

MAIORIDADE PENAL E OS SISTEMAS BIOLÓGICO, PSICOLÓGICO E BIOPSIKOLÓGICO.

MARCONDES, Thiago José Renacir¹
RICCI, Camila Milazotto²

RESUMO

O presente artigo traz a apuração da natureza do Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema biológico aplicado para definir a inimputabilidade do adolescente infrator. Traz ainda a apuração da natureza do Direito Penal e o sistema biopsicológico que nele é utilizado. Apura ainda os pontos negativos e positivos de uma possível mudança de sistema biológico para biopsicológico quanto à apuração da inimputabilidade do adolescente infrator frente ao atual discernimento do mesmo, em especial para crimes violentos ou contra a vida.

PALAVRAS-CHAVE: inimputabilidade penal; sistema biológico; sistema biopsicológico.

PENAL MAJORITY AND THE BIOLOGICAL, PSYCHOLOGICAL AND BIOPSYCHOLOGICAL SYSTEMS.

ABSTRACT

This paper presents the determination of the nature of the Statute of Children and Adolescents and the biological system used to define the unaccountability of the adolescent offender. It also brings the determination of the nature of criminal law and the biopsychosocial system that it is used. Still clears the negative and positive points of a possible change in biological system for the determination biopsychological as nonimputability adolescent offender against the current understanding of the same, especially for violent crimes or crimes against life.

KEYWORDS: criminal unaccountability; biological system; biopsychological system.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade vem aumentando e mais, vem a cada dia se especializando tanto tecnicamente quanto aos equipamentos utilizados. Aumenta também, talvez não tão drasticamente, a criminalidade juvenil, em especial os crimes relacionados com grave ameaça e violência, crimes contra a vida, crimes hediondos e equiparados.

Assim, o atual sistema prevê aos maiores de 12 anos e menores de 18 a aplicação de medidas socioeducativas – limitadas a internação de, no máximo, três anos – previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Isto ocorre pela utilização do sistema biológico para se estabelecer a inimputabilidade prevista na Constituição Federal em seu artigo 228, artigo 27 do Código Penal e artigo 101, 104 e 112 do Estatuto. Sendo tal sistema baseado na suposta falta de discernimento ou amadurecimento dos adolescentes infratores.

Todavia, os adolescentes de hoje vem alcançando o discernimento necessário da ilegalidade dos crimes e das regras de convívio social bem antes dos 18 anos, claro, existem algumas exceções, mas via de regra os atos praticados são reconhecidos pelos mesmos como ilegais e os mesmos tem conhecimento das penas que lhe serão aplicadas.

Assim, o presente trabalho visa analisar o sistema biológico que garante a inimputabilidade do adolescente infrator e o sistema biopsicológico do direito penal, verificando assim os prós e contras de uma possível alteração de sistema (biológico para biopsicológico) para adolescentes que cometem crimes com o uso de violência e/ou grave ameaça, crimes contra a vida e crimes hediondos ou equiparados, levando em conta a possibilidade da constatação do discernimento “antecipado” ao que tinha outrora.

Não obstante, discute-se se a aplicação do sistema biopsicológico aos adolescentes infratores traria a sociedade, ainda que de forma limitada, a aplicação das funções da pena – direito penal -, ressaltando a ressocialização que ocorre em números ínfimos, mas aplicando assim as demais funções que a mesma possui.

O presente artigo tem em seu desenvolvimento o estudo das bases ideológicas do sistema de punição do Estatuto da Criança e do Adolescente; o estudo das bases do sistema punitivo penal; estudo do sistema biológico, psicológico e biopsicológico; uma análise dos pontos positivos e negativos de uma possível alteração de sistema biológico para biopsicológico como forma de definir a inimputabilidade dos adolescentes infratores em casos especiais; e por fim as considerações finais.

¹ Acadêmico – Faculdade Assis Gurgacz. tjrm.adv@gmail.com

² Docente orientador – Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. AS BASES IDEOLÓGICAS DO SISTEMA DE PUNIÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA), LEI. 8.069/90.

