própria da Justiça Juvenil brasileira, que conforma e distorce as principais – senão todas – garantias fundamentais do sistema de responsabilização penal de adolescentes inaugurado pelo ECA ³².

Esse estigma de indivíduo perigoso, associado à vulnerabilidade dos mesmos às agências secundárias de punição, tem por consequência a criação e imposição de uma identidade criminosa, uma identidade de desviado, de modo a consolidar o estigma de perigoso que a sociedade a eles atribui. Esse processo tem grande influência na questão da reincidência³³. Ainda que as taxas de reincidência referentes à Justiça Juvenil sejam menores que as taxas referentes ao sistema penal de adultos, certo é que as pesquisas têm apontado para um

²⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 138.

²⁹ SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. *A internação de adolescentes pela lente dos tribunais*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 277-298, 2011, p. 291.

³⁰ MATSUDA, Fernanda Emy. *A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 3.

³¹ O termo é utilizado por Alessandro Baratta para designar regras objetivas de um sistema social, que possibilitam a interpretação e determinação do que seja desvio e do que seja criminalidade no sentido comum. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2016, p. 105. Também Salo de Carvalho, ao analisar a relação entre periculosidade e Direito Penal, conclui que “[...] se o conceito de periculosidade é extirpado formalmente do sistema de responsabilização penal do imputável, materialmente segue produzindo efeitos criminalizadores a partir do seu uso na gramática judicial como metarregra de interpretação (*standard*) nas decisões dos casos penais.” CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.276. Nesta linha, Hamilton Gonçalves concluiu que “[...] a periculosidade menorista, como metarregra, forma um conjunto de regras sobre interpretação e aplicação das regras gerais do sistema que participam da estrutura socialmente produzida pela interação [...], e, portanto, é regra objetiva do sistema de Justiça Juvenil – ainda que muitas vezes não seja expressamente enunciada.” FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.139-140, nota de rodapé n. 392.

³² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 139-140.

³³ FAUTH, Isabel C. F. A reincidência criminal e a culpabilidade pela vulnerabilidade. In: AZEVEDO, Rodrigo G. de; CARVALHO, Salo de. (Orgs.) *A crise do processo penal e as novas formas de administração da Justiça Criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006, p.158.

expressivo aumento das mesmas, normalmente relacionadas ao uso indiscriminado da privação de liberdade como forma de responsabilização dos adolescentes ³⁴.

Assim, tem-se que a utilização da periculosidade – seja como critério de julgamento, seja como categoria conceitual – pressupõe a negação da culpabilidade e consequente desrespeito à dignidade do indivíduo³⁵, de modo que a pretensa incompatibilidade da culpabilidade com sistemas de responsabilização penal de adolescentes não se dá exclusivamente pela inimputabilidade a eles atribuída, como bem se poderia imaginar, mas tem por contexto uma característica destes indivíduos, vulneráveis e estigmatizados, que culmina em um paradigma da periculosidade, ensejando toda sorte de tratamentos e medidas protetivas, seja com vistas à sociedade, seja com vistas ao próprio indivíduo, culminando em punições claramente ilegais, que retroalimentam o sistema.

Logo, a superação deste paradigma é essencial para que se possa observar, também no âmbito de responsabilização penal de adolescentes a culpabilidade em toda sua funcionalidade.

4.1.2 A ideia de bem jurídico universal *versus* a pluralidade referencial normativa do adolescente

O sujeito culpável só o é em relação a ofensas direcionadas a determinados valores, pelo que se identifica ser este um dos pilares da culpabilidade ³⁶.

Como visto no capítulo anterior, estes valores, denominados bens jurídicos, são tradicionalmente interpretados como universais. No entanto, ao se confrontar essa ideia de universalidade com as ciências empíricas, verifica-se a fragilidade de tal interpretação.

A título exemplificativo, tem-se que Roxin define 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.” ³⁷. É, na visão do referido autor, um conceito crítico que aponta ao

³⁴ Pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz. INSTITUTO SOU DA PAZ. *Aí eu voltei para o corre: Estudo da reincidência infracional do adolescente no estado de São Paulo*. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2018. Disponível em <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/ai_eu_voltei_pro_corre_2018.pdf>. Acesso em 29 nov. 2018.

³⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 114.

³⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76-81.

³⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

legislador quais os limites para uma punição legítima³⁸. Contudo, tal conceito não escapa à tendência de interpretação dos bens jurídicos a partir da lógica da universalidade.

Assim, há na construção dogmática deste conceito uma argumentação circular, em que o Direito Penal é definido como instrumento de tutela de interesses fundamentais e estes, ao seu turno, são entendidos como fundamentais por serem tutelados pelo Direito Penal³⁹. Essa circularidade tem por consequência dois inconvenientes: o primeiro refere-se ao fato de que os interesses fundamentais passam a ser definidos a partir de uma lógica punitivista, que se baseia em uma sociedade em tese homogênea, na qual a conduta desviante é percebida – e assim relacionada – à apenas uma pequena parcela social; o segundo inconveniente refere-se ao fato de que os conflitos grupais ou estruturais são excluídos em detrimento da atenção aos conflitos interindividuais ou os entre indivíduo e sociedade⁴⁰.

Essa crítica expõe a fragilidade da perspectiva universal a partir da qual o bem jurídico é historicamente analisado. Nesse sentido, a criminologia, sobretudo as teorias subculturais e do *labelling approach*, tem proporcionado melhores interpretações acerca do assunto.

Sem pretensões de esgotar o tema, vale entender que estas teorias⁴¹ partem da diferenciação entre cultura e subcultura, sendo a primeira a “[...] maneira pela qual as relações sociais de um grupo são estruturadas e modeladas, mas também como essas formações são experimentadas, entendidas e interpretadas [...]”⁴² e a segunda, as “[...] estruturas menores, localizadas e diferenciadas, dentro de uma ou outra das redes culturais mais amplas [...]”⁴³.

Estas teorias podem ser definidas como a representação da reação de algumas minorias desfavorecidas ante a exigência de sobreviver e orientarem-se no bojo de uma estrutura social⁴⁴. Delas é possível concluir que, no que concerne à subcultura juvenil delinquente, esta surge

³⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.

³⁹ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, 1994, p. 6.

⁴⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 143.

⁴¹ A origem destas teorias da subcultura criminal está na teoria da associação diferencial desenvolvida por Sutherland quando do estudo dos crimes de colarinho branco. BATISTA, Vera Malagutu. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 69.

⁴² HALL, Stuart; JEFFERSON, Tony. (Orgs.) *Rituales de resistência: subculturas juveniles em la Gran Bretaña de postguerra*. Traducción de A. Nicolás Miranda, Rodrigo O. Ottonello y Fernando Palazzolo. Madrid: Traficantes de sueños, 2014, p. 63.

⁴³ HALL, Stuart; JEFFERSON, Tony. (Orgs.) *Rituales de resistência: subculturas juveniles em la Gran Bretaña de postguerra*. Traducción de A. Nicolás Miranda, Rodrigo O. Ottonello y Fernando Palazzolo. Madrid: Traficantes de sueños, 2014, p. 66.

⁴⁴ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico*. Traducción de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 111.

do desajuste ante a sociedade como forma de lidar com esta questão ⁴⁵, havendo específica relação com as discrepâncias entre as aspirações culturais dos jovens de classes mais baixas e as oportunidades que lhes são dadas para alcançar tais aspirações de forma legítima ⁴⁶.

O paradigma do *labelling approach* teve por contribuição primordial a conclusão de que as condutas desviantes e a criminalidade nada mais seriam que o resultado do etiquetamento de determinadas pessoas a partir de complexos processos de interação social pautados no ato de definir e selecionar ⁴⁷. A definição concentraria a atividade de atribuir à conduta o caráter criminal, ao passo que a seleção aplicaria o estigma de criminoso a um determinado indivíduo dentre os demais sujeitos que praticam o mesmo fato ⁴⁸.

A somatória destas conclusões criminológicas faz ruir mais um dos pilares da culpabilidade, pois resta demonstrada a inexistência de um sistema de valores em relação aos quais o indivíduo seria livre para determinar-se ⁴⁹, instigando-se à problematização da culpabilidade no campo da dogmática penal.

Contudo, tal qual se deu em relação à imagem do sujeito culpável, também em relação à pretensa universalidade dos bens jurídicos há especificidades relacionadas à culpabilidade dos adolescentes.

Isso porque, ao se discutir o valor atribuído aos bens jurídicos no âmbito da responsabilização penal de adolescentes é imprescindível considerar a pluralidade referencial normativa do adolescente.

Segundo Salo de Carvalho, a partir do reconhecimento de um pluralismo jurídico, expõe-se a instrumentalidade do juízo de reprovabilidade, baseado na hierarquização e solidificação de determinadas concepções morais como valores universais ⁵⁰.

O pluralismo jurídico deve ser entendido como a existência de múltiplas realidades e formas de ação prática, bem como da diversidade de campos sociais singulares, envolvendo,

⁴⁵ COHEN, Albert apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 146.

⁴⁶ BOADAS, Carme Madrenas I. apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 147.

⁴⁷ BECKER, Howard. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 27.

⁴⁸ 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. 30, p. 24-36, 1995, p. 28. Acerca disso a autora conclui ser mais apropriada a análise a partir da perspectiva da criminalização e do criminalizado, do que a partir do conceito de criminalidade.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2016, p. 74.

⁵⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

portanto, “[...] o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si [...]”⁵¹.

A partir disso, verifica-se que “[...] desenvolveram-se normatividades jurídicas paralelas ao sistema jurídico estatal, localizadas, em especial, nas periferias urbanas [...]”⁵², sendo o direito estatal, portanto, apenas mais um plano de normatividade⁵³.

Nesse contexto, crianças e adolescentes desenvolvem-se ante a estes distintos planos normativos, resultantes da influência de incontáveis fatores, tais como família, origem social, origem étnica, comunidades, etc. As regras daí oriundas condicionam a atuação do indivíduo e a forma por ele eleita para solução de conflitos⁵⁴.

Inegável que, na realidade brasileira, diversos são os adolescentes que se referenciam em uma pluralidade de planos jurídicos, definidos a partir de suas peculiaridades⁵⁵, o que leva em consideração, inclusive, a forma como se interpretam os distintos planos jurídicos, pois,

[...] múltiplas são as leituras das leis e regras existentes. [...] devem elas ser levadas em conta em função também das interpretações criativas e criadoras com que são tomadas pelos diferentes grupos sociais, pois é dessas interpretações que se valerão tais grupos para sustentar sua permanência e pertinência no laço social. Isso vale tanto mais no que tange à integração de novos membros: crianças e adolescentes que fazem seu primeiro contato com o mundo de normas e dependem delas para encontrar um lugar de pertencimento e filiação⁵⁶.

Disso decorre que a análise da culpabilidade em um sistema de responsabilização penal de adolescentes deve, necessariamente, considerar que o sujeito culpável neste específico campo é um sujeito em desenvolvimento, singular⁵⁷ exposto a um referencial normativo plural,

⁵¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 172.

⁵² COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 89.

⁵³ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 92.

⁵⁴ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 92.

⁵⁵ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 90.

⁵⁶ DAUD, Rafael Rocha. Regra é regra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 91-107, jul./ago. 2014, p.105.

⁵⁷ Não é possível falar em uma adolescência, mas sim em adolescências, pois cada indivíduo vivencia essa fase de uma forma própria. BROIDE, Jorge; ROSA, Miriam Debieux; e VICENTIN, Maria Cristina G. Direitos Humanos e interfaces psi-jurídicas: uma pauta ético-política para questões dos adolescentes “perigosos”. *Psicologia, violência e direitos humanos* DOTTO, Karen Meira; ENDO, Paulo Cesar; SPOSITO, Sandra Elena; e ENDO, Teresa Cristina (orgs.) São Paulo: CRP SP, 2011, p.78-94, p.85. No mesmo sentido, DOMINGO, Cíntia Oliveira. *Adolescente e maioridade penal*. Reflexões sobre violência e prevenção à luz da proteção integral. Curitiba: Juruá, 2016, p. 29.

que por tal razão, em grau maior que o adulto, não comunga desta universalidade de bens jurídicos.

4.1.3. A pretensa indissociabilidade entre ato infracional e medida socioeducativa

Como terceiro pilar da culpabilidade tem-se a relação de indissociabilidade entre delito e pena, que como visto em capítulo próprio, também é indemonstrável. Davi Tangerino, ao propor a análise destes pilares, acenou para a necessidade de romper-se com esta lógica – de que à prática delitiva sempre corresponderá a imposição de uma pena – como forma de promover uma necessária readequação do caráter ético do Direito Penal ⁵⁸.

Também no que concerne ao Direito Penal Juvenil é possível perceber uma indissociabilidade entre o ato infracional e a medida socioeducativa, em que pese o sistema inaugurado pelo ECA seja claro quanto ao caráter optativo da aplicação desta última.

O artigo 112 do ECA é taxativo ao afirmar que “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente” as medidas elencadas em seus incisos. Disso decorre que, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias próprias do adolescente envolvido, mas, sobretudo, o princípio do seu melhor, é plenamente possível que não se aplique nenhuma medida socioeducativa.

Essa visão da relação entre medida socioeducativa e ato infracional pode ser explicada pela influência que a racionalidade penal moderna tem no âmbito da Justiça Juvenil brasileira, sobretudo na formação e socialização dos magistrados nela atuantes, que introduzem na análise dos casos a ela submetidos a ideia de retributivismo ⁵⁹.

Nesse sentido, a indemonstrabilidade desta relação, também no que concerne ao Direito Penal Juvenil, deve partir da análise da relação de proximidade entre medida socioeducativa e pena.

4.1.3.1. Para que punir? Retribuição ou educação na Justiça Juvenil?

A doutrina brasileira sobre o Direito Penal Juvenil tem atribuído à medida socioeducativa não apenas uma finalidade pedagógica, tal qual exposto no ECA, mas, também,

⁵⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 250.

⁵⁹ GISI, Bruna; TONCHE, Juliana; ALVAREZ, Marcos Cesar; OLIVEIRA, Thiago. Entrevista com Álvaro Pires. A teoria da “racionalidade penal moderna” e os desafios da justiça juvenil. *PLURAL: Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 24.1, p. 124-160, 2017, p. 145.

uma essência penal, em razão da atribuição de uma natureza retributiva ⁶⁰, pelo que se conclui que as justificativas da medida socioeducativa partem de modelos combinatórios entre retribuição e prevenção ⁶¹.

A finalidade pedagógica é retirada da literalidade da lei, pois conforme dispõe o artigo 100 do ECA, “na aplicação das medidas socioeducativas, levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas”⁶².

Isso é decorrência do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que requer o caráter pedagógico atribuído a estas medidas materialize-se a partir de projetos educativos⁶³, que atendam às necessidades pessoais do adolescente e reforcem seus vínculos familiares e comunitários ⁶⁴, buscando, a partir da incidência de técnicas pedagógicas, a reintegração do adolescente em sociedade e em família⁶⁵.

Já sua natureza retributiva ⁶⁶ é devida ao fato de tratar-se de uma resposta claramente penal, de caráter aflagante à liberdade do destinatário, revestida de unilateralidade, pois é aplicada a contragosto do destinatário, e também de obrigatoriedade, posto ser o exercício de coerção em face de um indivíduo em razão do cometimento de um fato antecedente ⁶⁷.

⁶⁰ Cite-se como exemplo, Wilson Donizetti Liberati, para quem a execução da medida socioeducativa se dá a partir de uma finalidade pedagógico-educativa, calcada em uma perspectiva de prevenção especial voltada para o futuro. 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.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf>. Acesso em 9 out. 2018.

⁶¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 157.

⁶² 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.

⁶³ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114.

⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2. ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189-191.

⁶⁵ Há quem defenda na doutrina que a própria submissão do adolescente a um processo judicial pela prática de um ato infracional, com toda a carga significativa dele e sua sucessões de atos, seria suficiente, a depender da situação, como resposta estatal com finalidade pedagógica. Nesse sentido: SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; e CRAIDY, Carmen M; GONÇALVES, Ana Lemos. *Medida Socioeducativa: da repressão à educação*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2005.

