

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**OS REFLEXOS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE CIVIL NO CÓDIGO
PENAL E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Juliana Santos Machado

Presidente Prudente/SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**OS REFLEXOS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE CIVIL NO CÓDIGO
PENAL E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Juliana Santos Machado

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a.
Paula Pontalti Marcondes Moreira.

Presidente Prudente/SP
2005

OS REFLEXOS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE CIVIL NO CÓDIGO PENAL E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Paula Pontalti Marcondes Moreira

Gilson Sidney Amâncio de Souza

Gilmara P. F. Mohr Funes

Presidente Prudente/SP, 22 de novembro de 2.005.

Aos meus pais, Francisco e Francisca, e à minha irmã Milena, que a cada dia contribuem com minha felicidade, mesmo sem saber o quão bem me fazem, sempre se dedicando e se preocupando comigo.

O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus.

Agradeço à professora Paula Pontalti Marcondes Moreira, pela valiosa orientação, apoio e incentivo, os quais foram indispensáveis para a realização deste trabalho.

Agradeço também ao digno Promotor de Justiça Gilson Sidney Amâncio de Souza e a professora e mestre Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes por terem aceitado compor minha banca examinadora.

A todos gostaria de exprimir os maiores agradecimentos e aqui reconhecer a sua importante contribuição.

RESUMO

O novo Código Civil entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, trazendo como principal mudança a redução da maioridade civil para 18 anos de idade. Em razão dessa alteração, o presente trabalho teve como objetivo verificar se essa nova maioridade civil causou reflexos no âmbito penal e processual penal. As questões analisadas no Código Penal foram a atenuante genérica e a redução pela metade dos prazos prescricionais, já com relação ao Código de Processo Penal, foram analisadas as figuras do representante legal, curador, jurado, perito e intérprete. Para saber se tais dispositivos sofreram alguma alteração com a redução da maioridade civil, deve-se levar em conta se o legislador se baseou na maioridade civil ao mencionar a idade de 21 anos nos artigos do Código Penal e Processual Penal. Dependendo do caso, haverá derrogação, em outros haverá ab-rogação, devendo ser feita uma interpretação cautelosa desses dispositivos face à nova maioridade civil.

Palavras-chave: Maioridade civil. Capacidade civil. Maioridade penal.

ABSTRACT

The new Civil Code entered in vigor in day 11 of January of 2003, bringing as main change the reduction of the civil majority for 18 years old. In reason of this alteration, the present work had as objective to verify if this new civil majority caused consequences in criminal and criminal procedural orbit. The questions analyzed in the Criminal Code had been the generic extenuating circumstance and the reduction for the half of the limitations, already with relation to the Code of criminal procedure, the figures of the legal representative, custodian, jury, connoisseur and interpreter had been analyzed. To know if such devices had suffered some alteration with the reduction from the civil majority, he must yourself be led in account if the legislator if based on the civil majority when mentioning the age of 21 years in articles of Criminal the Criminal and Procedural Code. Depending on the case, he will have derogation, in others will have abrogation, having to be made a cautious interpretation of these devices face to the new civil majority.

Key-words: Civil majority. Civil capacity. Criminal majority.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL	11
2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 1916	14
3 CAPACIDADE CIVIL E CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO	18
3.1 CAPACIDADE CIVIL	18
3.2 CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO	21
4 MAIORIDADE PENAL	25
5 INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	29
6 ANTINOMIAS JURÍDICAS	33
6.1 NOÇÃO DE ANTINOMIA JURÍDICA	33
6.2 CLASSIFICAÇÃO DAS ANTINOMIAS	35
6.3 CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS	38
6.4 INCOMPLETUDE DOS CRITÉRIOS	39
7 REVOGAÇÃO DO DIREITO	42
7.1 AB-ROGAÇÃO E DERROGAÇÃO	43
8 REFLEXOS NO CÓDIGO PENAL	44
8.1 ATENUANTE GENÉRICA	45
8.2 REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL	49
9 REFLEXOS NO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL	54
9.1 REPRESENTANTE LEGAL	54
9.2 CURADOR	61
9.3 JURADO	68
9.4 PERITO E INTÉRPRETE	71
10 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

Diferente do Código Civil de 1916, que estabelecia em seu artigo 9º a maioridade aos 21 anos completos, o novo Código Civil que entrou em vigor dia 11 de janeiro de 2003, reduziu a maioridade civil para 18 anos de idade, conforme dispõe seu artigo 5º, igualando a maioridade civil à maioridade penal.