Inicialmente, é mister ressaltar que a inimputabilidade pela não obtenção da maioridade penal tem previsão na Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 228 que tem o seguinte texto:

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

Ainda neste sentido temos o artigo 27 do Código Penal que traz o seguinte texto:

Art. 27. Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

A legislação especial da qual se referem os artigos supra é a Lei nº. 8.069 de 13 de Julho de 1990 e dispõem sobre o estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.

Na referida lei, a inimputabilidade penal do menor de 18 anos está prevista no artigo 104, que traz o seguinte texto:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos sujeitos as medidas previstas nesta Lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente que foi materializado através da lei federal n.º 8.069/90 instituiu um sistema de responsabilização penal ao adolescente infrator condicionando a este a aplicação de medidas sócio educativas observando sempre o devido processo legal junto à justiça juvenil.

Neste sentido, estabelece o artigo 2º da Lei que:

Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade.

A base ideológica que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente, como relata OLIVEIRA E SILVA (2005), oscila entre a proteção/compaixão e a punição/sanção, tal oscilação é notória ao analisar a questão do adolescente em conflito com a lei, sendo que o Estatuto busca o controle sociopenal, ao ponto que garante direitos e se aproxima das normas penais ao estabelecer respostas com base no Código Penal.

Desta forma, as bases do Estatuto da Criança e do Adolescente são evidenciadas através das práticas educativas, assistenciais e sociojurídicas que impõem, sendo que a partir da intervenção e controle judicial das questões sociais e do adolescente infrator observa-se que estão contidas concepções punitivas e de prevenção social com cunho ideológico de ressocialização.

Ressalta-se o artigo inicial do Estatuto da Criança e do Adolescente, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990 que diz: “Art. 1º esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”, e com referência a esta “proteção integral” ensina Antônio Chaves em CHAVES (1997) que:

Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte. Mas também tem outro sentido do ponto de vista estritamente legal: é que toda a matéria passará a ficar subordinada aos dispositivos do Estatuto, como de resto se deduz do último dos seus artigos, o de n. 267.

Evidente o caráter protetivo que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente, e partindo desta premissa, suas punições têm caráter ideológico de ressocialização do adolescente infrator. Ocorre que o número de crimes violentos sendo praticados por adolescentes vem aumentando a cada ano e ganhando notoriedade nas mídias. E sempre que a imprensa noticia o aumento de violência, a população, de um modo geral, tende a clamar por medidas punitivas mais rigorosas. Vejamos então o posicionamento de Evandro Lins e Silva *apud* CHAVES (1997):

Toda vez que a violência aumenta, as pessoas tendem a clamar por medidas punitivas mais rigorosas para os transgressores das leis. Pedem a pena de morte para os mais perigosos e cadeia para todos quanto saíam do trilho da conduta determinada pela legislação em vigor. Essa é uma reação instintiva e nada racional. Ninguém ignora que hoje no Brasil a prisão não regenera nem ressocializa as pessoas que são privadas da liberdade por ter cometido algum tipo de crime. Ao contrário, é de conhecimento geral que a cadeia perverte, corrompe, deforma,

avilta e embrutece. É uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime (in Veja, de 22.05.1991, pág. 90)

Assim, de tempos em tempos a pressão pela redução da maioridade penal e, a partir deste ponto, é interessante ressaltar a origem do adolescente infrator, e assim relatou Luiz Otávio de Oliveira Amaral *apud* CHAVES (1997) “*O menor desajustado, infrator, abandonado, doente, é produto de uma sociedade ainda não plenamente desenvolvida na amplitude de seus recursos econômicos, sociais e culturais.*”.