⁶⁶ Neste sentido: Karyna Sposato, para quem a medida socioeducativa tem natureza penal, cumprindo o mesmo papel de controle social que a pena. SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114; além de: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2. ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189-191; SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71; e COSTA, Ana Paula Motta. Os direitos dos adolescentes no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD*, v. 2, n. 24, p. 41-61, 2013, p. 54.

⁶⁷ KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66-67.

Ademais, de se considerar que, embora a medida socioeducativa leve em conta as necessidades do adolescente a que se aplica, também considera as necessidades da sociedade, apresentando-se como um verdadeiro mecanismo de defesa social ⁶⁸.

É o que pode ser observado nas Regras de Beijing, que no item 17, dispõem sobre os princípios norteadores da decisão judicial e das consequentes medidas socioeducativas que dela possam advir. Dentre os princípios encontra-se o da proporcionalidade, que observará, não só as circunstâncias e a gravidade da conduta sopesadas às necessidades do jovem sobre quem recairá a medida, mas igualmente as necessidades da sociedade.

Costa Saraiva sustenta que a medida socioeducativa se insere no conjunto de sanções penais, juntamente com a pena aplicada ao imputável (maior de 18 anos) e a medida de segurança aplicável ao enfermo psíquico. Isso porque a sociedade exerce seu controle a partir de esquemas de gratificações e punições, com vistas a coibir comportamentos indesejáveis ⁶⁹.

Nesse sentido, a prática tem demonstrado, a partir dos alarmantes índices de aplicação da internação na Justiça Juvenil, que a medida socioeducativa tem atendido a finalidades retributivas, ainda que a partir de uma execução em tese pedagógica. Embora a necessidade de proteção e efetivação de direitos sejam utilizadas como fundamento de muitas decisões que aplicam medidas socioeducativas⁷⁰, a punição que se aplica a adolescentes em conflito com a lei tem inegável finalidade retributiva.

Com isso, a análise do falacioso discurso da indissociabilidade entre a medida socioeducativa e o ato infracional, tal qual se daria em relação à pena e o delito, enseja a análise das teorias da pena.

4.1.3.2. Finalidades da medida socioeducativa à luz das teorias da pena

São duas as matrizes das teorias de justificação da pena, uma absoluta e outra relativa.

⁶⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66.

⁶⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66.

⁷⁰ É o que constatou Fabiana Schmidt em pesquisa realizada com adolescentes privados de liberdade, em que ela afirma que ao invés de encontrarem na privação de liberdade estes direitos anteriormente negados aos adolescentes em conflito com a lei, estes encontram “[...] punição, criminalização, pagamento de uma dívida e adaptações a modelos reformadores.” SCHMIDT, Fabiana. *Adolescentes Privados de Liberdade: A dialética dos direitos conquistados e violados*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 98.

As teorias fundadas na matriz absoluta resumem-se, em essência, no retributivismo, em que a pena se legitimaria por razões de justiça ⁷¹. Essas teorias fundam-se numa ideia de delito como quebra contratual (referindo-se à ideia iluminista de contrato social), de modo que a pena seria a indenização pela conduta praticada ⁷².

Têm por crítica o fato de serem aptas a justificar um Direito Penal não liberal máximo, pois remete a concepções arcaicas de pena como restauração ou remédio, além de confundir a razão legal com a judicial, pois admite como resposta ao por que punir o princípio retributivo, que não informa qualquer justificativa, mas apenas a condição decorrente de relacionar-se a pena ao delito ⁷³.

A doutrina ainda aponta o fato de que a demonstração empírica do retributivismo é deficitária, pois não há como se afirmar que a pena exerça um papel de neutralização, sobretudo porque a seletividade do sistema se justifica pela vulnerabilidade dos por ele detectados. Ademais, a retribuição não pode ser considerada um fim em si mesma, de modo que está sempre atrelada a finalidades outras, tais como reparação ou vingança ⁷⁴.

Analisando a sistemática trazida pela Constituição Federal de 1988, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Jr. observam que, a partir da instituição de um Estado Democrático de Direito no Brasil, não haveria como se aceitar que pena tivesse finalidades puramente retributivas, “[...] pois a sanção deve ter um sentido construtivo, na direção da solução dos problemas sociais.”⁷⁵, propondo os referidos autores, ante os obstáculos encontrados pelas teorias isoladamente consideradas, que a pena tivesse analisada no caso concreto sua real necessidade e eficácia ⁷⁶.

As teorias fundadas em uma matriz relativa, por sua vez, dividem-se entre quatro facetas: prevenção geral negativa e positiva e prevenção especial negativa e positiva.

⁷¹ GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. (Orgs.) *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.

⁷² CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 237-240.

⁷⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 115-116.

⁷⁵ CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.45.

⁷⁶ CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.48.

A prevenção geral negativa assenta-se em bases contratualistas de sociedade e de livre-arbítrio do indivíduo, e tem por intuito a dissuasão deste a partir do exemplo ⁷⁷. Observa-se, no entanto, que esta relação causal entre sanção e não cometimento de delitos carece de qualquer comprovação ⁷⁸.

Ademais, observa-se, igualmente, que esta lógica da intimidação, como efeito da adoção desta faceta, é perniciosa à sociedade, conquanto tem por efeito uma progressiva agravação das penas, na medida em que, não sendo possível impedir o cometimento de delitos, resta a sensação de que a sanção existente sempre estará aquém do necessário ⁷⁹. Porém, não bastasse isso, de se considerar, outrossim, que essa lógica significa a instrumentalização do indivíduo, utilizado como recurso pelo Estado para a consecução de seus fins ⁸⁰.

A prevenção geral positiva, ao seu turno, apresentaria duas versões distintas, a saber, uma eticizada e outra sistêmica. A primeira, encontrada em Welzel, tem por característica o fato de que a pena se justifica como reforço de valores ético-sociais. A segunda, oriunda da estrutura sistêmica de Jakobs, tem por característica a pena como reforço simbólico da confiança geral no sistema social, eis que a pena seria a forma de superação da desnormalização advinda do delito, sendo aplicada na medida necessária para se obter o reequilíbrio buscado ⁸¹.

Também em relação à prevenção geral positiva é possível observar algumas incongruências, seja em sua versão eticizada, seja em sua versão sistêmica. Na primeira, a principal crítica que se pode fazer reside no fato de que nem todo delito resulta na lesão de valores ético-morais, tendo em vista que as modernas sociedades, ante sua complexidade, possuem mais de um sistema de valores ⁸². Já em relação à versão sistêmica, a instrumentalização do indivíduo, dentre as demais críticas existentes, talvez seja a que mais chame atenção, pois, novamente, o indivíduo é colocado como instrumento do estado, que se vale de sua dor como símbolo para um pretense reequilíbrio do sistema ⁸³.

⁷⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 142-143.

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

⁷⁹ CARRARA, Francesco apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 161.

⁸⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 120.

⁸¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 116.

⁸² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 125.

⁸³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 123.

De se observar que, para além das críticas acima, e de outras existentes, a doutrina aponta que a prevenção geral positiva é incompatível com o princípio da lesividade, pois ao entender que o delito, antes de mais nada, fere valores éticos e morais, o dano sofrido pelos bens jurídicos assume papel de menor importância, o que impacta diretamente na aferição da lesão, dificultando tal atividade ⁸⁴.

De outro lado, tem-se as teorias de prevenção especial, subdivididas em prevenção especial positiva e prevenção especial negativa.

A prevenção especial positiva está inserida em uma lógica de melhoramento do indivíduo a que se destina a pena, legitimando, assim, o poder punitivo a partir da atribuição a ele de uma função positiva. Nesse sentido, esta faceta da pena relaciona-se com as ideias de ressocialização, reeducação, reinserção, responsabilização, reindividualização e reincorporação ⁸⁵.

Aqui não se fala mais em livre-arbítrio, mas, sim, em uma base determinista, o que repercutirá não só no conceito de culpabilidade, propriamente dito, mas também nos limites distintivos entre imputáveis e inimputáveis ⁸⁶.

A principal crítica feita a esta teoria tem por cerne o fato de que a criminalização secundária é causa da deteriorização do indivíduo, pelo que indemonstrável como poderia a pena melhorar o apenado, sobretudo quando a sanção aplicável esteja inserida em uma lógica carcerocêntrica.

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 papéis ⁸⁷.

Por fim, as teorias de prevenção especial negativa têm por objetivo central a neutralização do criminalizado como forma de defesa social. Porém, de se observar que a ideia de sanção jurídica, a nível teórico, “é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede” ⁸⁸.

⁸⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 125.

⁸⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 116.

⁸⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 165.

⁸⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 126.

⁸⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 128.

Em todas as teorias até então expostas é possível observar fragilidades insuperáveis, de modo que, para a discussão no âmbito do Direito Penal Juvenil, se torna necessária a análise da questão a partir de um outro viés.

Isso porque, a medida socioeducativa, em razão dos princípios fundantes do Direito da Criança e do Adolescente que orientam a atuação do Direito Penal Juvenil, são incompatíveis, se não completamente, ao menos em essência, com as teorias até aqui expostas. É impossível imaginar que possa a medida socioeducativa, por exemplo, transformar o adolescente em instrumento estatal para o reequilíbrio sistêmico, ou se volte, exclusivamente, como forma de neutralizar um indivíduo que está em meio a uma etapa de desenvolvimento.

Nem mesmo a finalidade pedagógica, que decorre do sistema inaugurado pelo ECA, pode se relacionar com as ideias de prevenção especial positiva⁸⁹, pois não pode o Estado, através da aplicação de uma medida afliativa pretender educar um indivíduo.

Aliando-se estas incompatibilidades ao fato que o Direito Penal Juvenil não torna obrigatória a aplicação de qualquer medida socioeducativa, vemos que a pretensa indissociabilidade entre a medida socioeducativa e o ato infracional não se sustenta na prática. Assim, interessante será a análise destas medidas a partir de uma perspectiva agnóstica da pena, inserida no movimento do abolicionismo penal.

O abolicionismo penal, embora tenha origens já no século XVIII,⁹⁰ assumiu seus atuais contornos na década de 1960, quando do surgimento de diversos movimentos políticos

⁸⁹ Nesse sentido é possível citar Carlos Tiffer Sotomayor, para quem “[...] *los fines de la prevención especial positiva deben de predominar, precisamente para diferenciarse del Derecho Penal de Adultos. Sin que los fines de prevención especial exclusivamente permitan la imposición de una sanción. Ya que si se permitiera la imposición de una sanción, sólo por los fines de la prevención especial positiva, para la búsqueda de los fines educativos, no se habría superado el modelo tutelar. Por esto no se puede negar que desde un ámbito legislativo e incluso en la determinación de las sanciones penales juveniles, no se abandonan los fines de la prevención general.*”. SOTOMAYOR, Carlos Tiffer. *Fines y determinación de las sanciones penales juveniles*. In: Estudios de Derecho Penal Juvenil II. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, diciembre 2011, p. 11-43, p. 19. Igualmente alude Jaime Couso Salas, que, referindo-se ao artigo 40.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, especificamente à disposição de que à criança considerada culpada pela infração das leis será assegurado tratamento que considere não só sua idade, mas também a importância de se promover sua reintegração para que assuma uma função construtiva na sociedade. Em razão disto, o referido autor entende que a diferença entre o Direito Penal Juvenil e o Direito Penal de adultos reside no fato de que o primeiro dá mais ênfase aos fins de prevenção especial positiva que o segundo, “[...] *es decir, em la orientación de la intervención penal (y de su no intervención) hacia a entrega, al condenado, de las herramientas necesarias para que éste tenga una vida futura sin delitos, así como – sobre todo – hacia la evitación de que, como consecuencia de la propia intervención penal, el condenado aumente sus posibilidades de continuar con una actividad delictiva en el futuro.*”. SALAS, Jaime Couso. *Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones*. In: Estudios de Derecho Penal Juvenil II. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, diciembre 2011, p. 269-355, p. 276.

⁹⁰ Como bem aponta Sérgio Salomão Shecaira, quando trata sobre o movimento de luta pela prisão em substituição às penas de açoite, trabalho forçado, mutilação ou pena de morte. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 366-367.

contrários à prisão,⁹¹ tais como o Krum na Suécia, em 1965, o Krim na Dinamarca, em 1967, o Krom na Noruega, em 1968, o Krak na Alemanha, em 1970, a Liga Coohnhert na Holanda, em 1971, e o Radical Alternatives to Prison – RAP na Inglaterra, nos anos 1970.⁹²

Na doutrina é possível observar ao menos quatro variantes do abolicionismo: uma estruturalista de Michel Foucault⁹³, uma materialista-marxista de Thomas Mathiesen, uma fenomenológica de Louk Hulsman e uma fenomenológica-historicista de Nils Christie⁹⁴, de modo que não há como se falar em abolicionismo como pensamento único, mas sim em diversas construções, que têm em comum a crítica ao sistema penal e a intenção de encerrá-lo⁹⁵.

Em linhas gerais essa forma de pensar pode-se definir 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 castigo [...]”⁹⁶.

A partir do abolicionismo forma-se um novo discurso sobre a pena, que prescinde do seu fundamento, focando a atenção apenas em sua natureza de fato: 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”⁹⁷.

Trata-se, pois, da teoria agnóstica da pena, que atribui ao Direito Penal uma finalidade de contração do poder punitivo⁹⁸, pois se vale do conhecimento acerca do funcionamento das agências de controle penal como forma de desconstrução e modificação do saber dogmático⁹⁹.

⁹¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 109.

⁹² BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 109.

⁹³ Zaffaroni, em sua obra *Em busca das penas perdidas*, relaciona Foucault ao abolicionismo em razão da reconhecida importância da obra deste autor para a crítica ao sistema punitivo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 101-103. Contudo, como bem anota Bruna Angotti, Foucault não trata diretamente da abolição do sistema penal e não oferece estratégias rumo ao abolicionismo, de modo que há na doutrina um dissenso sobre sua definição como abolicionista. ANGOTTI, Bruna. Breves notas sobre o abolicionismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 80, p. 247-279, set./out. 2009, online, não paginado.

⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista da Esmesc*, Florianópolis, v. 13, n. 19, p. 163-182, 2006, p. 465.

⁹⁵ ANGOTTI, Bruna. Breves notas sobre o abolicionismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 80, p. 247-279, set./out. 2009, online, não paginado.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 99.

⁹⁸ Movimento esse identificado por Salo de Carvalho em sua dissertação de mestrado, como oriundo das funções reais do sistema, possibilitando a correção de falhas e primando pela redução do controle formal penal, “[...] o que não significa retirar totalmente o Estado do conflito, mas propõe drástica redução dos efeitos perversos, com primazia pelo controle informal e estatal não penal (civil/administrativo).” CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial as razões da descriminalização*. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996, p. 228-229.

⁹⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 149.

Esta teoria é a que mais se adequa à criminologia crítica, pois desvela as reais funções do poder punitivo, na medida em que assume que a pena se fundamenta politicamente e tem como função o controle social, sobretudo quando inserida em um contexto punitivista que não abre mão da coação a si inerente ¹⁰⁰. O viés de controle social assumido pela pena fica evidente quando ela passa a ser interpretada não como uma retribuição ou uma medida preventiva, mas simplesmente como uma resposta estatal a uma resistência ao próprio controle social ¹⁰¹.

Analisando as finalidades da pena no ordenamento brasileiro Salo de Carvalho aponta para a adequação da teoria agnóstica, na medida em que a Constituição Federal não disciplinou expressamente quais as finalidades da pena, concentrando seus esforços no como punir, consagrando uma perspectiva agnóstica de redução de danos no tocante à matéria penal ¹⁰².