A maioria das dúvidas que surgiram na discussão sobre o tema, é relacionada à interdependência entre os ramos do Direito, principalmente quando uma certa disciplina jurídica tende a adotar a maioridade civil como pressuposto ou condição de sua eficácia.

É sabido que o Código Penal e o Código de Processo Penal utilizaram como suporte em muitos dispositivos, a idade utilizada no antigo Código Civil para aquisição da maioridade, prescrevendo um tratamento distinto aos maiores de 18 e menores de 21 anos.

Assim, a redução da maioridade civil para 18 anos, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, ocasionou dúvidas a respeito desse tratamento diferenciado, no âmbito penal e processual penal.

Dessa forma, regra geral, com 18 anos o agente adquire capacidade para realizar todos os atos da vida civil. Essa redução tem provocado forte celeuma jurídica, discutindo-se se o Código Penal e o Código Processual Penal foram revogados na parte que disciplinam a antiga maioridade do réu, ou seja, 21 anos.

As discussões surgidas são basicamente à vista do seguinte questionamento: quais os reflexos causados pelo artigo 5º do Novo Código Civil no tocante à circunstância atenuante genérica no caso do réu ser menor de 21 anos da data do fato, a redução da prescrição pela metade na hipótese do agente ser menor de 21 anos ao tempo do crime, representante legal, curador, jurado, intérprete e perito?

Nessa esteira, o presente estudo tem como propósito estudar se a redução da maioridade civil ab-rogou ou derogou disposições dos diplomas penais vigentes em nosso ordenamento jurídico.

1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Inicialmente, para o estudo dos reflexos da redução da maioridade civil no Código Penal e no Código Processual Penal, é essencial entender a relação entre as matérias cível e penal e, conseqüentemente, chegar a uma conclusão sobre as influências dessa mudança no ordenamento jurídico brasileiro.

A principal discussão é se os dispositivos do Código Penal e do Código Processual Penal que se referiam à idade de 21 anos foram modificados em razão da redução da maioridade civil para 18 anos, como por exemplo, a necessidade de curador para o indiciado menor de 21 anos.

No entanto, antes de adentrar diretamente ao problema, é fundamental analisar como ocorreu a evolução da maioridade penal no Brasil.

Nem sempre o Brasil adotou o limite de 18 anos para inimputabilidade.

O Código Criminal do Império de 1830, inspirado no Código Penal Francês, tinha como regra o discernimento, onde determinava a maioridade penal absoluta a partir dos 14 anos, sendo que, se ficasse comprovado que o menor abaixo dessa idade tivesse agido com discernimento, poderia ser considerado penalmente responsável e ser submetido a quaisquer espécies de pena, inclusive a prisão perpétua. Assim, foi adotado o critério psicológico¹ para determinar a imputabilidade ou não.

Mais adiante, o Código Penal Republicano de 11 de outubro de 1890 determinava em seu artigo 27 a inimputabilidade até os 09 anos de idade, sendo que os maiores de 09 e menores de 14 anos estariam submetidos à análise do discernimento.

O legislador limitou por dois motivos a responsabilidade, a idade (maior de 09 e menor de 14 anos) e o discernimento existente no momento da conduta, segundo as alternativas do lícito e do ilícito.

¹ Nesse critério, o que importa é o efeito e não a causa. Leva em conta se o sujeito, no momento da prática do fato, tinha condições de compreender seu caráter ilícito e de determinar-se de acordo com essa compreensão ou não. Volta suas atenções apenas para o momento da prática do crime.

Esse critério de analisar o discernimento era um problema para os aplicadores da lei. Reconhecer se o menor possuía ou não lucidez para orientar-se a respeito da ilicitude ou reprovabilidade do fato era extremamente difícil para o juiz, que quase constantemente decidia em favor do menor, declarando-lhe a ausência de discernimento.