A base ideológica da proteção integral é, então estabelecida aos adolescentes (maiores de 12 anos e menores de 18 anos, conforme art.2º do Estatuto). Cabe ressaltar que a maioridade penal no Brasil é estabelecida através do sistema biológico, neste sentido se manifesta Celso Delmanto:

O CP estabelece neste art. 27, a presunção absoluta de inimputabilidade para os menores e 18 anos. Tal presunção obedece a critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento. Ela se justifica, pois o menor de 18 anos não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter. Por isso, o CP presume sua incapacidade para compreender a ilicitude do comportamento e para receber sanção penal.

Assim não faz necessário que o adolescente infrator seja inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato, vez que apenas o fato do mesmo não ter completado 18 anos de idade é o suficiente para criar a inimputabilidade penal, neste sentido temos o entendimento de J. Cretella Jr “*A inimputabilidade é absoluta até meia noite, da véspera do aniversário de 18 anos.*”, sofrendo os mesmos, medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Sistema biológico fora adotado para definir a inimputabilidade do adolescente baseado em que o mesmo não possui desenvolvimento completo das faculdades intelectuais de raciocínio. Neste sentido é o que preleciona Celso Delmanto: “*o discernimento, ou seja, a capacidade moral de entendimento é fruto do desenvolvimento completo das faculdades intelectuais de raciocínio, fato que não se dá aos infantes e adolescentes. Daí a lei considerar inimputáveis os menores.*”.

Em artigo publicado na Folha de São Paulo, o Psiquiatra Forense Guido Arturo Palomba, tece comentários a respeito da menoridade do ponto de vista médico, cabendo destacar aqui o seguinte trecho relativo a idade entre 13 e 17 anos:

[...] o cérebro ainda não está totalmente desenvolvido, embora já ofereça condições para, no meio social, o indivíduo formar seus próprios valores ético-morais e Ter seus interesses particulares. Aqui cabem, juridicamente, a semi-imputabilidade penal e a incapacidade relativa para certos atos da vida civil. A partir dos 18 anos, a pessoa já tem suas estruturas suficientemente desenvolvidas, biológica e psicologicamente; tem capacidade para entender o caráter jurídico, civil e/ou penal de um determinado ato e está apto para determinar de acordo com esse entendimento. Maioridade, imputabilidade penal e capacidade civil. Ao adotarmos a zona fronteira na graduação da idade civil e penal, daremos grande salto qualitativo em matéria de direito. Por analogia, entre a infância e o adequado controle das funções intelectuais e emocionais há a adolescência, dos 13 aos 18 anos. Ela dá à pessoa o “tom” psicológico entre irresponsabilidade e responsabilidade, estado fundamental que poderia ser contemplado nas leis que os homens fazem.

Já Eder Jorge se manifesta da seguinte forma:

Quando se fala em maturidade para efeitos penais, não se busca inteligência destacada, capacidade de tomar decisões complexas, mas tão-somente a formação mínima de valores humanos que uma pessoa deve ser dotada, podendo discernir entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, entre o que constitui crime e a atipicidade (livre-arbítrio). (JORGE, 2002).

Assim, utiliza-se a premissa de que somente após completar 18 anos de idade é que o indivíduo (no modo geral) adquire a maturidade psicológica e biológica para legitimar a opção da Constituição referente a maioridade penal e a inimputabilidade.

2.2. AS BASES DO SISTEMA PUNITIVO PENAL.

É mister ressaltar a finalidade do Direito Penal, sendo esta proteger os bens mais importantes e necessários a própria sobrevivência da sociedade, senão vejamos o ensinamento de GRECO (2013):

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. [...] A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.

As penas, que segundo o artigo 59 do Código Penal Brasileiro (DECRETO LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940) prevê que devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, devendo, segundo GRECO (2013), “reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”.

Assim dispõem o artigo Art. 59 do Código Penal Brasileiro:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Cabe ressaltar que a pena tem, segundo os doutrinadores, a finalidade de retribuição ao delito perpetrado e a prevenção de novos crimes, sendo que o caráter preventivo da pena se desdobra em dois aspectos, o geral e o especial, e estes por sua vez se subdividem em outros dois, o negativo e o positivo.