Nesta circunstância, o ponto de convergência entre teoria garantista, teoria agnóstica e teoria crítica dos direitos humanos ocorre na construção de discursos sobre os limites da pena, sustentados na perspectiva política de redução dos danos causados pelas intervenções arbitrárias e desproporcionais. Estratégias de i) diminuição de dor e sofrimento causados pela aplicação e execução da sanção penal; ii) reconhecimento da pena na esfera da política; e iii) tutela do polo (processual) débil (réu/condenado) contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional (pública ou privada), constituem pautas de ações táticas de contração dos poderes das agências de punitividade ¹⁰³.

No que concerne ao Direito Penal Juvenil, a discussão acerca da finalidade da medida socioeducativa suscita diversas questões que expõem fragilidades do sistema de responsabilização penal do adolescente. A pretensa finalidade pedagógica da medida socioeducativa tem servido de pretexto para intervenções arbitrárias na esfera de liberdade dos adolescentes, sobretudo a partir de um discurso paternal de reeducação do jovem tido como infrator.

Diz-se pretensa a finalidade pedagógica porque, inicialmente, a restrição de liberdade é a medida que mais se aplica aos adolescentes e, se analisada a realidade das instituições de internação de adolescentes, percebe-se que estes locais são espelhos do sistema prisional, convivendo com as mesmas mazelas proporcionalmente. É a conclusão, inclusive, a que chegou o próprio Conselho Nacional de Justiça, que ao promover, em 2015, pesquisa acerca da

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147-149.

¹⁰¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Pena é política*. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21/22, 2014, p. 55.

¹⁰² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 237.

realidade das instituições de internação para adolescentes do sexo feminino, se deparou com violações a direitos mínimos daquelas jovens, de modo que não pôde se esquivar de concluir que “Sob esse prisma, a medida socioeducativa de internação tem o mesmo sentido da prisão: castigo”¹⁰⁴. Assim, “[...] o suposto caráter socioeducativo da medida se limitaria a um mero devaneio legislativo.”¹⁰⁵.

Nesse sentido, a manutenção de uma justificção pedagógica da medida socioeducativa é prejudicial às próprias finalidades do Direito da Criança e do Adolescente, notadamente as de garantir seus direitos essenciais, pois tal justificativa traz consigo visões de defesa social, que legitimam um poder altamente punitivo¹⁰⁶.

De nada adiantará a discussão acerca da culpabilidade, ou qualquer outro conceito que possa garantir o necessário controle do poder de punir, se o discurso permanecer ancorado, sabidamente, em bases propícias ao seu próprio ruir. Mais do que admitir a existência de um Direito Penal Juvenil, é preciso admitir que a medida socioeducativa, tal qual a pena, não possui uma finalidade educativa, mas trata-se, em verdade, de “[...] 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.”¹⁰⁷ A continuidade do debate sobre a culpabilidade no Direito Penal Juvenil, em muito depende de se internalizar a ideia de que “[...] a medida socioeducativa não pode pretender reeducar, nem deseducar, corrigir ou corromper, melhorar nem piorar o adolescente”¹⁰⁸. Apenas admitindo a realidade da questão é que podemos avançar.

Se a finalidade da medida é castigo, tem-se o efeito penal e, se é penal, está sendo aplicada medida sem nenhuma observância da culpabilidade do adolescente; por outro lado, se o efeito pedagógico é para complementar as deficiências, está-se diante de um direito de menores, com violações à legalidade, ao devido processo legal e à presunção de inocência para impor um verdadeiro direito penal do autor. Nessa prática, não se tem educação, mas apenas controle social¹⁰⁹.

¹⁰⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Relatório de Pesquisa. Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação de medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões*. Brasília: CNJ, 2015, p. 212.

¹⁰⁵ DINU, Vitória Caetano Dreyer; MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 126, p. 37-66, 2016, p. 41.

¹⁰⁶ ROSA, Alexandre Moraes da., LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42.

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 99.

¹⁰⁸ ROSA, Alexandre Moraes da., LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42.

¹⁰⁹ DINU, Vitória Caetano Dreyer; MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com

Alexandre Morais da Rosa propõe uma teoria agnóstica da medida socioeducativa, percebendo-a como ato de poder, inserida em um direito infracional – contrário ao Direito Penal Juvenil, como visto anteriormente – que, por sua vez, tem por finalidade a redução das violências praticadas pelo Estado ¹¹⁰.

Seriam duas as finalidades da medida socioeducativa na visão do referido autor: impedir a vingança privada e limitar a manifestação do poder político estatal ¹¹¹. Porém, não haveria nada de retribuição ou prevenção, pois, de acordo com Luigi Ferrajoli, “O paradigma do direito penal mínimo assume como única justificção do direito penal o seu papel de lei do mais fraco em contrapartida à lei do mais forte, que vigoraria na sua ausência;” ¹¹².

A partir dessa perspectiva, o adolescente, tal qual o adulto, teria o direito fundamental de cometer atos infracionais que, se comprovados, ensejarão a sua responsabilização, com todos os ônus a ela inerentes. Porém Alexandre Morais da Rosa adverte que “Em nenhum sentido, todavia, pode ser [o adolescente] acompanhado para que se normalize aos ditames da classe dominante, romanticamente adereçada pelos valores universalmente reconhecidos.” ¹¹³.

Com efeito,

[...] a partir de uma teoria agnóstica da medida socioeducativa, reintegração social e responsabilização pelo ato infracional passam a ser, em verdade, direitos do 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 ¹¹⁴.

Ademais, ante as incompatibilidades das demais teorias da pena com os princípios do Direito da Criança e do Adolescente, uma leitura da medida socioeducativa a partir de uma perspectiva agnóstica é capaz, ao menos, de proporcionar alternativas de resolução de conflitos

a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 126, p. 37-66, 2016, p.60.

¹¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 202.

¹¹¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002, p. 32.

¹¹³ ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.203-204.

¹¹⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 177.

que envolvam diretamente as partes e a comunidade, aproximando-se do que é esperado de um sistema de responsabilização penal juvenil que se pretenda democrático e garantista ¹¹⁵.

Por fim, a ruptura com essa ideia de indissociabilidade entre ato infracional e medida socioeducativa (oriunda do sistema penal de adultos) é capaz, igualmente, de proporcionar espaço na dogmática penal juvenil para a discussão de uma categoria conceitual própria de culpabilidade, apta a preencher o Direito Penal Juvenil de “sentido garantidor e limitativo.” ¹¹⁶.

Superados os indemonstráveis pilares da culpabilidade, é possível avançar na análise da culpabilidade inserida em um Direito Penal Juvenil.

4.2. Releitura da culpabilidade à luz dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente: a necessária adequação dogmática

Como visto no capítulo 2, a culpabilidade como princípio integra a base principiológica que sustenta o Direito Penal Juvenil, tal qual ocorre com o Direito Penal. Se pretendemos consolidar um sistema de responsabilização penal de adolescentes que seja democrático e garantista, que se solidifique como limite à intervenção estatal na esfera de liberdade do adolescente, não é possível que se abra mão do reconhecimento da culpabilidade enquanto princípio norteador.

É a partir do seu reconhecimento que se estabelece, no âmbito do Direito Penal Juvenil, a consolidação da responsabilidade subjetiva, vedando, por completo, que sejam os adolescentes considerados infratores apenas pelo resultado de sua conduta.

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuível ¹¹⁷.

A consequência disso é a necessidade de análise da culpabilidade no âmbito do Direito Penal Juvenil, também em relação as suas demais acepções, posto que insuficiente que se reconheça a culpabilidade apenas como princípio que veda a responsabilização objetiva do adolescente, mas não se propicie que no momento da responsabilização do adolescente sejam

¹¹⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 177.

¹¹⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 178.

¹¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.100.

reconhecidas as excludentes de culpabilidade, por exemplo, o que resultaria em uma responsabilização objetiva em todo caso.

Uma primeira análise do sistema de responsabilização trazido pelo ECA – análise esta que não o considere como um Direito Penal Juvenil – resulta na conclusão de que a culpabilidade é de todo incompatível com a responsabilização penal de adolescentes¹¹⁸, do que deriva a conclusão de que a responsabilização dali advinda compreende tão somente a tipicidade e a antijuridicidade da conduta praticada pelo adolescente,¹¹⁹ supondo “[...] a instalação de um direito penal do fato, destacado do agente”¹²⁰.

Porém, a análise da estrutura contida na referida lei autoriza a conclusão de que a culpabilidade é categoria compatível com a responsabilização de adolescentes em conflito com a lei.

O primeiro argumento levantado pelos que defendem a possibilidade de análise da culpabilidade no âmbito do ECA é que, sendo o ato infracional, a conduta, considerada como crime ou contravenção penal, a análise do primeiro implica na análise de todos os elementos da infração, incluindo-se o juízo de culpabilidade, como sustentam João Batista Costa Saraiva¹²¹ e Rossato, Lépure e Cunha¹²².

A inimputabilidade etária, no entanto, se apresenta como o primeiro obstáculo aparente desse entendimento. Contudo, algumas interpretações são feitas pela doutrina acerca disso.

A primeira, exclui a inimputabilidade etária como elemento a ser analisado no momento do juízo de reprovação, posto que a Diretriz de Riad n. 54 obrigaria a não responsabilização do

¹¹⁸ Nesse sentido Válder Ishida que, rechaçando a possibilidade de verificação da culpabilidade do adolescente, sustenta, no entanto, a impossibilidade de aplicação de medidas socioeducativas nas hipóteses em que se verifique excludentes de tipicidade, antijuridicidade e de culpabilidade. ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 254. Também negando a ideia de culpabilidade está Alexandre Morais da Rosa, contudo, a partir de fundamentos distintos. Para este autor, culpabilidade e responsabilidade são questões distintas, sendo a responsabilidade a sujeição à pena como consequência da conduta. No âmbito do ECA haveria para o referido autor uma responsabilidade infracional que, no entanto, não pressuporia o reconhecimento de uma responsabilização objetiva do adolescente, havendo a necessidade de apurar, no caso concreto, o que ele chama de vontade do adolescente, de modo a consagrar responsabilidade pelo ato e não pelo agente. ROSA, Alexandre Morais da., LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 242.

¹¹⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.99.

¹²⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.101.

¹²¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.79.

¹²² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo, e CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei nº 8069/90 comentado artigo por artigo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296.

adolescente por aquelas condutas que não sejam puníveis ao adulto¹²³, de modo que a análise da culpabilidade, com vistas a verificar a inexistência de causas de exculpação seria um pressuposto da apuração de qualquer ato infracional.

Shecaira, no entanto, avalia que o juízo de imputabilidade não é um pressuposto da culpabilidade, senão um dado distintivo da pessoa humana, sendo, assim, um pressuposto da ação, pelo que não se mostraria como um obstáculo ao reconhecimento de uma culpabilidade no âmbito do Direito Penal Juvenil ¹²⁴.

Bustos Ramírez, ao seu turno, entende que a inimputabilidade do adolescente enseja não apenas o reconhecimento de que se trata de um indivíduo dotado de dignidade, como também o reconhecimento de uma resposta estatal que satisfaça suas necessidades como sujeito em fase de desenvolvimento ¹²⁵.

Já Karyna Sposato, defendendo a ideia de uma culpabilidade *sui generis* para o adolescente no âmbito do Direito Penal Juvenil, sustenta que também a imputabilidade neste caso seria diferenciada, sendo certo que a inimputabilidade penal etária não exclui do adolescente a capacidade intelectual e volitiva – ainda que própria de sua idade. A ideia da autora é a de que, sendo o adolescente um sujeito de direitos, não se pode dele subtrair o direito de ser responsável por seus atos, ainda que essa responsabilidade se dê em moldes distintos aos dos adultos ¹²⁶.

Nesse sentido, verifica-se que, conquanto sejam distintos os posicionamentos acima, certo é que a doutrina tem demonstrado que a discussão sobre uma culpabilidade própria do adolescente não pode ser rechaçada ao argumento de que seria incompatível com a inimputabilidade penal que a eles é atribuída. Ademais, a correta compatibilização entre o Direito Penal Juvenil e finalidades democráticas enseja o reconhecimento da culpabilidade do adolescente.

¹²³ FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. *Estatuto da criança e do adolescente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 92-93.

¹²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2. ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.158-159.

¹²⁵ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Imputabilidad y edad penal*. Disponível em: <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹²⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 206-208.

Jaime Couso, ao sistematizar *standards* para a apuração da responsabilidade penal de adolescentes, defende que a culpabilidade destes sujeitos deve ser tida como diminuída, em razão de suas peculiaridades físicas, psíquicas e emocionais ¹²⁷.

Já Lavaggi, ao sustentar uma culpabilidade social ¹²⁸, defende a incidência de fatores socioculturais na culpabilidade, que seria, em sua visão, uma culpabilidade de autor com perspectivas de redução do *ius puniendi* ¹²⁹. Considerando que o adolescente é sujeito de direitos, deve-se reconhecer sua condição de sujeito responsável ¹³⁰, tal qual entende Karyna Sposato.

Alessandro Baratta sustenta que o sistema inaugurado pelo ECA é o de responsabilização penal, ainda que atenuada em relação à responsabilidade penal atribuída aos adultos, pois trata-se de uma resposta estatal a uma conduta culpável, baseada na restrição de direitos ¹³¹. Por conta disso, implica no respeito aos filtros do Direito Penal de adultos, dentre outros, a observância se há ou não uma capacidade de querer e entender a ação que se comete, bem como ser exigível do agente um comportamento conforme a norma ¹³².

Segundo Baratta, estes requisitos devem ter características distintas das dos adultos, inclusive em um nível mais brando. O que, no entanto, não pode ser dispensado é o reconhecimento de que o adolescente deve ter tido opções de comportamentos razoáveis e, assim, seja possível lhe exigir socialmente um comportamento conforme a lei ¹³³.

¹²⁷ 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*, Valparaíso, XXXVIII, p. 267-318, 2012, p. 288.

¹²⁸ Neste sentido, dialogando com Zaffaroni, Bustos Ramírez, Muñoz Conde e Gonzálo Fernandez, como bem anota Hamilton Gonçalves. FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 79.

¹²⁹ PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, v. 4, 1998, p. 362.

¹³⁰ PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, v. 4, 1998, p. 368. No mesmo sentido Carlos Uriarte, que reforça a ideia que a seguir será melhor explanada de princípio da alteridade em consonância com o princípio da autonomia progressiva, previsto pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. URIARTE, Carlos E. apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 81.

¹³¹ BARATTA, Alessandro. Elemento de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência. A proposito del Estatuto de Niño y del Adolescente de Brasil. *Revista Ius et Veritas*, Lima, v.10, p.73-79, 1995.

¹³² Os filtros observados por Baratta são: prova da realização do delito; conduta típica e antijurídica; capacidade de querer entender a ação que está praticando, conhecendo-se a antijuridicidade em questão; disponibilidade de opções de comportamento razoáveis além de exigibilidade social de comportamento conforme a lei. BARATTA, Alessandro. Elemento de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência. A proposito del Estatuto de Niño y del Adolescente de Brasil. *Revista Ius et Veritas*, Lima, v.10, p.73-79, 1995.

¹³³ BARATTA, Alessandro. Elemento de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência. A proposito del Estatuto de Niño y del Adolescente de Brasil. *Revista Ius et Veritas*, Lima, v.10, p.73-79, 1995.

Já Beatriz Cruz Márquez, entende que o reconhecimento da culpabilidade do adolescente é decorrência direta do princípio do superior interesse da criança e do adolescente¹³⁴. Tendo o Direito Penal Juvenil por fundamento a necessidade social de exigência de responsabilização daqueles adolescentes que infrinjam a lei penal quando podiam ter se comportado conforme ela, essa demanda punitiva deve ser limitada, necessariamente, a partir dos princípios da proporcionalidade e da culpabilidade, garantias irrenunciáveis de um Estado Democrático de Direito¹³⁵.

Percebe-se, das ideias centrais expostas acima, que a doutrina reconhece a importância de trazer para o Direito Penal Juvenil a análise da culpabilidade do adolescente. Contudo, a abordagem que se faz não difere substancialmente do conceito de culpabilidade próprio do Direito Penal, de modo que resta evidente a incompatibilidade de ambas estruturas.