Abel do Valle apud Antônio Bento de Faria justificou a adoção desse critério pelo legislador no fato de que os atos praticados pelos menores de 09 anos eram protegidos por uma proteção absoluta de inocência, por não terem consciência de seus atos.

O artigo 27 do Código de 1890, que tratava da inimputabilidade, foi revogado pela Lei 4.242/21, que em seu artigo 3º, § 20, dispôs que o menor de 14 anos, autor de crime ou contravenção, não seria submetido a processo algum. *Ipses verbis*:

O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção será submetido a processo especial.

Com a instituição pelo Decreto Legislativo de 1º de Dezembro de 1926 do Código de Menores, o menor de 14 anos, dependendo de sua condição de abandono ou perversão, seria abrigado em casa de educação ou preservação, ou ainda, confiado à guarda de pessoa idônea até a idade de 21 anos. E se não fosse intensa sua periculosidade, poderia ficar sob custódia dos pais, tutor ou outro responsável.

Com a vigência do Código Penal de 1940 no ordenamento jurídico brasileiro até os dias de hoje, com alterações feitas pela Lei 7209/84, foi adotado o critério puramente biológico², no que diz respeito à inimputabilidade em face da idade, estabelecendo-a para os menores de 18 anos. Ficando o critério bio-psicológico³

² Para esse critério, importa saber se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Há uma presunção legal de que a deficiência ou doença mental impede o sujeito de compreender o crime ou comandar a sua vontade, sendo irrelevante indagar acerca de suas reais e efetivas conseqüências no momento da ação ou omissão.

³ Esse critério é constituído do critério psicológico e do biológico. Toma em consideração a causa e o efeito. Só é inimputável o sujeito que, em conseqüência da anomalia mental, não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão. A doença mental, por exemplo, por si só não é causa de inimputabilidade.

como uma exceção à regra, ou seja, somente utilizado no caso das demais espécies de inimizabilidade previstas no Código.

Insta salientar que, entre o período de vigência do Código Penal Republicano e do Código Penal atual, foi instituído o Código Civil de 1916, de forma que passaram a existir no Brasil duas maioridades distintas, a civil e a penal; e mesmo com a entrada em vigor do Código Civil, não houve qualquer alteração no Código Penal de 1890.

Dessa forma, conclui-se que uma maioridade não tem influência sobre a outra. Enquanto a maioridade civil se refere à capacidade da pessoa de fato ou exercício, ou seja, a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil; a maioridade penal está relacionada a um critério biológico, isto é, presume-se que o menor de 18 anos não possui desenvolvimento mental completo para compreender o caráter ilícito de seus atos, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O novo Código Civil, instituído pela Lei n.º 10.406/02, sem dúvida trouxe muitas mudanças na esfera cível.

Dos 2.046 artigos do novo Código Civil brasileiro o que causou mais polêmica foi o que reduziu a maioria de 21 para 18 anos, pela importância do tema em si, já que importa em reflexos em diversos ramos do direito.

Primeiramente, faz-se necessário distinguir as três etapas da menoridade.

O antigo Código Civil estabelecia como absolutamente incapazes, dentre outros, os menores de 16 anos, não podendo, por si mesmo praticar atos da vida civil, senão quando representados.

Foi utilizado o limite de idade como critério para a incapacidade, e qualquer ato praticado por menor dessa idade era nulo.

Os menores de 16 anos são detentores apenas da capacidade de direito e não da capacidade de fato. A primeira está delineada no artigo 2º de ambos os Códigos, todos possuem, é a capacidade civil; a segunda está relacionada à aptidão para o indivíduo pessoalmente adquirir direitos e contrair obrigações.

Depois de atingir 16 anos e até os 21, o indivíduo era considerado relativamente incapaz, presumia-se que o menor já possuía certo grau de discernimento. Nessa época, considerava-se que o menor já tinha certo amadurecimento, podendo praticar certos atos da vida civil sozinho e outros através de seus representantes legais.

Segundo ensina Silvio de Salvo Venosa (2001, p. 151):

Incapacidade relativa, ao contrário da incapacidade absoluta, não afeta a aptidão para o gozo de direitos, uma vez que o exercício será sempre possível com a assistência de outrem. Entende a lei que, nesses casos, a deficiência é menor do que aquela que atinge os absolutamente incapazes; procura a lei proteger apenas a feitura de certos atos; restringe o âmbito de atuação dos relativamente incapazes; exige a assistência de outra pessoa ou determina certa maneira pela qual alguns atos devem ser praticados.