O geral negativo está ligado ao poder de intimidação da pena para toda a sociedade destinatária da norma penal; o geral positivo tem a finalidade de reafirmar a existência e eficiência do Direito Penal; o especial negativo está ligado ao poder de intimidação direta ao autor do delito; e por fim o especial positivo que está ligado na ressocialização do condenado.

Para tanto temos o ensinamento de NUCCI (2013):

Conceito de pena: é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a *retribuição* ao delito perpetrado e a *prevenção* de novos crimes. O caráter *preventivo* da pena se desdobra em dois aspectos, geral e especial, que se divide em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não tome a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização [...] Há crimes que merecem punição com foco voltado mais à retribuição do que à restauração (ex. homicídio, extorsão mediante sequestro, tráfico ilícito de drogas). Outros, sem dúvida, já admitem a possibilidade de se pensar, primordialmente, em restauração (ex. crimes contra a propriedade, sem violência; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade individual).

Cabe ressaltar o entendimento de HESSEMER *apud* GRECO no tocante à prevenção por intimidação, relata que:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinação a prática de crime possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

Segundo o entendimento de GRECO, a partir do artigo 59 do Código Penal, podemos concluir que a lei penal brasileira adota uma teoria mista ou unificadora da pena - fazendo relação aqui as teorias absolutas e relativas. Isto pois, a “*parte final do caput do artigo 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo assim, com que se unifiquem as teoria absoluta e relativa, que se pautam respectivamente, pelos critério da retribuição e da prevenção*”.

Desta forma, a penalização prevista pelo Código Penal tem caráter intimidativo, ou seja, não apenas para o apenado “pagar” pelo ilícito cometido (sentido de castigo), mas também para intimidar possíveis cidadãos que por ventura tenham certa inclinação para a prática de crimes (sentido de prevenção geral), e, ainda, evitar que o agente que já foi condenado rescinda, sabendo ele que a prática de crimes o levará novamente ao cárcere (sentido de prevenção especial).

Neste sentido temos o posicionamento de GRECO:

Vimos que, por meio da prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, o Estado se vale da pena por ele aplicada a fim de demonstra à população, que ainda não delinuiu, que, se não forem observadas as normas editadas, esse também será o seu fim. Dessa forma, o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais membros da sociedade.

Ademais, a pena tem ainda um caráter ressocializador, uma vez que se espera que o apenado reflita sobre sua conduta para assim não mais cometer atos ilícitos, sendo ainda que no período em que o apenado cumpre sua pena,

pode participar de atividades laborais e estudo, promovendo, assim, uma gradativa preparação para quando retornar ao convívio social, nos termos da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84.

Outro aspecto ressaltado por GRECO é “a retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado”. Assim, a sociedade não correrá risco de que este indivíduo cometa crimes fora do sistema carcerário durante o período em que estiver cumprindo sua pena junto ao sistema carcerário.

2.3. O SISTEMA BIOLÓGICO/CRONOLÓGICO DA INIMPUTABILIDADE DO MENOR DE 18 ANOS.

Como já mencionado, a Constituição Federal, o Código Penal e a Legislação especial utiliza o sistema biológico/cronológico (idade) para determinar a inimputabilidade dos menores de dezoito anos de idade.

Segundo tal critério, a inimputabilidade do menor de dezoito anos decorre de simples fator cronológico, ou seja, o indivíduo ainda não completou dezoito anos de idade. Trata-se da presunção absoluta de inimputabilidade. Neste sentido temos o ensinamento de DELMANTO:

Tal presunção (*absoluta*) obedece a critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento. Ela se justifica, pois o menor de 18 anos em geral não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter. Por isso, o CP presume sua incapacidade para compreender a ilicitude do comportamento, em sua inteireza, e para receber sanção penal. Trata-se, evidentemente de um critério artificial mediante o qual a pessoa passa a ser, quando completa a maioridade, “de um dia para o outro” imputável.