Um dos grandes equívocos que se apresenta em algumas legislações sobre a responsabilidade penal juvenil¹³⁶ é a tentativa de responsabilizar-se um adolescente, com todas as suas singularidades, a partir de um esquema de culpabilidade voltado a um adulto. De certo que diversas serão as incoerências e incongruências de um sistema assim¹³⁷.

Nesse sentido, Hamilton Gonçalves chama atenção para o risco que surge da importação conceitual da culpabilidade ao Direito Penal Juvenil sem que aja uma revisão de suas estruturas. Isso porque tratam-se de sujeitos culpáveis distintos, com estágios de desenvolvimento diferentes, inseridos em complexos normativos diversos¹³⁸. O adolescente, diferentemente do adulto, apresenta um grau de maturidade diferente e, por conta disso, é sujeito de garantias muito mais amplas. Essas peculiaridades não podem ser deixadas ao largo no momento da conceituação de sua culpabilidade, pelo que, necessária se faz uma adequação dogmática do conceito à realidade do Direito Penal Juvenil¹³⁹.

¹³⁴ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM – Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, p. 241- 269, 2011, p. 244.

¹³⁵ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM – Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, p. 241- 269, 2011p. 246-247.

¹³⁶ Aqui merece destaque, na linha do que afirma Beatriz Cruz Márquez para a legislação espanhola, Lei Orgânica nº 5/2000 com as reformas promovidas pela Lei Orgânica nº 8/2006.

¹³⁷ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM – Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, p. 241- 269, 2011, p. 253.

¹³⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 95.

¹³⁹ BASUALTO. Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito. *Revista de Derecho*, Valdivia v. XX, n. 2, p. 195-217, dez. 2007, p. 201.

4.2.1. Fundamentos materiais para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil

De todas as teorias que se expos neste trabalho, a culpabilidade materialmente fundamentada na responsabilidade é a perspectiva que melhor se adequa a um sistema de responsabilização penal de adolescentes que se pretenda garantista e democrático, pois a culpabilidade passa a ter seu conteúdo determinado a partir do indivíduo em sociedade – homem concreto vinculado a uma relação social concreta ¹⁴⁰.

Logo, deve ser considerado na culpabilidade as peculiaridades do indivíduo, tais como suas características físicas, biológicas e psíquicas, todas em sua dimensão social, não se considerando mais o sujeito como ente abstrato.

Dessa concepção tem-se que a culpabilidade abandona o juízo de reprovação e se reveste como juízo de responsabilidade. O efeito prático desta perspectiva é a de atribuição de responsabilidade não apenas ao indivíduo, mas também à sociedade, posto que inserida em tal relação, de modo que não apenas o papel do sujeito em sociedade é considerado, mas também o papel que a sociedade a ele atribuiu, bem como os controles que a ele dispôs ¹⁴¹.

Abandona-se, portanto, a busca por fundamentos da responsabilidade na pessoa do indivíduo e em suas características. A questão que surge será acerca da legitimação do Estado para exigir a responsabilidade do indivíduo concreto pelo fato praticado ¹⁴².

A partir disso, Hamilton Gonçalves aponta duas importantes balizas para a culpabilidade pensada como um juízo de responsabilidade: a culpabilidade não se presta a agravar sofrimentos humanos e sociais desnecessariamente, de modo que não pode deixar de considerar o sujeito culpável inserido em seu mundo real; o Direito Penal não admite a punição de um indivíduo em razão de suas condições pessoais, porque vedado está o direito penal de

¹⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 182.

¹⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 183.

¹⁴² BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 183. Essa proposta em muito se assemelha com a ideia de co-culpabilidade de Zaffaroni e que, mais tarde, passou a ser a ideia de culpabilidade por vulnerabilidade. Zaffaroni sustentava que ao se considerar que a todos não são dadas as mesmas possibilidades de realizações, aqueles que detivessem maiores possibilidades de realização deveriam arcar com a maior parcela de responsabilidade, de modo que a sociedade também teria sua parcela de culpabilidade na conduta do indivíduo. No entanto, o conceito passou por transformações, o que implicaria em conclusões equivocadas, como a estigmatização das classes pobres como criminosas, do que decorreria o recrudescimento da resposta estatal incidente nestas classes, de modo que permaneceria inalterada a seletividade estrutural do poder punitivo, além de ser esta teoria incompatível com uma posição agnóstica da pena. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 11-12.

autor. A punição é devida em razão de um fato, e assim a culpabilidade, tal qual o Direito Penal, são de fato, não de autor ¹⁴³.

Ainda segundo o referido autor, a questão trazida para o âmbito do Direito Penal Juvenil encontra guarida no próprio artigo 227 da Constituição Federal que, ao instituir o princípio da absoluta prioridade, direcionando a todos – família, sociedade e Estado – o dever de observar todos direitos e garantias da criança e do adolescente, acaba por demonstrar que não poderá o adolescente ser responsabilizado sem que se considere o mundo ao seu entorno, ou seja, sem que se considere de que maneira os responsáveis constitucionais cumpriram com seu dever de observar os direitos daquele sujeito ainda em fase de desenvolvimento ¹⁴⁴.

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 ¹⁴⁵.

Dessa forma, quanto menos desenvolvida a prática democrática, menos legítimo será o juízo de culpabilidade e, conseqüentemente, a violência advinda da pena ¹⁴⁶.

Estas conclusões são extremamente adequadas à discussão sobre a necessidade de uma culpabilidade própria aos adolescentes, na medida em que se tratam de sujeitos com baixíssima participação democrática, de modo que a categoria conceitual de culpabilidade a eles aplicável, além de específica, deve, necessariamente, ser mais benéfica.

A partir disso, desponta a importância do princípio da alteridade no Direito Penal Juvenil. Remontando-se a Juarez Cirino dos Santos, tal qual se viu em capítulo próprio, a alteridade, e não a presunção de liberdade, é o fundamento material da responsabilidade de um indivíduo por sua conduta antissocial ¹⁴⁷, pois a constituição da responsabilidade enseja “[...] o

¹⁴³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 18185-186.

¹⁴⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 186. Essa concepção também é defendida por Alexandre Morais da Rosa. ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; e por Ellen Cristina Carmo Rodrigues, para quem é preciso, inclusive, observar a vulnerabilidade dos adolescentes à seletividade do sistema penal, de modo a compensá-la com a redução das ilegítimas intervenções penais. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 256.

¹⁴⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 189.

¹⁴⁶ MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luíz ; MARTINS, Antonio. (Orgs) *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.

¹⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 292.

exercício intersubjetivo de reconhecimento e da consideração da alteridade do lado do sujeito para o campo social e do campo social para com o sujeito.”¹⁴⁸ Nesse sentido, a alteridade atende aos mandamentos de não discriminação, que implicam dever de reconhecimento e respeito ao outro, questões de extrema importância no âmbito socioeducativo ¹⁴⁹.

Assim, é possível concluir que, no âmbito de um sistema de responsabilização penal de adolescentes que se pretende garantista e democrático, a culpabilidade deve eleger como fundamento material concepções tais como as acima expostas, como forma de densificar ¹⁵⁰ na esfera penal o princípio da dignidade da pessoa humana, através da contenção do poder estatal de punir ¹⁵¹.

4.2.2. Culpabilidade como elemento do ato infracional

Partindo da concepção de Hassemer de que “A justificação ético-social da consequência jurídico penal não reside no âmbito individual – na ‘culpabilidade’ de um indivíduo – mas sempre no âmbito social”¹⁵², é possível afirmar que em se tratando de um sistema de responsabilização penal de adolescentes, também a noção de medida socioeducativa é anterior ao juízo de imputação que se faz ao sujeito e sua justificação é alheia ao indivíduo autor da conduta delituosa. Logo – aqui falando de pena, mas também de medida socioeducativa –, “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.” ¹⁵³.

Nesse sentido, culpabilidade é limite e não fundamento da pena, pois deve se orientar em um Estado Democrático de Direito a fim de conter o poder punitivo do Estado. Essa característica de contenção, no entanto, não é incompatível com a que assume no âmbito de graduação da pena (ou da medida socioeducativa) pois, ainda que torne o juízo de responsabilidade mais fluído, não perde o caráter limitador, na medida em que “[...] qualquer

¹⁴⁸ ROSA, Miriam Debieux; PRUDENTE, Sergio Eduardo Lima. Responsabiliz(ação): o sujeito entre a responsabilidade e o dever jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 109, p.75-89, jul./ago. 2014, p. 82.

¹⁴⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 191.

¹⁵⁰ SPOSATO, Karyna Batista. Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal de adolescentes. *Boletim IBCrim*, São Paulo, v. 23, n. 271, jun. 2015, p. 8.

¹⁵¹ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 254.

¹⁵² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.320-321.

¹⁵³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p.194.

tendência de exasperação ou mitigação deve atender a parâmetros racionais e às garantias constitucionalmente previstas.”¹⁵⁴.

Assentadas essas premissas, tem-se que o juízo de culpabilidade atua, em um primeiro momento, na verificação da existência de alguma causa de exculpação e, caso não verificada nenhuma destas, em um segundo momento como avaliação concreta do fato, de modo a possibilitar juízo de individualização¹⁵⁵.

No tocante ao Direito Penal Juvenil não será diferente. Guardadas as peculiaridades deste sistema, a culpabilidade seguirá como limite e não como fundamento, da medida socioeducativa. Sua análise partirá da verificação da existência de causas de exculpação do adolescente e, na inexistência destas, servirá como instrumento de avaliação do caso concreto como forma de amparar um juízo de individualização. É, pois, elemento do ato infracional.

A sua análise, no entanto, deve ser adequada, como dito, às peculiaridades do sistema, mas, sobretudo, às peculiaridades do adolescente.

A seguir, pretendemos apresentar panorama geral de uma possível adequação dogmática do conceito de culpabilidade e seus elementos à especificidade do Direito Penal Juvenil.

4.2.2.1. Imputabilidade

A imputabilidade é, sem dúvida alguma, um dos fatores que mais complicam a discussão acerca da culpabilidade no Direito Penal Juvenil. Não porque de fato seja uma barreira intransponível, mas porque sua interpretação a partir das concepções de culpabilidade tradicionalmente adotadas a colocam como questão insuperável nesta discussão.

A sua funcionalidade, como bem se sabe, restringe-se à diferenciação de sujeitos para a imposição de um regime jurídico adequado e, nesse sentido, é definida tradicionalmente como capacidade de culpabilidade, ou aptidão para ser culpável¹⁵⁶.

Contudo, esta definição é por demais normativa, já que enfatiza a norma e a ação praticada em detrimento do sujeito em que recai a condição de imputável¹⁵⁷. Ademais, esse

¹⁵⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.195.

¹⁵⁵ TAVARES, Juez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Orgs.). *Cem anos de repressão*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 136-137.

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 473.

¹⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 196.

viés normativo contribui para a estigmatização dos sujeitos que não reúnam os requisitos para a imputabilidade, separando-se os indivíduos em capazes e incapazes, estes últimos tidos por irresponsáveis. Essa estigmatização viola claramente o princípio da igualdade.

Maria Auxiliadora Minahim, ao analisar a imputabilidade à luz das teorias da culpabilidade, conclui que são outros os critérios utilizados para afastar a criança e o adolescente da incidência do Direito Penal de adultos¹⁵⁸, que não a imputabilidade em sua tradicional interpretação.

Uma leitura deste conceito a partir de uma perspectiva da responsabilidade e não da reprovabilidade, ou mais precisamente como um processo de socialização¹⁵⁹, possibilita, no entanto, uma melhor adequação do conceito ao Direito Penal Juvenil, na medida em que a partir desta perspectiva, social concreta, observa-se o indivíduo, no caso o adolescente, como um ator social, considerando-se o seu entorno no momento de análise da sua conduta. Assim, a imputabilidade passa a ser interpretada como um choque entre sujeitos que se orientam por mundos e regras distintos, do que resulta um conflito com o mundo hegemônico¹⁶⁰, o que guarda relação com a pluralidade referencial a que está submetido o adolescente, conforme se verá a seguir.

Assim entendida, a imputabilidade passa a ser um juízo de incompatibilidade da consciência social de um indivíduo, que se manifesta em suas ações em relação ao ordenamento jurídico¹⁶¹. O reverso disso é que a inimputabilidade será um juízo de compatibilidade da consciência social do sujeito, manifestada a partir do seu agir em relação ao ordenamento jurídico. Isso se dá em razão da existência de peculiaridades do sujeito inimputável que impedem que seja considerada uma possível incongruência entre sua consciência social e o ordenamento jurídico¹⁶².

Portanto, a adoção da responsabilidade como fundamento material da culpabilidade tem por consequência a adoção de um juízo positivo para a inimputabilidade, muito distinto do que tradicionalmente se tem.

¹⁵⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da emoção: A inimputabilidade do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 59.

¹⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 367.

¹⁶⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 196.

¹⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte:, 2017, p. 197.

¹⁶² BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte:, 2017, p. 197.

Essa mudança de perspectiva interpretativa contribui para a superação da imputabilidade como barreira intransponível ao reconhecimento da culpabilidade no Direito Penal Juvenil, pois constata-se que a manutenção da distinção entre imputáveis e inimputáveis não é prejudicial, conquanto se assuma que a inimputabilidade se distingue da imputabilidade apenas por fazer essencial a observância de uma série de garantias próprias do sujeito inimputável¹⁶³, como o princípio do superior interesse no caso dos adolescentes que, conjugado ao dever do Estado, sociedade e família zelarem pelos direitos e garantias destes indivíduos, impõem que se impeça, de todo modo, lesões ao desenvolvimento e formação dos adolescentes.

Em razão disso, a inimputabilidade penal é um direito fundamental do adolescente, não servindo, no entanto, como presunção de incapacidade de compreensão. Sua existência é corolário dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente, que privilegiam a peculiar condição da criança e do adolescente de sujeitos em desenvolvimento¹⁶⁴. É, pois, uma opção de política pública¹⁶⁵.

A consequência disto, é que sua previsão constitucional não é capaz de obstar a responsabilização penal de adolescentes no âmbito de um sistema de responsabilização distinto que, ainda que de caráter penal, esteja assentado em bases democráticas e garantistas, que reconheça o adolescente como sujeito titular de direitos fundamentais¹⁶⁶ e que se coloque como mecanismo de contenção do poder punitivo estatal, contribuindo para combater a vulnerabilidade dos jovens frente às agências de criminalização secundárias.

Assim, a inimputabilidade, como direito fundamental, a um só tempo, legitima a incidência da intervenção prevista pelo ECA¹⁶⁷ e, de outra feita, refere-se ao Direito Penal, ao que se apresenta como barreira intransponível à incidência deste sistema no que concerne aos adolescentes em conflito com a lei.

¹⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Imputabilidad y edad penal*. Disponível em <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹⁶⁴ VILLAS-BÔAS, Eduardo da Silva. *Direito Penal e o paradigma da responsabilidade juvenil*. Salvador: EDUFBA, 2012, p.46.

¹⁶⁵ A própria Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal assume a eleição de um critério de política criminal, quando afirma que “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de política criminal.”, justificando tal adoção nos mecanismos que dispunha o Estado, a partir da edição das legislações de menores, para o afastamento do “jovem delinquente” do convívio social, sem que para tanto fosse preciso submetê-lo à “contaminação carcerária”.

¹⁶⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 60 – 74. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 162.

¹⁶⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.79.

No que se refere ao Direito Penal Juvenil, a doutrina se divide entre os que sustentam a existência de uma culpabilidade *sui generis* e os que rechaçam essa ideia, sustentando a necessidade de superação dos limites impostos à culpabilidade ¹⁶⁸.

Contudo, a construção de um conceito de culpabilidade próprio ao Direito Penal Juvenil se mostra como o caminho mais acertado para a observância de garantias fundamentais, bem como para a superação dos resquícios da etapa tutelar. É, de outra feita, “[...] um passo necessário para a construção de sistemas penais mínimos, racionais e democráticos” ¹⁶⁹.