O revogado Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 9º o momento em que se cessava a menoridade civil do indivíduo, ou seja, quando adquiria a plena

capacidade civil: “Art. 9.º Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil”.

Por este Código, entendia-se que o menor de 21 anos não tinha um desenvolvimento completo de sua capacidade de raciocínio, do seu intelecto, da compreensão a respeito dos atos que eventualmente viesse a praticar, precisando, portanto, de uma proteção especial.

Esse critério utilizado pelo legislador ocorreu em virtude do momento de elaboração desse Código, os jovens demoravam mais para amadurecer, em decorrência da própria época em que viviam.

Assim, por mais precoce que o menor fosse, continuaria inabilitado para a prática de determinados atos até completar a maioridade civil, pois o critério utilizado pelo legislador foi unicamente etário.

Insta salientar que, era possível a aquisição da plena capacidade civil antes dos 21 anos de idade através da emancipação⁴. Da mesma forma dispõe o novo Código Civil.

Passados 86 anos de sua vigência, a necessidade da redução da maioridade civil não era mais causa de controvérsia.

Há tempos não havia mais motivos para continuar com essa maioridade civil tardia. Sem dúvida, atualmente os meios de comunicação transmitem, de forma contínua e crescente, conhecimentos e informações que ampliam o poder de observação das pessoas e de seu discernimento dos fatos, deixando-as aptas a adquirir a plena capacidade civil aos 18 anos.

Com advento do Código Civil de 2002, ficou estabelecido que ocorre a cessação da menoridade civil aos 18 anos, quando o indivíduo fica habilitado a praticar todos os atos da vida civil, bem como responder por danos causados a terceiros.

⁴ Emancipação é a aquisição da capacidade civil, antes da idade legal. Cessará a incapacidade: voluntariamente, pela concessão dos pais devidamente registrada, ou de um na falta do outro desde que o menor tenha idade mínima de dezesseis anos; judicialmente, pela sentença, autorizando-o à emancipação; e legalmente pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego desde que o menor tenha economia própria e idade mínima de dezesseis anos; e ainda pelo casamento.

Assim dispõe o artigo 5º do Código Civil de 2002: “Art. 5º A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada á prática de todos os atos da vida civil”.

Houve, portanto, a redução da maioridade civil.

Essa maioridade é estabelecida em outras legislações, como no Código Civil Italiano de 1942 (art.22); no Português de 1966, com as alterações de 1977 (art.130); no Francês, com as mudanças da Lei de 1974 (art.488); assim como na Constituição Espanhola de 1978 (art.12).

Como no Código anterior, a idade foi o único critério adotado pelo legislador. Em face do princípio da igualdade contemplado pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, que expressamente dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não houve discriminação entre sexo, tanto o homem como a mulher atinge a maioridade aos 18 anos.

Em decorrência da evolução da sociedade nos últimos anos em vários aspectos, pode-se afirmar que os jovens amadurecem mais cedo, e assim entendeu o legislador ao reduzir a idade para adquirir a plena capacidade civil.

Conseqüentemente, passam a ser relativamente incapazes aqueles maiores de 16 e menores de 18 anos.

No que diz respeito à incapacidade absoluta, o novo Código restringiu-a a três hipóteses: os menores de 16 anos, os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o discernimento necessário para a prática de seus atos, os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ocorre que, ao diminuir a maioridade civil aos 18 anos, o legislador igualou-a à maioridade penal.

O Código Penal, em seu artigo 27, determina: “Art. 27 Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas em legislação especial”.

Com a equiparação das maioridades, surgiu no mundo jurídico uma discussão sobre a influência do novo Código Civil no Código Penal e no Código de Processo Penal.

Questiona-se, dentre outras indagações, se essa redução teve seu efeito extensivo à dispositivos do Código Penal e do Código Processual Penal que faziam referência à idade de 21 anos, ou seja, se a redução da maioridade civil, ab-rogou ou derogou disposições dos referidos Códigos.