Assim, não há qualquer levantamento sobre a capacidade psíquica do agente, sendo excluída a imputabilidade pelo fato referido. Sendo que a adoção restrita de tal critério faz ao juiz depender absolutamente de certidão de nascimento nos casos dos menores de 18 anos.

Mister ressaltar a análise feita por DELMANTO:

Não obstante, esse critério é necessário até mesmo por imperativo de segurança jurídica em face da dificuldade de se aferir, caso a caso, a maturidade ou não de um adolescente, a sua capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de conseguir inibir os seus impulsos, sobretudo em um país que aboliu o exame criminológico de condenados que buscam a progressão do regime de cumprimento de pena, em razão da absurda lentidão e usual precariedade dos referidos exames, embora a jurisprudência tenha flexibilizado e permitido a realização de exame para os casos mais graves, a critério do juízo da execução. Ao contrário do que ocorre na Alemanha, onde, tratando-se de menores entre 14 e 18 anos, é prevista, caso a caso, a constatação de sua imputabilidade mediante perícia do seu desenvolvimento moral e mental.

Ainda sobre o sistema biológico adotado, ensina JESUS:

Enquanto para os outros casos (doença mental, desenvolvimento mental retardado e desenvolvimento mental incompleto em relação aos silvícolas inadaptados) o Código adotou o sistema biopsicológico, foi adotado o sistema biológico quanto aos menores (exceção a regra).

Desta forma, o critério utilizado para definir a inimputabilidade do menor de dezoito anos decorre da simples falta do mesmo ter completado dezoito anos de idade, sendo irrelevante se o mesmo tinha conhecimento da ilicitude e resultado de seus atos.

2.4. O SISTEMA BIOPSIOLÓGICO UTILIZADO PELO DIREITO PENAL.

O sistema biopsicológico ocorre da junção do sistema biológico com o sistema psicológico, assim, necessário esclarecer que o sistema psicológico baseia-se no entendimento ou não do caráter ilícito do fato ao tempo do crime, ou seja, em tal sistema não faz necessário que a incapacidade derive de uma causa mental preexistente. A utilização exclusiva de tal critério dá enorme arbítrio ao magistrado para apreciar a imputabilidade do agente.

Por fim, no critério biopsicológico ocorre a junção do critério biológico com o psicológico, sendo considerado inimputável o sujeito que ao tempo do crime não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado. A utilização de tal critério traz o pronunciamento do perito sobre o fator biológico (se o acusado era, ao tempo da ação ou omissão, portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto) e do juiz sobre o fator psicológico (se o acusado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito ou de determinar-se com relação a este entendimento), ou seja, faz necessário a presença de ambos os requisitos para ser considerado inimputável.

Neste sentido temos o entendimento de NUCCI:

Imputabilidade penal é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em *sanidade mental* e *maturidade*.

Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará, vez ou outra, praticando um fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer juízo de culpabilidade.

[...] biopsicológico: levam-se em conta os dois critérios (biológico e psicológico) anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente sã e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26. Constitui, também, o sistema de outras legislações, como a espanhola, ressaltando Enrique Esbec Rodríguez que o perito se pronuncia sobre as bases antropológicas e o juiz sobre a imputação objetiva. Logo, não é suficiente que haja algum tipo de enfermidade mental, mas que exista prova de que esse transtorno afetou, realmente, a capacidade de compreensão do ilícito, ou de determinação segundo esse conhecimento, à época do fato.

O direito Penal brasileiro adota como regra o sistema biopsicológico para a definição dos critérios fixadores da inimputabilidade ou culpabilidade diminuída, e como exceção, o sistema puramente biológico para a hipótese do menor de dezoito anos (arts. 228 da Constituição Federal e 27 do Código Penal). Sobre tais sistemas ensina CAMPOS *apud* BITENCOURT. In verbis.

Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseado na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação.