Ademais, de se considerar que a sistematização do ECA é propícia a uma construção dogmática de uma culpabilidade juvenil, pois o próprio estatuto traz uma diferenciação entre crianças e adolescentes, na medida em que às primeiras não se aplicam medidas socioeducativas, mas sim medidas de proteção, pelo que, poderia se falar em uma imputabilidade estatutária, ou própria do Direito Penal Juvenil, para os adolescentes, sobre quem recaem as medidas socioeducativas ¹⁷⁰.

Sendo possível a adequação dogmática com vistas a adoção de um conceito de culpabilidade que seja aplicável aos adolescentes, necessário se faz analisar em que medida ela poderá ser excluída no âmbito da responsabilização penal de adolescentes.

No que concerne à inimputabilidade etária, o marco de responsabilização socioeducativo é 12 anos, conforme os artigos 2º e 104 do ECA. Embora crianças – menores de 12 anos – possam praticar ato infracional (conforme artigo 105 do ECA), estão sujeitas às medidas protetivas ¹⁷¹, mas não às medidas socioeducativas, justamente porque o estágio de desenvolvimento em que se encontram, ainda inicial, implica em peculiaridades que não se adequam ao sistema socioeducativo, sobretudo em razão do incipiente grau de amadurecimento que contam.

¹⁶⁸ Nesse sentido, Karyna Sposato se apresenta como defensora desta culpabilidade *sui generis* e Ellen Cristina Rodrigues do Carmo se filia à corrente que pugna pela superação dos limites advindos do conceito da culpabilidade no que concerne ao Direito Penal Juvenil.

¹⁶⁹ BRUÑOL, Miguel Cillero. “Nulla poena sine culpa”. Um limite necesario al castigo penal de los adolescentes. In: MÉNDEZ, Emilio García (Comp.). *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p.84, tradução nossa. No original: “[...] un paso necesario para construir sistemas penales mínimos, racionales y democráticos.”

¹⁷⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 199.

¹⁷¹ Vale lembrar que medidas protetivas não têm qualquer conteúdo aflagante e sua aplicação é de atribuição do Conselho Tutelar, conforme disposto no artigo 136, I, ECA.

Neste aspecto, a maturidade do adolescente, se constatada tal qual a de uma criança, ensinará a diminuição de sua culpabilidade, ou até mesmo a aplicação de uma medida protetiva, de modo a respeitar as peculiaridades do indivíduo.¹⁷²

Já no que concerne a existência de anomalias psíquicas, na linha do artigo 26 do Código Penal, é inconteste que o seu reconhecimento enseja a declaração de inimputabilidade do adolescente, excluindo-se a aplicação de medida socioeducativa e impondo-se a observância da Lei Antimanicomial, sempre, é claro, observando-se as garantias próprias do Direito da Criança e do Adolescente ¹⁷³.

A especificidade que este assunto assume no âmbito da responsabilização penal de adolescentes reside no fato de que, tratando-se de adolescente atestadamente inimputável em razão de sofrimento psíquico, a aplicação das adequadas medidas deve se dar a partir de um juízo de proporcionalidade, já que não apenas o sofrimento psíquico pode se dar de maneira distinta em um adolescente comparativamente ao adulto, como pode o adolescente ser acometido por enfermidades e transtornos próprios do seu período de vida ¹⁷⁴.

Embora a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) fale em excepcional suspensão da medida socioeducativa e inclusão em programa e atenção integral à saúde mental, o tratamento de saúde não deve ser considerado como extensão da medida socioeducativa, o que condicionaria a alta do adolescente à decisão judicial. “Se o adolescente foi encaminhado ao serviço de saúde entende-se que sua medida socioeducativa foi convertida em tratamento, passando a prevalecer a lógica da saúde mental e dos fluxos inerentes ao sistema de saúde” ¹⁷⁵.

Ademais, a própria Lei do SINASE, em seus artigos 64 e 65, determina que o adolescente que apresente indícios de enfermidade psíquica ou deficiência mental, “[...] deverá

¹⁷² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 202.

¹⁷³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 197-200. Nesta linha, Dominique Nicole Tapia Valdivia observa que no caso chileno a falta de uma disciplina legal para a aplicação e execução de medidas de segurança em relação a adolescentes contribui para a ofensa às garantias fundamentais dos adolescentes que apresentem inimputabilidade psíquica. Isso porque, a utilização do sistema aplicado aos adultos não se mostra satisfatório, na medida em que a averiguação de sanidade mental de um adolescente implica a observância das peculiaridades próprias de sua fase de vida, do que decorre a necessidade de se adequar os níveis de aferição de sanidade mental às condições pessoais do adolescente. VALDIVIA, Dominique Nicole Tapia. *Estudio del tratamiento al adolescente enajenado mental em el proceso penal chileno*. 2015. Dissertação de Memória (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) – Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2015, p. 125-126.

¹⁷⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 204.

¹⁷⁵ FRASSETO, Flávio Américo; JOIA, Julia Hatakeyama. Internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias: apontamentos sobre as responsabilidades do sistema de justiça e do sistema de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 227-257, jul./ago. 2014, p.250.

ser avaliado por equipe técnica e multissetorial podendo, conforme o caso, ter-se a suspensão da medida socioeducativa, com vistas a incluí-lo em programa de atenção integral à saúde mental adequado ao seu caso específico.”¹⁷⁶.

Ainda sobre a questão da inimputabilidade, Hamilton Gonçalves traz uma interessante questão à baila: a inimputabilidade por embriaguez. Em que pese o artigo 28, II, do Código Penal disponha que a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a culpabilidade, o referido autor, analisando as peculiaridades do adolescente e da fase de desenvolvimento em que se encontra, afirma não ser proporcional que a imprudência na embriaguez, que motiva a punição de um adulto, seja motivo para punir o 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.”¹⁷⁷, bem como, a fase da vida em que o adolescente se encontra é marcada pela experimentação e vivências, sendo a influência ao seu entorno, muito importante em suas decisões.

E no mesmo sentido sustenta no que se refere à *actio libera in causa*. Segundo o referido autor, se tal ideia é questionável no plano do Direito Penal, mais ainda o será no plano do Direito Penal Juvenil, afirmando ser impossível estabelecer qualquer relação entre a colocação em estado de inimputabilidade e o fato advindo deste estado, bem como ser impossível afirmar o dolo do agente em relação ao fato conseqüente do estado de inimputabilidade¹⁷⁸.

4.2.2.2. Potencial consciência da ilicitude

Superada a questão da imputabilidade/inimputabilidade, surge a análise da potencial consciência da ilicitude que, no Direito Penal Juvenil deve ser analisada de maneira distinta e mais benéfica que no campo do Direito Penal, justamente porque o adolescente é um indivíduo que tem peculiar capacidade de internalização de normas, geralmente condicionada por processos de socialização e desenvolvimento¹⁷⁹.

¹⁷⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase: a imputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.204.

¹⁷⁷ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 207.

¹⁷⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 207.

¹⁷⁹ BASUALTO, Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito. *Revista de Derecho Penal*, cidade?, v. XX, n. 2, p. página inicial e página final, dez. 2007, p. 213.

A primeira questão que surge quando se trata da potencial consciência da ilicitude analisada no âmbito do Direito Penal Juvenil é a de que há uma necessária distinção que deve ser feita entre conhecer e compreender.

Compreender a antijuridicidade pressupõe o conhecimento e a internalização ¹⁸⁰ da valoração contida na norma, de modo que não basta a ciência do conteúdo normativo, sendo preciso que ele seja incorporado e dotado de sentido.

Esse é o elemento cognoscitivo da culpabilidade, plenamente adequado ao Direito Penal Juvenil, inserido em um mundo real concreto, tal qual o adolescente a ele relacionado ¹⁸¹.

Porém, a compreensão, para ser valorada, deve dar-se a partir de determinados níveis, sendo três as correntes que tratam sobre isso: i) uma em que a compreensão situa-se na antijuridicidade material da conduta, ou seja, o sujeito deve poder estar consciente da contradição da sua conduta com a ordem da comunidade; ii) outra, em que o âmbito de compreensão situa-se na antijuridicidade concreta, em que há consciência da danosidade social, sendo desnecessária a consciência da punibilidade do fato; iii) e, por fim, a corrente que pugna pelo conhecimento da punibilidade do fato.

A primeira corrente, embora sendo a de maior aceitação na doutrina brasileira ¹⁸², se apresenta demasiadamente ampla e moralista confundindo percepções morais com jurídica. Ao seu turno, a segunda corrente não se compatibiliza com a fragmentariedade e com a subsidiariedade ínsitas ao Direito Penal, pois, admite, incoerentemente, a punição de indivíduo que sequer imagina ser sua conduta um injusto penal ¹⁸³.

Ante a estes inconvenientes, a terceira corrente, mais restritiva de todas e que entende como âmbito de compreensão do injusto a punibilidade concreta do fato (tipicidade e antijuridicidade), é a que se apresenta como mais adequada ao Direito Penal Juvenil, em que pese apresente a dificuldade de se determinar os elementos que orientarão a formação de convicção do julgador acerca da compreensão, ou não, da punibilidade do fato no caso concreto ¹⁸⁴.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 676.

¹⁸¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 211.

¹⁸² Dentre outros, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015; e PRADO, Luís Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁸³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 214.

¹⁸⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 215.

A esta aparente fragilidade pode-se apresentar como solução a análise do conflito a partir de uma perspectiva cultural, de modo a facilitar a aferição da obtenção, ou não, da compreensão da ilicitude.

Essa solução, na verdade é um imperativo do próprio Direito Penal Juvenil, que tem por nota distintiva, justamente, a consideração do adolescente a partir do seu contexto cultural e de seu ambiente social.

Ademais, é preciso reconhecer que “[...] dadas as condições individuais e sociais do adolescente, sua capacidade de alcançar a compreensão da ilicitude não será a mesma de um adulto [...]”, de modo que é desproporcional, na linha do que sustenta Roxin¹⁸⁵ acerca do Direito Penal, que se exija de um adolescente um dever geral de autoinformação¹⁸⁶.

Na mesma linha de pensamento, Beatriz Cruz Márquez aduz que a deficitária socialização do adolescente, que afete significativamente seu desenvolvimento ético-moral, quando fruto do desinteresse ou incompetência de seus responsáveis, é uma das hipóteses que pode resultar em ausência do elemento cognitivo da culpabilidade¹⁸⁷.

Isso porque, não basta a sensação de que se trate de algo imoral ou indecente. É preciso que a norma seja incorporada no entorno vital do adolescente e que o bem jurídico tutelado não seja desconhecido para ele. O erro de proibição, no contexto da responsabilização penal juvenil, pode ocorrer a partir da especial complexidade da norma penal, seja porque o tipo penal contém algum elemento não significativo ao adolescente, seja porque o bem jurídico apresente conteúdo ambíguo. Há, ainda, a possibilidade da desproporcionalidade do meio utilizado ou da equivocada ponderação do bem jurídico, oriunda das peculiaridades da avaliação e percepção do adolescente¹⁸⁸.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. 2. ed. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 878.

¹⁸⁶ Acerca disso, Hamilton Gonçalves alerta para a possibilidade de se verificar a ocorrência de erro de proibição fundado na dúvida sobre a proibição. Ainda que pouco desenvolvida essa questão no que concerne ao Direito Penal Juvenil, o referido autor sustenta que há a possibilidade de aplicar-se, de maneira flexível e adequada às peculiaridades do Direito Penal Juvenil, o entendimento que se vem sustentando no Direito Penal, de exclusão da culpabilidade se inevitável a dúvida, ou a redução da culpabilidade, se poderia o adolescente evitar tal dúvida. FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 220.

¹⁸⁷ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM – Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, p. 241- 269, 2011, p. 261. O mesmo seria percebido nas hipóteses em que presentes obstáculos no processo de interiorização das normas sociais, quando há conflitos culturais entre a comunidade de procedência e a majoritária, principalmente quando o adolescente se pautar em um padrão de identificação separado.

¹⁸⁸ MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM – Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, p. 241- 269, 2011, p. 262-263.

Ainda acerca da potencial consciência da ilicitude, não se pode deixar de tratar sobre a proposta de reconhecimento do erro de proibição culturalmente condicionado¹⁸⁹.

Nessa hipótese sustenta-se que o indivíduo conhece a norma, contudo não se pode exigir dele que compreenda o conteúdo da mesma, ou seja, não se pode exigir que ele internalize o conteúdo normativo, normalmente porque este indivíduo está inserido em um contexto de subcultura diferencial, da qual retirou valores distintos, os quais internalizou¹⁹⁰.

Trazendo a hipótese para o âmbito do Direito Penal Juvenil, tem-se que a compreensão do adolescente está condicionada ao seu menor grau de maturidade e desenvolvimento – próprio da idade –, mas também, e, sobretudo, à pluralidade de referenciais normativos a que está submetido, resultado da pluralidade de contextos socioeconômicos e culturais.

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 praticado¹⁹¹.

4.2.2.3. Exigibilidade de conduta diversa

Por fim, a análise da culpabilidade como elemento do ato infracional deve passar pela exigibilidade de conduta diversa, eis que elemento essencial da responsabilidade.

No caso do Direito Penal Juvenil as hipóteses em que não se pode exigir conduta distinta do adolescente se afiguram mais específicas que no campo do Direito Penal, posto as peculiaridades do próprio sujeito do Direito Penal Juvenil¹⁹².

Assim, pode-se elencar, ainda que não exhaustivamente, como causas de inexigibilidade a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, bem como a falta de motivabilidade.

¹⁸⁹ Também denominado de erro de compreensão.

¹⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 736.

¹⁹¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 222.

¹⁹² Beatriz Cruz Márquez aponta, na linha do que será exposto ao longo do tópico que a dependência do adolescente em relação a determinadas pessoas (adultas ou não) pode conduzir o jovem a se submeter às instruções desta pessoa, ainda que ele compreenda o caráter injusto do seu ato. Especificamente em relação a delitos contra a liberdade sexual, a autora anota a possibilidade de os mesmos serem cometidos a partir da vivência de um impulso sexual repentino e irrefreável, o que poderia impedir o adolescente de refletir e inibir o seu comportamento. 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*, n. 15, p. 241- 269, 2011, p. 261.

A coação moral irresistível no âmbito do Direito Penal Juvenil deve ser observada, tendo em vista que o adolescente, comparado ao adulto, possui menor capacidade de resistência à coação, justamente pela condição de desenvolvimento em que se encontra ¹⁹³.

Também de se considerar, na linha das peculiaridades do adolescente, que até mesmo hipóteses de coação resistível devem ser avaliadas de maneira mais benéfica ao adolescente, ultrapassando a mera mitigação da resposta estatal ¹⁹⁴.

Já no que concerne à obediência hierárquica, deve-se ter em mente que ela deve ser analisada, diferentemente do que ocorre no Direito Penal, no âmbito das relações privadas de trabalho, considerando-se a trágica realidade de exploração do trabalho infantil, não extirpada em nosso país ¹⁹⁵.

Porém, também no contexto familiar a obediência hierárquica pode ser observada no que se refere ao adolescente, já que nestas relações é plausível a ocorrência do que é denominado no Direito Civil como temor reverencial, tido como receio em desagradar pais, mestres ou outras pessoas que exerçam influência no adolescente.

Ainda dentro das situações de inexigibilidade, Hamilton Gonçalves apresenta uma controversa hipótese, digna de nota: os contextos de inserção em organizações criminosas ¹⁹⁶.

Essa realidade, de amplo conhecimento de todos os setores da sociedade, é encarada não a partir de uma perspectiva social, que considere as deficiências estruturais da sociedade brasileira, mas, sim, a partir de uma perspectiva de segurança pública, em que se sobrepõe a necessidade de combate ao crime organizado – normalmente relacionado ao tráfico de drogas.