Assim, segundo os ensinamentos de BITENCOURT:

Pode-se afirmar, de forma genérica, que estará presente a imputabilidade, sob a ótica do Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos. A falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade. [...] No que diz respeito aos menores de 18 anos, os requisitos e efeitos da inimputabilidade são, claramente, distintos. Para o menor de idade, o critério biológico isoladamente, esgota o conceito de inimputabilidade, porque, por presunção constitucional (art. 228 da CF e art 27 do CP), o menor de dezoito anos é incapaz de culpabilidade, ou, na velha terminologia, irresponsável penalmente, pelo menos no âmbito do Direito Penal de adultos. Com efeito, é suficiente que se faça a comprovação da idade do menor, isto é, do aspecto puramente biológico, para "isentá-lo de pena".

Assim, o Código Penal utiliza o sistema biopsicológico para estabelecer a capacidade de discernimento do indivíduo para com os atos praticados, e assim aplicar ao mesmo a pena estabelecida levando em conta tal capacidade.

Tal fato tem previsão no artigo 26 do Código Penal, senão vejamos:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Neste sentido temos ainda o entendimento de NUCCI

Tendo em vista que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (é a parte biológica), situação não passível de verificação direta pelo juiz. Entretanto, existe, ainda, o lado psicológico, que é a capacidade de se conduzir de acordo com tal entendimento, compreendendo o caráter ilícito do fato. Essa parte pode ser de análise do juiz, conforme as provas colhidas ao longo da instrução. É certo que se diz que o magistrado não fica vinculado ao laudo pericial, valendo-se, inclusive, do art. 182 do Código de Processo Penal, embora seja imprescindível mencionar que a rejeição da avaliação técnica, no cenário da inimputabilidade, não pode conduzir a substituição do perito pelo juiz.

Portanto, caso o magistrado não creia na conclusão pericial, deve determinar a realização de outro exame, mas não simplesmente substituir-se o perito, pretendendo avaliar a doença mental como se médico fosse. A parte cabível ao magistrado é a psicológica, e não a biológica.

Cabe ressaltar que para se afirmar a inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Código Penal são necessário três requisitos. São estes: 1. Causas, que segundo DELMANTO, “*Causas. Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Cabendo à psiquiatria forense definir quais seriam as “doenças mentais”*”. 2. Consequências, ou, incapacidade completa de entender a ilicitude do fato. 3. Tempo. Necessário que os dois primeiros requisitos ocorram simultaneamente.

Neste sentido temos o posicionamento de JESUS:

Para que seja considerado inimputável não basta que o agente seja portador de “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. É necessário que, em consequência desses estados, seja “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (no momento da conduta).

A avaliação é feita através de exame médico-legal, mas é o juiz quem decidirá da inimputabilidade ou não.

Cabe ressaltar que o Poder Legislativo, através da PEC 33/2012, tentou implementar o sistema biopsicológico para desconsiderar a inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar, através da comprovação da capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, em casos de crimes hediondos.

Todavia tal PEC foi rejeitada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 19/02/2014, em suma por considerar cláusula pétrea a maioridade penal prevista no art. 228 da Constituição Federal.

2.5. OS PONTOS NEGATIVOS E POSITIVOS DE UMA MUDANÇA DE SISTEMA PARA DETERMINAR A INIMPUTABILIDADE.

Partindo do pressuposto de que adolescentes entre dezesseis anos de idade e menores de dezoito anos de idade, que cometam crimes dolosos que resultem em morte ou lesão corporal gravíssima tivessem sua imputabilidade definida através do sistema biopsicológico, com a desconsideração da inimputabilidade, vamos a análise dos pontos positivos e negativos de tal mudança.

A mudança de sistema biológico para o biopsicológico no tocante a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos, acarretaria em alguns casos, na redução da maioridade penal, ou seja, seria dado ao adolescente infrator as mesmas punições e tratamentos dados ao maior de dezoito anos atualmente, o que, ainda se trata de terreno arenoso, pois, juridicamente, existe um sério debate a respeito da impossibilidade de se promover tal redução, prevista no artigo 228 da Constituição Federal. A questão se limita a se considerar se existe um direito fundamental consolidado neste dispositivo constitucional que trata da liberdade dos adolescentes menores de 18 anos.

Tal mudança (do sistema biológico para o biopsicológico) poderia levar o adolescente infrator ao sistema carcerário nacional, que, sabe-se precário, superlotado, com condições sub-humanas, falido e que por fim não ressocializa praticamente nenhum dos condenados, ou seja, uma calamidade carcerária.

Assim, um dos principais pontos negativos é dar ao adolescente infrator um remédio (tratamento penal e carcerário) que é reconhecidamente ineficiente.

Outro aspecto negativo observado na mudança de sistema está ligado ao caráter discricionário e de arbítrio do sistema biopsicológico. Neste sentido temos o ensinamento de SARAIVA *apud* MICHELONI:

O critério biopsicológico de fixação da imputabilidade penal, baseado no discernimento, vem sendo paulatinamente eliminado dos ordenamentos jurídicos democráticos, presididos pelo garantismo penal, haja vista seu caráter discricionário e de arbítrio.

Debate-se ainda se a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos é ou não cláusula pétrea, o que impossibilitaria tal mudança.

Outro ponto é o fato do Brasil ser signatário da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, sendo que em tal convenção é previsto a impossibilidade de tornar a norma interna do país mais gravosa do que a do referido tratado, conforme artigo 41 do referido tratado.

Por fim, cabe ressaltar que não existem estudos sobre uma possível diminuição da criminalidade com a redução da maioridade penal, ou seja, ainda não há garantias de que a possibilidade de se conferir aos adolescentes o mesmo tratamento que o adulto tem perante lei penal seria eficaz quanto à redução da criminalidade juvenil e/ou da criminalidade em geral.

Já os possíveis pontos positivos são as aplicações das medidas penais cabíveis, ainda que de forma limitada em face da não ressocialização pelo cárcere atual, mas garantindo assim à sociedade uma segurança social, vez que se aplicaria os demais objetivos da pena, qual seja a prevenção geral e a prevenção especial, com o seu fator de maior intimidação, sendo que tais objetivos são aplicados de forma mitigada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Fundamentado na aplicação de tais objetivos da pena, - Geral negativa (intimidação coletiva); Geral positiva (reafirmar a existência e eficiência do Direito Penal); e especial negativa (intimidação direta ao autor do delito), existe a possibilidade da diminuição da criminalidade, mas como já dito, não existem estudos sobre o tema, bem como a possibilidade de tais estudos ficaria limitada a possibilidades e não a dados concretos.

O fator de intimidação da pena, constante no objetivo Geral negativo e Especial negativo é ponto relevante no tema, sendo que os demais adolescentes infratores poderiam ser tratados pelo direito penal, ou seja, com penas mais graves e sistema diferenciado do que dispõem o Estatuto da Criança e do Adolescente o que poderia, ou não, acarretar numa maior reflexão dos mesmos para com seus atos.

Outro reflexo com potencial positivo seria o término da sensação de impunidade – cabe ressaltar aqui que tal sensação é da população em geral, visto que ao estudar o tema, notório é que o adolescente infrator tem sim uma responsabilização, todavia conforme determina a Legislação Especial. Atendendo assim o anseio da população quando da ocorrência de crimes bárbaros cometidos por adolescentes.

3. CONCLUSÕES/CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inimizabilidade penal prevista pela Constituição Federal, Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente bem como dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, utiliza hoje o sistema biológico/cronológico.

O sistema biopsicológico aparece como uma alternativa a tal sistema, todavia conforme mencionado no corpo do presente artigo, o caráter discricionário e de arbítrio traz grandes riscos a sociedade e principalmente ao indivíduo a ser analisado.

A manutenção da maioridade penal e da aplicação das sanções previstas em Lei especial para adolescentes infratores traz aspectos positivos e negativos, sendo necessários estudos ainda mais aprofundados para se chegar a uma conclusão robusta.