Nesse sentido, para o referido autor, considerando a capacidade de captação de jovens para a mão de obra do tráfico, é preciso que se observe, no momento de análise sobre a exigibilidade de conduta conforme a norma, o grau de determinação que poderia o adolescente ter dentro da estrutura da organização criminosa, aliado, por certo, a uma distinção das situações em que houve ou não autoria mediata, de modo a entendermos se se configura, ou não, uma situação de obediência hierárquica.

¹⁹³ O artigo 232 do ECA enuncia como delito a conduta daquele submete criança ou adolescente, de que se tenha autoridade, guarda ou vigilância, a qualquer vexame ou constrangimento, tal como violência física ou moral. Tal previsão ampara a ideia de que o adolescente, por sua menor capacidade de suportar determinadas situações, enseja uma proteção especial, inclusive com a criminalização da referida conduta.

¹⁹⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 228.

¹⁹⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 230.

¹⁹⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 231.

A hipótese trazida pelo autor, ainda que controvertida, apresenta uma análise da obediência hierárquica muito mais próxima da realidade dos jovens submetidos à Justiça Juvenil, pelo que deve de fato ser considerada. Ademais, se apresenta como uma forma de encarar o problema da captação de jovens para o tráfico a partir de uma perspectiva menos repressiva, que admite, em última instância, a parcela de responsabilidade de toda a sociedade neste resultado¹⁹⁷.

Por fim, Davi Tangerino apresenta como causa de exclusão da culpabilidade supralegal as hipóteses de ausência de motivabilidade¹⁹⁸, em que “[...] determinados injustos, quando alinhados a projetos de vida éticos cuja adoção mostrou-se a única possível não podem receber o rótulo de delitos”¹⁹⁹.

Logo, o Estado perde a possibilidade, frente à ausência de motivabilidade, de exercer seu poder punitivo, pois falhou, sucessiva e reiteradamente, em todos os seus campos, tal como educação, saúde, assistência e etc., impossibilitando que o sujeito alcançasse um projeto de vida orientado conforme o Direito²⁰⁰.

Essa hipótese de inexigibilidade se adequa ao princípio da lesividade, já que não confunde antijuridicidade e ilicitude com imoralidade²⁰¹.

¹⁹⁷ Valendo-se de uma perspectiva menos repressiva e que compartilha a responsabilidade entre toda a sociedade, e por isso mesmo, igualmente controversa, chama a atenção o voto proferido pelo Desembargador Siro Darlan de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na apelação nº 0014070-88.2015.8.19.0067, em que julgou-se a prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas. Naquela oportunidade, ainda que o referido Desembargador tenha sido vencido pelos demais componentes da turma julgadora, asseverou que a aplicação de medida socioeducativa, em razão do reconhecimento da prática de ato infracional, deve se dar nas hipóteses em que a conduta seja típica, antijurídica, e, na “[...] ausência de elementos constitutivos do conceito de culpabilidade [...]”, reprovável. Assentada essa premissa, passou a indagar os limites para um juízo de reprovabilidade “[...] em relação à conduta delituosa de indivíduos marginalizados socialmente que integram o tráfico de drogas [...]”. Segundo o Desembargador, a utilização de crianças e adolescentes como mão de obra para o tráfico é entendido pela Organização Internacional do Trabalho como uma das piores formas de exploração do trabalho infantil, que no Brasil, lado a lado com a exploração sexual de crianças e adolescentes, é a prática que mais atinge os jovens periféricos e marginalizados. Nesse sentido, e partindo de uma ideia de co-culpabilidade, o Desembargador entende que a reprovação de adolescentes nestas condições significaria colocá-los, a um só tempo, como autor e vítima de uma mesma conduta. O posicionamento adotado pelo referido Desembargador, conquanto ainda apenas tangencie a questão da culpabilidade no âmbito da responsabilização penal juvenil, apresenta uma interessante e coerente forma de encarar a situação, não mais por um viés repressivo e punitivista. A abordagem por ele feita liga-se, inclusive, com a proposta de Davi Tangerino, acerca de uma nova hipótese de exclusão da culpabilidade supralegal, denominada de ausência de motivabilidade que, como será demonstrado a seguir, parte da ideia de que também o Estado possui parte da responsabilidade pela prática delitiva, quando reiteradamente falhou com o indivíduo, não proporcionando direitos básicos, como saúde, educação, etc. Em razão de tratar-se de voto sigiloso, não está acessível no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, foi objeto de matéria jornalística, e assim disponibilizado com as informações sensíveis resguardadas. CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/jovem-vende-droga-nao-comete-ato.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2018.

¹⁹⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204.

¹⁹⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204.

²⁰⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

²⁰¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 233.

No que diz respeito ao Direito Penal Juvenil, esta hipótese sintetiza os princípios protetivos do Direito da Criança e do Adolescente, além de permitir a ruptura com a lógica repressiva e punitivista²⁰².

4.2.3. Culpabilidade como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa

No Direito Penal Juvenil a determinação da medida socioeducativa está vinculada a um conceito material de ato infracional, de injusto e de culpabilidade²⁰³. Assim, a culpabilidade ainda assume a função de circunstância judicial de aplicação da pena e, no caso do Direito Penal Juvenil, da medida socioeducativa.

No âmbito do Direito Penal ela está presente no artigo 59 do Código Penal, que apresenta parâmetros para a imposição de uma pena concreta. O mesmo não ocorre no Direito Penal Juvenil, pois inexistente qualquer regra que balize a aplicação das medidas. Muito porque o ato infracional não vem descrito no ECA, posto ser conduta equiparada ao crime ou contravenção penal. Assim, a um ato infracional específico não corresponde uma pena cominada.

O artigo 112 do ECA elenca as medidas aplicáveis em caso de prática de ato infracional (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade; internação e até mesmo as medidas protetivas do artigo 101, incisos I a VI do ECA), mas não especifica quais medidas são aplicáveis aos distintos atos infracionais existentes.

A única parametrização existente no ECA é a prevista no artigo 122, em que se dispõe as hipóteses em que poderá ser determinada a internação do adolescente: quando tratar-se de ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça; quando for reiterado o cometimento de outras infrações graves; e por fim, reiterada e injustificadamente for descumprida medida anteriormente imposta.

²⁰² Ellen Christina Carmo Rodrigues alarga a ideia de ausência de motivabilidade no seio do Direito Penal Juvenil, para abarcar situações mais amplas e graves, oriundas de contextos de violência doméstica e familiar, como casos de homicídios cometidos em razão de reiterados abusos. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 261-262.

²⁰³ PINTO, Tatiana Vargas. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XXXIV, p. 475-501, 1º semestre, 2010, p.490.

Essa parametrização relacionada à internação é devida pelo grau de intervenção na esfera de liberdade do indivíduo inerente a esta medida, o que enseja a adoção de estreitos limites para a sua utilização.

Contudo, à exceção dessa regra, o ECA não dispõe de um sistema rígido para aplicação das medidas socioeducativas. Disso, alguns benefícios decorrem, mas com certeza, muitos inconvenientes também.

Os benefícios se encerram na possibilidade de não aplicação de qualquer medida socioeducativa a uma prática infracional, como se observa do texto do artigo 112, *caput* do ECA: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade **poderá** aplicar ao adolescente as seguintes medidas:”.

Os inconvenientes, ao seu turno, decorrem dessa maior discricionariedade que é dada ao julgador que, se orientado por perspectivas correccionais, sobretudo em nome do caráter pedagógico da medida ²⁰⁴, acabará por aplicar medidas em desacordo com os princípios do Direito da Criança e do Adolescente.

No entanto, é possível que se proceda a um juízo de individualização da medida a ser aplicada, primando, assim, pela proporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta estatal, para isso observando-se o conjunto de diretrizes esparsas na legislação aplicável.

Nesse sentido, o artigo 112, § 1º do ECA, apresenta a regra guia ao julgador, pois dispõe que “[...] a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração [...]”, guardando correlação com o princípio da proporcionalidade previsto na regra 17 das Regras Mínimas de Beijing ²⁰⁵.

Soma-se a ela o artigo 100 do ECA, que, ao tratar das medidas de proteção, porém sendo aplicável sua lógica às medidas socioeducativas, dispõe ser necessária a consideração das necessidades pedagógicas do adolescente no momento da aplicação das medidas previstas no ECA, dando-se preferência àquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

²⁰⁴ A pretensa intenção pedagógica das medidas socioeducativas em muito se relaciona com finalidades preventivo-especiais, alheias à culpabilidade, pelo que, embora seja um fim perseguido no momento da execução da medida, não deve orientar, de modo algum, a análise de cabimento da aplicação desta.

²⁰⁵ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 289.

Orientando, conjuntamente a estas regras, aplicam-se os princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente, como bem exposto nos artigos 3º e 4º do ECA ²⁰⁶ e 1º, § 2º e 35 da Lei do SINASE ²⁰⁷.

No mesmo sentido, a aplicação de qualquer medida socioeducativa deve levar em consideração que a responsabilização do adolescente não pode se dar em hipóteses em que não se haveria responsabilização em relação a um adulto,²⁰⁸ de modo que a culpabilidade também aqui influiria, determinando que se imponha uma base de pena sempre menor que a de um adulto ²⁰⁹.

Todavia, em razão da limitação à aplicação das medidas socioeducativas se dar a partir de uma base principiológica, remanesce na doutrina divergências sobre como interpretar concretamente o artigo 112, § 1º do ECA.

Há quem sustente que a capacidade de cumprimento da medida se vincule ao princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento ²¹⁰, outros a interpretam, juntamente com

²⁰⁶ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. e 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.

²⁰⁷ Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. § 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. e Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-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.

²⁰⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 240. O autor, inclusive, traz como proposta, que o magistrado demonstre, fundamentadamente, até mesmo com a comparação em relação à dosimetria da pena hipoteticamente aplicada a um adulto naquela situação, que a medida aplicada ao adolescente não será mais grave que a pena aplicável ao adulto. No mesmo sentido Eduardo Melo entende que a indicação da dosimetria aplicável a um adulto apresenta, inclusive, efeitos pedagógicos positivos ao adolescente. MELO, Eduardo Rezende. Critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa na Lei 12.954/2012. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p.209-226, jul./ago. 2014, p. 216.

²⁰⁹ PINTO, Tatiana Vargas. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XXXIV, p. 475-501, 1º semestre, 2010, p. 481.

²¹⁰ 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.

os demais requisitos do artigo, a partir da necessidade de intervenção estatal socioeducativa²¹¹. Há, também, quem entenda este requisito (e os demais) como espelho das circunstâncias presentes no artigo 59 do Código Penal ²¹².

Fato é que, falta a todas estas análises um conceito que possibilite a aplicação da medida socioeducativa de maneira individualizada, racional e proporcional, atrelada aos princípios e garantias fundamentais do adolescente e que, por tudo isso, se apresente como:

[...] 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 ²¹³.

Falta, portanto, que as balizas do ECA e Lei do SINASE sejam interpretadas a partir da culpabilidade como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa, pois a negação formal dela possibilita justificações ideológicas que legitimam medidas de tutelares fundadas na periculosidade e na necessidade de reeducação ²¹⁴.

Os artigos 100 e 112, § 1º do ECA, e os artigos 1º, § 2º e 35 da Lei do SINASE trazem em seu conteúdo normativo nada mais do que a culpabilidade como critério judicial de aplicação das medidas socioeducativas. A partir deles é que é possível limitar a resposta estatal “[...] a um conjunto de fatores programáticos que nada mais integram do que os *aspectos gradativos da culpabilidade do adolescente*.”²¹⁵.

A operacionalidade da culpabilidade pode ser observada em dois momentos: um, em que ela limita a medida socioeducativa, em tese cabível, como o nível máximo de intervenção que se admite e, outro, em que ela permite reduzir o grau de responsabilidade pela conduta

Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf>. Acesso em 15 dez. 2018; DONATO, Giancarlo Fontoura. *Sentença penal juvenil: em busca da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 46; SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²¹¹ TEIXEIRA, Caroline Köhler. *As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação*. Revista da Emesc, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 151-202, 2013, p. 189.

²¹² SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²¹³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 236.

²¹⁴ BRUÑOL, Miguel Cillero. “Nulla poena sine culpa”. Um limite necesario al castigo penal de los adolescentes. In: MÉNDEZ, Emilio García (compilador). *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p.83.

²¹⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 244, grifo no original.

praticada no caso concreto, de modo a possibilitar que se aplique uma medida menos interventiva ²¹⁶.

Estes dois momentos, no entanto, implicam a análise de elementos que fundamentem a escolha da máxima resposta estatal, pois do contrário permitiria-se discricionariedade sem precedentes, totalmente contrária ao que se pretende com a utilização da culpabilidade como critério de aplicação de medida socioeducativa.

A premissa dessa afirmação é a de que a aplicação da medida deve ser fundamentada, tal qual qualquer decisão judicial. Porém, não será qualquer fundamento que se prestará a isso. É preciso que o fundamento utilizado, seja para a escolha da máxima resposta, para a manutenção dela, ou, ainda, para sua mitigação, seja, necessariamente racional, pois, só assim, atenderá ao princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses ²¹⁷.

Porém, além de racionais, estes critérios devem relacionar-se à autonomia do indivíduo e à gravidade da conduta ²¹⁸, de modo a limitar o espectro que possa transitar a avaliação judicial.

O juízo acerca da autonomia do sujeito deve considerar o contexto individual e social do adolescente, bem como sua capacidade de praticar o fato. No entanto, é preciso que se considere, igualmente, a capacidade do Estado de exigir do indivíduo específico uma resposta conforme o Direito. Isso porque responsabilidade pressupõe exigibilidade e, assim, é preciso aferir o que poderia ser exigido do sujeito sobre quem recairá a medida socioeducativa ²¹⁹.

Ao seu turno, o juízo sobre a gravidade da conduta praticada deve partir não de uma análise abstrata da conduta tipificada, mas, sim, de elementos concretos, circunstâncias específicas daquele fato apurado. A consideração da gravidade da conduta insere-se numa lógica de proporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta dada, uma vez que um dos objetivos da medida socioeducativa dispostos em lei (Lei nº 12.594/2012) é a desaprovação da conduta infracional, evidenciando sua natureza retributiva, que impõe a adoção de um juízo de proporcionalidade ²²⁰.

²¹⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 244.

²¹⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 245.

²¹⁸ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Orgs). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: REVAN, 2011, p. 143.

²¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán apud FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 246.

²²⁰ MELO, Eduardo Rezende. Critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa na Lei 12.954/2012. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p.209-226, jul./ago. 2014, p.214.

Devemos considerar, igualmente, se houver concurso de agentes e se há relação entre o adolescente autor do fato e a vítima, pois estes dois aspectos são passíveis de contribuir para uma redução da responsabilidade a ele atribuída ²²¹.

Acerca da conseqüente estigmatização da intervenção punitiva e com o intuito de minimizar seus efeitos, tem-se, todavia, que independentemente da gravidade do fato cometido, deve-se levar em consideração outros elementos, tais como circunstâncias pessoais e familiares do adolescente, além de seus interesses e habilidades, no momento de eleição da mais adequada resposta estatal à prática delitiva ²²².

Outro aspecto importante que se apresenta no momento de análise da culpabilidade como critério de aplicação da medida socioeducativa, é a idade do adolescente.

O sistema de responsabilização penal previsto pelo ECA incide sobre sujeitos que se encontrem entre 12 e 17 anos ao tempo do fato, sendo estes indivíduos que se encontram em uma peculiar condição de desenvolvimento. O desenvolvimento, como se sabe, não significa um indivíduo inacabado, mas, sim, um indivíduo completo, que ao vivenciar vai adquirindo experiências – aliás como todo sujeito, adulto ou não – e que com isso vai transformando sua singularidade.

Nesse sentido, desponta como claro que o grau de maturidade de um adolescente com 12 ou 13 anos é bem diferente do grau de maturidade de um adolescente de 17 anos, o que influi no grau de culpabilidade de ambos, não só no que concerne à configuração dela como elemento do ato infracional, mas também como circunstância de aplicação da medida socioeducativa. Vale dizer, não só poderá influir no afastamento da culpabilidade em um primeiro momento, como poderá influir na medida que será aplicada.