O que se sabe é que, da maneira como vem sendo utilizado o Estatuto, tanto na questão de punição como na questão de prevenção e segurança ao adolescente, os resultados não estão saindo conforme o esperado. As internações dos adolescentes se assemelham com os cárceres do sistema prisional, o tratamento dado é praticamente o mesmo, ou seja, não passam de mini prisões, ou prisões mirins. Assim a manutenção do sistema atual, que também não vem obtendo êxito quanto à redução da criminalidade, vem agravando os números da criminalidade e seguindo o caminho que vem trilhando, está fadada ao fracasso.

A redução da maioridade penal de fato, da forma como o sistema carcerário é administrado, não reduzirá a criminalidade, tal como a lei de crimes hediondos não reduziu os referidos crimes.

Notório é que os adolescentes de hoje não tem a mesma “ingenuidade” ou imaturidade dos de outrora, sendo que as noções de convívio social – ainda que não cumpridas – são conhecidas pelos adolescentes cada vez mais cedo.

Assim, a alteração de sistema utilizado para definir a inimizabilidade penal dos adolescentes menores de dezoito anos no critério supracitado é uma alternativa que os legisladores vem utilizando em debates e projetos para atender aos anseios da sociedade quanto ao tema criminalidade juvenil, deixando de lado a manutenção do sistema biológico e a redução da maioridade penal levando em conta apenas o sistema biológico/cronológico.

O aspecto de maior relevância observado em uma possível alteração de sistema para desconsiderar a inimizabilidade do maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos de idade, é o da intimidação, constante no objetivo Geral negativo e Especial negativo da pena, sendo que poderia trazer um reflexo nos atos praticados pelos adolescentes.

REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto – Tratado de direito penal: parte geral I – 19. Ed.. ver., ampl. E atual – São Paulo : Saraiva, 2013.

CHAVES, Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 2ª edição, 1997, LTR editora Ltda, pg. 51-471-468.



____Constituição Da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acesso em 04 de novembro de 2013.

CRETELLA JÚNIOR. J. Comentários a Constituição Federal de 1998, 2ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 1993.

DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado, 5ª ed., São Paulo: Renovar, 2000.

DELAMANTO, Celso, Código penal comentado, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

____FOLHAPRESS – GAZETA DO POVO disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1453612> acessado dia 02 de Abril de 2014.

GRECO, Curso de Direito Penal – Parte Geral. 15 edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Pg. 2-475-476

GUSMÃO, Introdução ao Estudo do Direito, Rio de Janeiro. Forense. 2003, pg. 177

JESUS, Damásio de, Código Penal Anotado, ed. 21, São Paulo, 2012.

____JORGE, Éder. Redução da maioridade penal. 2002. Disponível em: (<http://jus.com.br/artigos/3374/reducao-da-maioridade-penal>). Acesso em 02 de Abril de 2014.

____Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm acessado em 04 de novembro de 2013.

MAGGIO, Direito Penal – Parte Geral. 3 ed. rev., atual. ampli., Bauru, São Paulo. Edipro. 2002. Pg. 31

MARTINS, Penas Alternativas, 1. Ed. 2 tir. Curitiba: Juruá 1999, pg. 21.

____MICHELONI, Fernanda C., Artigo: Redução da Maioridade Penal e suas consequências. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/fernanda_camargo.pdf acesso em 23 de abril de 2014.

MIRABETE, Manual de Direito Penal. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2000. Pg. 36

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial, 9ª ed.; Revista dos Tribunais, 2013.

____OLIVEIRA E SILVA. O CONTROLE SÓCIO-PENAL DOS ADOLESCENTES COM PROCESSOS JUDICIAIS EM SÃO PAULO: entre a "proteção" e a "punição". Tese de doutorado. Disponível em: <http://www.bdae.org.br/dspace/bitstream/123456789/1300/1/tese.pdf> acesso em 04 de novembro de 2013.

____PEC 33/2012, disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106330 acesso em 08 de abril de 2014.