[...] 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 fase*), no *Direito Penal Juvenil* *inexiste um regime jurídico que recorte a valoração dos elementos em etapas individualizadas*. (...) É preferível que esta análise seja realizada em etapas, de modo a se evitar “bis in idem” ou desproporcionalidade; porém, na ausência de parâmetros legais definidos, o ônus de uma resposta judicial adequada recai sobre o dever de motivação ²²³.

²²¹ 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*, Valparaíso, XXXVIII, p. 267-318, 2012, p. 306-308.

²²² MÁRQUEZ, Beatriz Cruz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM – Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, p. 241- 269, 2011, p. 247.

²²³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 247.

Adequado e necessário, portanto, o conceito de culpabilidade, também no que diz respeito ao momento de aplicação da medida socioeducativa.

SÍNTESE CONCLUSIVA

1. O tratamento jurídico dispensado a crianças e a adolescentes historicamente esteve atrelado, de maneira preponderante, à responsabilização dos mesmos por práticas delitivas. Assim, a doutrina divide em três momentos distintos este tratamento jurídico: um de caráter penal indiferenciado, um de caráter tutelar e um de caráter garantista.

1.1. A etapa de caráter penal indiferenciado teve por base os princípios da escola clássica, em que o delito e a pena partiam de uma concepção positivista, sendo o primeiro visto como sintoma de periculosidade. Neste momento os menores de idade eram tratados tal qual adultos no que tange à responsabilização penal por seus atos. No Brasil, a faixa de inimputabilidade etária era bem menor oscilando entre 9 e 14 anos, a depender do período, e vigorava o critério do discernimento, pelo qual o inimputável em que se verificasse o discernimento, seria privado de sua liberdade.

1.2. A etapa de caráter tutelar, embora representasse um avanço no campo da responsabilização de crianças e adolescentes, já que diferenciava estes dos adultos, teve por característica a chamada doutrina da situação irregular, na qual jovens em conflito com a lei e jovens abandonados eram tratados da mesma forma e ensejavam a mesma resposta estatal. A base desta etapa foi o correccionalismo, que autorizou uma desmedida intervenção estatal na esfera de liberdade de crianças e adolescentes. A síntese desta etapa é a objetificação das crianças e adolescentes, tratadas pelo Estado como seres incapazes, bem como a divisão da infância em duas: a regular, de tutela da família, e a irregular, tutelada pelo Estado.

1.3. A etapa garantista, por sua vez, foi a superação das que a precederam. Tem por característica o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais e é fruto de uma modificação progressiva em âmbito internacional no tratamento jurídico dispensado aos menores de 18 anos. Sua principal característica é a superação da doutrina da situação irregular, a partir da adoção de princípios como da proteção integral, da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

1.3.1. No Brasil, a síntese desta etapa é o Estatuto da Criança e do Adolescente que inaugurou um sistema de proteção e efetivação de direitos direcionado aos menores de 18 anos. No que diz respeito à responsabilização dos adolescentes em conflito com a lei, o ECA trouxe um subsistema de Direito Penal Juvenil, que é a intersecção entre os sistemas do ECA e do Direito Penal.

1.4. O Direito Penal Juvenil tem por característica a aplicação de todas as garantias inerentes ao Direito Penal (sejam elas penais ou processuais) no âmbito da responsabilização de adolescentes – contexto em que também incidem todas as garantias do Direito da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, o Direito Penal Juvenil atua como um sistema garantista e democrático, específico aos adolescentes, que tem por finalidade a contenção do poder punitivo estatal.

1.4.1. Seu reconhecimento, ainda que não seja pacífico na doutrina, é compatível com toda a estrutura inaugurada pelo ECA e funda-se na constante preocupação com o recrudescimento do tratamento dispensado aos adolescentes na Justiça Juvenil. Na mesma linha inserem-se aqueles que rechaçam a ideia do Direito Penal Juvenil, pois também esta parcela da doutrina teme o retorno às práticas arbitrárias contra os adolescentes. Disso desponta que a negativa ao Direito Penal Juvenil vem acompanhada, normalmente, de uma visão da medida socioeducativa algo substancialmente distinto da pena e, assim, incompatível com a categorização de sanção penal. Igualmente, a corrente que nega a compatibilidade do Direito Penal Juvenil o faz por sustentar certa incompatibilidade entre este e o Direito Penal, pois atribui ao último uma acepção distinta da científica.

1.4.2. Ocorre que medida socioeducativa não se distancia do que se entende por sanções penais. Carrega consigo uma conotação aflitiva e retributiva que, embora se concretize, em tese, a partir de projetos pedagógicos, não se afasta de sua natureza penal. Ademais, Direito Penal e Direito Penal Juvenil representam sistema e subsistema, de modo que o subsistema do Direito Penal Juvenil, incidente apenas aos indivíduos que estejam na faixa etária entre 12 e 18 anos, é o ponto de intersecção entre Direito Penal e ECA, do qual também é subsistema.

1.4.3. A inimputabilidade afasta apenas a incidência do Direito Penal, mas não veda a utilização das garantias de contenção do poder punitivo no âmbito do Direito Penal Juvenil.

2. O Direito Penal Juvenil tem como base dogmática um arcabouço principiológico que congrega princípios penais, processuais penais e de Direito da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, a responsabilização de adolescentes pela prática de atos infracionais deve, necessariamente, observar os princípios da legalidade, humanidade, mínima intervenção, proporcionalidade, culpabilidade, devido processo legal (no qual inserem-se os demais princípios processuais penais), bem como os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

2.1. Estes princípios conferem unidade sistêmica ao Direito Penal Juvenil e atendem às exigências de segurança jurídica, pois possibilitam uma aplicação justa e proporcional do Direito também no âmbito da Justiça Juvenil. Ademais, a união dos princípios oriundos do

Direito Penal com os princípios oriundos do Direito da Criança e do Adolescente tem por objetivo tornar a responsabilização de adolescentes pela prática de atos infracionais um campo extremamente limitado, impossibilitando arbitrariedades.

2.2. Embora o ECA tenha inaugurado um sistema afeito ao Direito Penal Juvenil, a prática tem demonstrado que ele sofre uma dupla crise, que afeta os campos da implementação e da interpretação. A crise de implementação está relacionada à ausência de estrutura para a efetivação dos direitos previstos pelo ECA. Já a crise de interpretação tem sido associada à leitura que se faz do sistema de responsabilização de adolescentes trazido pelo ECA.

2.2.1. A negação do Direito Penal Juvenil é a consequência mais evidente desta crise de interpretação. O sistema de responsabilização do ECA tem sido utilizado sem a observância das garantias penais e processuais, bem como tem-se utilizado os princípios do Direito da Criança e do Adolescente de maneira deturpada, como forma de legitimar punições claramente contrárias à lei. Isso porque impera na Justiça Juvenil resquícios da etapa tutelar, em que o adolescente era entendido como um indivíduo necessitado da tutela estatal. Essa visão de indivíduo incapaz é ainda encontrada na Justiça Juvenil, que atualmente convive com punições justificadas a partir do melhor interesse do adolescente ou da ausência de respaldo familiar.

2.3. Essa crise observada no Direito Penal Juvenil – consequência da negação do mesmo – pode ser lida como uma crise de legislação garantista, pois observamos um déficit entre o modelo constitucional e aquilo que se coloca em prática: desrespeita-se a lei, já que não se observam corretamente as normas previstas e, disso, decorre uma descaracterização do sistema como um todo, que se soma à ausência de meios eficientes para efetivação dos direitos e garantias nele previstos.

2.4. Essa crise, no entanto, não tem o condão de descaracterizar o Direito Penal Juvenil como legislação garantista que, não sendo reconhecido e corretamente operacionalizado, é incremento das deletérias consequências desta crise. Logo, apenas a reafirmação de todas as garantias que integram sua base dogmática é que será capaz de retirar o Direito Penal Juvenil do caminho de volta às práticas tutelares.

2.5. A culpabilidade é uma das garantias penais de contenção ao poder punitivo que deve integrar o Direito Penal Juvenil, porém não apenas em sua acepção principiológica, que veda a responsabilização objetiva *latu sensu*. É preciso que esta complexa categoria opere no Direito Penal Juvenil também como elemento do ato infracional e como circunstância judicial para a aplicação de medida socioeducativa. Apenas assim a responsabilização de adolescentes em conflito com a lei se dará de maneira garantista e democrática.

2.5.1. A mera importação da culpabilidade do Direito Penal ao Direito Penal Juvenil, no entanto, não satisfaz as necessidades e peculiaridades deste específico subsistema. É preciso, portanto, uma adequação dogmática desta categoria, para que sua operacionalidade não reste fadada ao fracasso.

3. A culpabilidade, ao longo do tempo, percorreu um caminho rumo a individualização da culpa que, inicialmente inseria-se numa perspectiva psicológica, na qual considerava-se apenas a relação de causalidade e a previsão ou possibilidade de previsão do resultado. Sua evolução passou pela inserção de uma perspectiva normativa atrelada à psicológica e que, ao fim, passou a ser puramente normativa, de modo que culpabilidade passou a ser a reprovação do autor do fato que, podendo, não agiu conforme a norma.

3.1. Com o pensamento funcionalista, a pena passa a ser analisada com vistas à prevenção dos delitos e, assim, a culpabilidade assume contornos distintos. Na visão de Roxin, se apresenta como limite à função de prevenção do Direito Penal; para Jakobs, cede lugar à prevenção puramente; e para Muñoz Conde, insere-se no marco da socialização.

3.2. A análise das diversas teorias da culpabilidade demonstra que permanece inalterada a visão do sujeito culpável, livre e racional, que comunga da universalidade das normas e dos bens jurídicos por elas tutelados, que caso lesionados implicam a aplicação de uma pena, muito embora estes pilares da culpabilidade sejam indemonstráveis.

4. A permanência da visão de um sujeito culpável, livre e racional, que comunga da universalidade das normas e dos bens jurídicos por elas tutelados, que caso lesionados implicam a aplicação de uma pena, além de influenciar negativamente a análise da culpabilidade no âmbito do Direito Penal, também se apresenta como um obstáculo a análise desta categoria do Direito Penal Juvenil. Isso porque o adolescente, sujeito culpável neste subsistema, pelas peculiaridades oriundas da fase de vida em que se encontra, é incompatível com esta visão.

4.1. O sujeito culpável da racionalidade penal moderna conforma o conceito de imputabilidade a partir de aspectos unicamente cognitivos e volitivos, afastando o adolescente desta categoria, o que implica na associação do mesmo ao conceito de periculosidade. É este estigma de sujeito perigoso que tem, historicamente, justificado a submissão do adolescente à tutela estatal, do que decorre sua vulnerabilidade e sua selecionabilidade pelas agências de criminalização secundária.

4.1.2. Ante a ausência de um conceito explícito de culpabilidade no ECA, e a partir da negação do Direito Penal Juvenil, a Justiça Juvenil tem se valido da periculosidade como equivalente da culpabilidade, a partir da consideração de elementos da personalidade e da conduta social do adolescente.

4.2. A universalidade das normas e dos bens jurídicos por elas tutelados também não se compatibiliza com o adolescente, pois no âmbito da Justiça Juvenil é preciso considerar a pluralidade do referencial normativo de nossa juventude, associada ao fato de que o adolescente é sujeito em peculiar condição de desenvolvimento. Dessa forma, sua formação se dá a partir da assimilação de distintas interpretações das regras sociais, influências essas de fatores como família, origem social, etnia, comunidade, etc.

4.3. Na Justiça Juvenil observa-se, tal qual na racionalidade penal moderna, uma pretensa indissociabilidade entre ato infracional e medida socioeducativa. Contudo, essa visão é contrária a própria essência do Direito Penal Juvenil que, considerando o melhor interesse do adolescente e sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, tem como alternativa a não aplicação de qualquer medida socioeducativa.

4.3.1. Atribui-se à medida socioeducativa não apenas uma finalidade pedagógica, mas também uma essência penal, ante sua inegável natureza retributiva, de modo que sua justificativa parte de um modelo combinatório entre retribuição e prevenção, inserindo-se no conjunto das sanções penais.

4.3.2. As teorias das penas, quando aplicadas ao Direito Penal Juvenil, deixam clara a sua incompatibilidade com as peculiaridades deste subsistema. A pretensa finalidade pedagógica da medida socioeducativa tem sido utilizada como pretexto para a intensificação da intervenção estatal na esfera de liberdade dos adolescentes. Nesse sentido, a prevenção especial a que tanto se alude não se sustenta, seja pela deturpação da finalidade, seja pelo fato de que não pode o Estado pretender, a partir de uma pena, educar.

4.3.3. Assim, a teoria agnóstica da pena é capaz de, no que concerne à medida socioeducativa, proporcionar alternativas de resolução destes conflitos, que sejam mais afeitas ao espírito do Direito da Criança e do Adolescente. No que tange à culpabilidade, uma perspectiva agnóstica da medida socioeducativa, desmonta a ideia de indissociabilidade entre ato infracional e sanção, o que abre espaço para uma discussão sobre a culpabilidade no Direito Penal Juvenil.

4.4. A mera importação da categoria da culpabilidade do Direito Penal para o Direito Penal Juvenil não é capaz de tornar operacionalizável esta categoria. É preciso que se proceda a uma adequação dogmática que leve em consideração as peculiaridades do subsistema em que se pretende que opere a culpabilidade. O primeiro passo é eleger como fundamento material da culpabilidade a responsabilidade, que se apresenta como a melhor perspectiva de análise, posto compatível com um sistema garantista e democrático de responsabilização penal. O princípio da alteridade, e não a presunção de liberdade, é que fundamentará a responsabilidade, de modo

que o dever de reconhecimento do outro e respeito a ele terão preponderância nesta análise, ponto este de extrema relevância para o âmbito socioeducativo.

4.4.1. Pensada como um juízo de responsabilidade, a culpabilidade não poderá se prestar para agravar sofrimentos pessoais de maneira desnecessária. Deverá, no entanto, considerar o sujeito culpável inserido no mundo real, ou seja, considerará o processo de socialização do indivíduo, dentre outras circunstâncias pessoais, tais como o grau de participação democrática do sujeito, pois esta determina as possibilidades de um juízo legítimo de culpabilidade. Esse aspecto assume relevância no Direito Penal Juvenil, pois o sujeito culpável, neste âmbito, normalmente possui baixa participação democrática, do que decorre que a culpabilidade neste caso deve sempre ser benéfica ao adolescente.

4.5. A culpabilidade deve apresentar-se como limite da medida socioeducativa, orientando o Estado Democrático de Direito a conter seu poder punitivo. Como elemento do ato infracional, sua análise repousa na verificação de causas de exculpação, que deverá observar as peculiaridades do sistema em que agora opera.

4.5.1. A imputabilidade etária, constitucionalmente reconhecida, não é um obstáculo a análise da culpabilidade no Direito Penal Juvenil. É, na verdade, uma garantia fundamental do adolescente de que não poderá incidir o Direito Penal no momento de sua responsabilização, mas, sim, seu sistema próprio, no caso o Direito Penal Juvenil. Neste, é de se reconhecer uma imputabilidade própria ao adolescente – sujeito entre 12 e 18 anos de idade – que habilita a incidência das regras de responsabilização contidas no ECA, a partir da observância de todos os princípios do Direito Penal Juvenil.

4.5.1.2. Também ao adolescente deve ser reconhecida inimputabilidade por razões psíquicas, o que faria incidir a normativa da Lei Antimanicomial, a partir da execução prevista na Lei do Sinase.

4.5.2. A potencial consciência da ilicitude e seus desdobramentos no reconhecimento das hipóteses de erro no caso do Direito Penal Juvenil deve considerar o fato de que o adolescente é sujeito ainda em desenvolvimento, submetido a um referencial normativo plural, em razão da diversidade dos contextos socioeconômicos e culturais.

4.5.3. No campo do Direito Penal Juvenil as hipóteses em que não se pode exigir conduta distinta dos adolescentes são mais específicas que no campo do Direito Penal. No caso da coação moral, é de se considerar que o adolescente possui uma menor capacidade de resistência à coação. Já em relação à obediência hierárquica, no âmbito do Direito Penal Juvenil ao menos duas hipóteses específicas despontam: a influência da família ou figuras de autoridade e a inserção de muitos jovens no âmbito de organizações criminosas, não como bem se sabe,

líderes, mas como mão de obra, normalmente para o tráfico. Outrossim, a falta de motivabilidade deve ser reconhecida como hipótese de inexigibilidade de conduta no âmbito da Justiça Juvenil.

4.6. A culpabilidade deve ser reconhecida também como circunstância de aplicação da medida socioeducativa. Muito embora não haja uma disciplina rígida para a aplicação das sanções no âmbito do Direito Penal Juvenil, há na legislação específica balizas para tal atividade que, se interpretadas a partir dos mecanismos de contenção do poder punitivo, tal qual a culpabilidade, são capazes de orientar uma responsabilização justa e garantista.

4.7. A análise da culpabilidade do adolescente em conflito com a lei se mostra, portanto, como um importante passo rumo à superação da crise de interpretação que se observa em relação ao ECA, pois possibilita limites maiores ao poder punitivo, tornando inconciliáveis os discursos que atualmente operam em parte da Justiça Juvenil, em que, a pretexto de observar os princípios do ECA, fazem vigorar uma lógica similar à tutelar.

4.8. A Justiça Juvenil se funda hoje no que foi denominado por Eduardo Gutierrez Cornelius¹, como o pior dos dois mundos: menor proteção processual com maior controle penal, o que nada se diferencia, na prática, do que ocorria na etapa de caráter tutelar, pois, conquanto as condutas que ensejem a privação de liberdade, hoje, sejam unicamente as consideradas como delitos, verifica-se que, sem a análise de, por exemplo, as causas de exclusão da culpabilidade, adolescentes continuam sendo punidos por condutas que, no âmbito do Direito Penal, um adulto não seria.

4.8.1. Logo, o reconhecimento do Direito Penal Juvenil e, conjuntamente, da culpabilidade, se mostra como a opção mais provável de fazer frente aos arbítrios que ainda hoje imperam. De certo que garantias do sucesso nunca podem ser dadas, sobretudo quando se trata de assunto que ainda tem muitas nuances a serem analisadas. Contudo, dentre as possibilidades que se apresentam e, face à realidade que vive a Justiça Juvenil brasileira, a proposta apresentada pelo Direito Penal Juvenil, notadamente o limite que ela representa, tornam este um caminho mais seguro em relação aos demais.

¹ CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

REFERÊNCIAS

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. 30, p. 24-36, 1995.

_____. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista da Esmesc*, Florianópolis, v. 13, n. 19, p. 163-182, 2006.

ANGOTTI, Bruna. Breves notas sobre o abolicionismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 80, p. 247-279, set./out. 2009, *online*, não paginado.

ANISTIA INTERNACIONAL *Você matou meu filho!*: homicídios cometidos pela polícia militar no 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 20 nov. 2018.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2017, disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf>, Acesso em: 20 nov. 2018

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2018, disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>, Acesso em: 20 nov. 2018.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.42.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2016.

_____. Elemento de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência. A proposito del Estatuto de Niño y del Adolescente de Brasil. *Revista Ius et Veritas*, Lima, v.10, p.73-79, 1995.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, 1994.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, 1994.

BASUALTO. Héctor Hernández. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito. *Revista de Derecho*, Valdivia v. XX, n. 2, p. 195-217, dez. 2007.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovção. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovção*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro, I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BELOFF, Mary. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. In GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELLOF, Mary. (Comp.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Analisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998). Bogotá: Temis/Depalma.

BERGAMO, Marlene; HERNANDES, Raphael; MARIANI, Daniel; e RODRIGUES, Arthur. Mapa da morte. Folha de São Paulo, São Paulo, 16/10/2017.

<<http://temas.folha.uol.com.br/mapa-da-morte/jovens-vitimas/policia-de-alckmin-mata-1-adolescente-por-semana-na-cidade-de-sao-paulo.shtml>>, Acesso: em 20 nov. 2018.

BINDING, Karl. *La culpabilidad em Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideú; Buenos Aires: Editorial B de f, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney. CORRÊA, Simone Prates Miranda. (Orgs). *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva.

BORGHI, Adriana Pádua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilização no sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, vol. 126, p. 147-180, jul./ago. 2014.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração social: discursos e práticas na prisão – um estudo comparado*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 34. Disponível em : <file:///C:/Users/ana_c/Downloads/TESE_Ana_Gabriela_Mendes_Braga.pdf>. Acesso em: 15/01/2018.

BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (Coords). *Direito Penal Contemporâneo: Questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BROIDE, Jorge; ROSA, Miriam Debieux; e VICENTIN, Maria Cristina G. Direitos Humanos e interfaces psi-jurídicas: uma pauta ético-política para questões dos adolescentes “perigosos”. In DOTTO, Karen Meira; ENDO, Paulo Cesar; SPOSITO, Sandra Elena; e ENDO, Teresa Cristina (orgs.) *Psicologia, violência e direitos humanos*. São Paulo: CRP SP, 2011, p.78-94.

BRUÑOL, Miguel Cillero. “Nulla poena sine culpa”. Um limite necessario al castigo penal de los adolescentes. In MÉNDEZ, Emilio García. *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

BUSATO, Paulo Cesar. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. Revista *Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 45-87, set./dez., 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94>. Acesso em: 10/09/2018.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial as razões da descriminalização*. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

_____. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Marina 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, n. 19/20, p. 461-479, 2012.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. As duas faces de Edmund Mezger. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Relatório de Pesquisa. Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação de medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões*. Brasília: CNJ, 2015.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

_____. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

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*, Valparaíso, XXXVIII, p. 267-318, 2012.

CRAIDY, Carmen M; GONÇALVES, Ana Lemos. *Medida Socioeducativa: da repressão à educação*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2005.

Dados disponíveis em <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>>. Acesso em 20 nov. 2018.

DAUD, Rafael Rocha. Regra é regra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 91-107, jul./ago. 2014.

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.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf>. Acesso em 15 dez. 2018;

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 126, p. 37-66, 2016.

disponível em < <http://www.unespciencia.com.br/2014/03/unespcienci-50/>> , p. 20. Acesso em 20/11/2018.

DOMINGO, Cíntia Oliveira. *Adolescente e maioridade penal: reflexões sobre violência e prevenção à luz da proteção integral*. Curitiba: Juruá, 2016.

DONATO, Giancarlo Fontoura. *Sentença penal juvenil: em busca da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FAUTH, Isabel C. F. A reincidência criminal e a culpabilidade pela vulnerabilidade. In: AZEVEDO, Rodrigo G. de; CARVALHO, Salo de. (Orgs.) *A crise do processo penal e as novas formas de administração da Justiça Criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002.

_____. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideú; Buenos Aires: Ed. B. de F., 2000.

FRASSETO, Flávio Américo; JOIA, Julia Hatakeyama. Internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias: apontamentos sobre as responsabilidades do sistema de justiça e do sistema de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 227-257, jul./ago. 2014.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el derecho penal*. Traducción y prólogo: José Luis Guzmán Dalbora. Montevideú; Buenos Aires: Editorial B de f, 2003, p.77.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. *Estatuto da criança e do adolescente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GISI, Bruna; TONCHE, Juliana; ALVAREZ, Marcos Cesar; OLIVEIRA, Thiago. Entrevista com Álvaro Pires. A teoria da “racionalidade penal moderna” e os desafios da justiça juvenil. *PLURAL: Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 24.1, p. 124-160, 2017.

GOLSCHMIDT, James. *La concepción normativa dela culpabilidad*. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideú;Buenos Aires: Editorial B de f, 2002.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. (Orgs.) *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.

HALL, Stuart; JEFFERSON, Tony. (Orgs.) *Rituales de resistêcia: subculturas juveniles em la Gran Bretaña de postguerra*. Traducción de A. Nicolás Miranda, Rodrigo O. Ottonello y Fernando Palazzolo. Madrid: Traficantes de sueños, 2014.

HASSEMER, Winfred. *Los jóvenes em el Derecho pena*. Conferencia de apertura para el 26º Congresso Alemán de Tribunales Juveniles. Publicado originalmente em ZJJ 4/2004. *Estudio de Derecho Penal Juvenil*, Santiago de Chile, ano IV, n, 13, nov. 2013.

_____. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HOYER, Andreas. Accesibilidad normativa como elemento de la culpabilidad. Traducción de Fernando Guanarteme Sanchez Lázaro. In: CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2013.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Balanço das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (ano base 2014)*. Rio de Janeiro: Governo do Rio de Janeiro, 2015, <
http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uplods/BalancoAnual2015.pdf > Acesso em 20/11/2018.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Aí eu voltei para o corre: Estudo da reincidência infracional do adolescente no estado de São Paulo*. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2018. Disponível em <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/ai_eu_voltei_pro_corre_2018.pdf>. Acesso em 29 nov. 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Civitas, 2004.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*. In: GOMES-JARA DIEZ, Carlos. (Coord.). *Teoría de Sistema y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gomes-Jara Díez. Granada: Comares, 2005

_____. *Sociedade, Norma y Persona en uma teoria de um Derecho Penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Liberdade, culpabilidade e individualização da pena*. 2009. Tese (Doutorado Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICHI R., Juan Pablo. *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

KONZEN, Affonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – Medida Socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. 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.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf>. Acesso em 9 out. 2018.

LUCHETE, Felipe. Jovem que foi recrutado pelo tráfico não deve ser punido, diz desembargador. CONJUR, 2/09/2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/jovem-vende-droga-nao-comete-ato.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2018.

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

MAPA DA VIOLÊNCIA 2015, disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf> Acesso em: 20 nov. 2018.

MAPA DA VIOLÊNCIA 2016, disponíveis em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf> Acesso em: 20 nov. 2018.

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*, n. 15, p. 241- 269, 2011.

MARTÍN, Adán Nieto. Culpabilidad y Constitución. *Derecho & Sociedad*, Lima, n. 32, p. 215-227, 2009. Disponível em <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17427/17707>>. Acesso em: 18/07/2018.

MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luíz ; MARTINS, Antonio. (Orgs) *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.

MASSA, Patrícia Helena. A menoridade penal no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 4, p.126-132, out./dez. 1993.

MATSUDA, Fernanda Emy. *A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro n. 15, v. 4, p. 19-36, 1966.

MAYER, Max Ernest. *Derecho Penal: Parte General*. Traducción por Sergio Politoff Lipschitz. Montevidéo; Buenos Aires: Editorial B de f., 2007.

MELO JÚNIOR, Luiz Cláudio Moreira. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 28, n. 3, Brasília, set./dez. 2013, 716. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300013>. Acesso em: 21/10/2018.

MELO, Eduardo Rezende. Critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa na Lei 12.954/2012. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p.209-226, jul./ago. 2014.

MÉNDEZ, Emilio García. A responsabilidade penal juvenil na encruzilhada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 271, jun. 2015.

_____. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11143-11143-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20/04/2017.

_____. La privación de libertad como forma de “protección” de la infancia: un caso paradigmático de construcción judicial de vulnerabilidad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 133-145, jul./ago. 2014.

_____. Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social. In RAMÍREZ, Juan Busto. *Um Derecho Penal del Menor*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992.

_____. Problemas centrales de la responsabilidad penal juvenil em America Latina. In *Justiça Juvenil na Contemporaneidade*. COSTA, Ana Paula Motta; e EILBERG, Daniela Dora (orgs). Porto Alegre: DM, 2015.

MERCURIO, Ezequiel. *Cerebro y adolescencia: implicancias jurídico-penales*. Buenos Aires: Ad.Hoc, 2012.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de la 2. edición Alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Tratamento jurídico-penal das infrações penais praticadas por adolescentes: Uma terceira via. *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, Recife, vol. 7, n. 12, p. 75-103, mai./ago. 2015.

_____. Tratamento jurídico-penal das infrações penais praticadas por adolescentes: Uma terceira via. *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, Recife, vol. 7, n. 12, p. 75-103, mai./ago. 2015, p.89.

MUÑOZ CONDE, Francisco.; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. In: ILANUD (Org.) *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

PACELLI, Eugênio. *O princípio da culpabilidade nas concepções de Roxin e Jakobs: análise e comparação*. Disponível em: <<https://eugeniopacelli.com.br/o-principio-de-culpabilidade-nas-concepcoes-de-roxin-e-jakobs-analise-e-comparacao/>>. Acesso em: 19/10/2018.

PASSETTI, Edson. Louk Hulsman e o abolicionismo libertário. In: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester. (Orgs). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PAULA, Paulo Afonso Garrido. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. In: ILANUD (Org.) *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Traducción de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1989.

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

PINTO, Tatiana Vargas. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XXXIV, p. 475-501, 1º semestre, 2010.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Imputabilidad y edad penal*. Disponível em: <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>. Acesso em 20 nov. 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSA, Miriam Debieux; PRUDENTE, Sergio Eduardo Lima. Responsabiliz(ação): o sujeito entre a responsabilidade e o dever jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p.75-89, jul./ago. 2014.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo, e CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei nº 8069/90 comentado artigo por artigo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. In: GRECO, Luís. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (Orgs.). *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Culpa e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 1, p. 503-541, 1991.

_____. *Derecho Penal*: parte general, tomo I. 2. ed. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALAS, Jaime Couso. *Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones*. In: Estudios de Derecho Penal Juvenil II. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, diciembre 2011, p. 269-355.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: ICPC; Empório do Direito, 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. 3 ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDT, Fabiana. *Adolescentes Privados de Liberdade: A dialética dos direitos conquistados e violados*. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernard. La culpabilidad: Estado de la cuestión. Traducción de David Felip I Saborit y Ramon Ragués I Vallés. In: Universidad Pompeu Fabra (org.). *Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario em la Universidad Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n 13, p. 38-53, 1996.

SILVA, Antonio Armando do Amaral e. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da imputabilidade penal. In: ILANUD (Org.) *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 49-60;

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.43-56.

SOTOMAYOR, Carlos Tiffer. *Fines y determinación de las sanciones penales juveniles*. In: Estudios de Derecho Penal Juvenil II. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, diciembre 2011, p. 11-43.

SPOSATO, Karyna Batista. Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal de adolescentes. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 23, n. 271, jun. 2015.

_____. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 15/03/2017, p. 60-74.

_____. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MINAHIM, Maria Auxiliadora. *A internação de adolescentes pela lente dos tribunais*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 277-298, 2011.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Pena é política*. Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21/22, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Orgs.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TEIXEIRA, Alessandra; SALLA, Fernando. De menores a adolescentes infratores: contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 126, p. 267-289, 2016.

TEIXEIRA, Caroline Köhler. *As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação*. Revista da Emesc, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 151-202, 2013.

VALDIVIA, Dominique Nicole Tapia. *Estudio del tratamiento al adolescente enajenado mental em el proceso penal chileno*. 2015. Dissertação de Memória (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) – Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2015.

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

VILLAS-BÔAS, Eduardo da Silva. *Direito Penal e o paradigma da responsabilidade juvenil*. Salvador: EDUFBA, 2012.

VINCENTIN, Maria Cristina G.; PADILLA-GOMEZ, Alejandra; CATÃO, Ana Lucia. Notas sobre a responsabilidade desde os escritos de M. Foucault: pistas para pensar a Justiça Juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 109, p. 21-46, jul./ago. 2014.

VON BELING, Ernest. *Esquema de Derecho Penal: La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria El Floro, 2002.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20. ed. alemã por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II

WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal: estudios sobre el sistema de derecho penal; causalidad y acción; Derecho penal y filosofía*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevide; Buenos Aires: Editorial B de f, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.