É a respeito dessa discussão que o presente trabalho se destina.

3 CAPACIDADE CIVIL E CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO

3.1 Capacidade civil

O ser humano, na atual sociedade democrática, é considerado pessoa, sujeito e titular de direito, ou seja, é possuidor de direitos e obrigações e está autorizado a praticar atos jurídicos em geral.

A palavra pessoa deriva do vocábulo latino *persona*, que significa máscara de teatro. Utilizava-se essa expressão para designar o próprio papel que o artista representava no palco. Com a evolução do termo, a palavra “pessoa” estendeu-se ao próprio sujeito de direito nas relações jurídicas.

Nesse caminho evolutivo, apesar da palavra “pessoa” estar ligada à idéia de ser humano, na acepção jurídica refere-se a todo e qualquer sujeito de direitos e obrigações, podendo ser tanto física como jurídica.

Importante salientar que, capacidade e personalidade não se confundem, mesmo estando intimamente ligadas.

Personalidade jurídica é um pressuposto inerente a todas as pessoas; isso significa que estas estão aptas a adquirir direitos e contrair obrigações. A personalidade não é um direito, é um conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas. Já a capacidade confere o limite da personalidade, é a aptidão que a pessoa, por ser detentora de personalidade jurídica, tem para adquirir direitos e exercer atos da vida civil.

Gonçalves (2003, p. 153), a respeito dos direitos da personalidade:

A concepção dos direitos da personalidade apóia-se na idéia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os *direitos da personalidade*, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.

O artigo 2º do Código Civil dispõe que a personalidade civil tem início com o nascimento com vida, e põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

É relevante saber quando se dá o início da personalidade porque, com esta, o homem se torna sujeito de direitos, diz-se que é o primeiro bem da pessoa.

No Código Civil brasileiro predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade. Só é necessário o nascimento com vida, não se exige que a vida seja viável.

No entanto, o fato do nascituro estar protegido legalmente, não significa dizer que ele tenha personalidade. Trata-se de mera expectativa de direito, uma vez que a personalidade só advém do nascimento com vida.

Verifica-se o nascimento com vida com a respiração. Assim, se restar comprovado que a criança, ao deixar o ventre da mãe, encheu pela primeira vez os pulmões de ar, mesmo que venha a falecer segundos depois, adquiriu personalidade e, como consequência, já se torna sujeita de direitos.

O Direito vale-se dos ensinamentos da Medicina para fazer essa constatação. Assim ensina Maria Helena Diniz (2000, p. 8-9):

Para que um ente seja pessoa e adquira personalidade jurídica, será suficiente que tenha vivido por um segundo. Para que se possa constatar o nascimento com vida utiliza-se da docimasia respiratória, colocando-se os pulmões do recém-nascido em água à temperatura de quinze a vinte graus centígrados para averiguar se eles flutuam, comprovando-se respiração, ou da docimasia gastrointestinal, verificando se o estômago e o intestino sobrenadam na água, indicando que houve respiração.

Esclarecido isso, importante ressaltar que nem toda pessoa possui capacidade civil. Isso significa que, não é toda pessoa que pode praticar de forma válida os atos da vida civil, pois a lei a institui de forma negativa, ou seja, diz quais as pessoas que não possuem capacidade de exercício.

Quando o Código Civil dispõe em seu artigo 1º que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, não dá a entender que possua concomitantemente o gozo e o exercício desses direitos. Por essa razão, deve-se distinguir as duas espécies de capacidade, a de gozo ou de direito e a de fato ou de exercício.

A capacidade de gozo ou de direito está prevista no artigo 1º do Código Civil, é a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, é decorrente da personalidade jurídica e, portanto, inerente a toda pessoa, não podendo ser recusada ou limitada ao ser humano.

Já a capacidade de exercício ou de fato está contida na capacidade de direito, já que não se pode exercer um direito sem tê-lo, sendo, portanto, impossível conceber a primeira sem a segunda. Dessa forma, fica claro que as limitações ao exercício da capacidade de fato estão ligadas ao estado da pessoa, sejam de ordem física ou jurídica. Dispõe o artigo 5º do Código Civil, que só os maiores de 18 anos gozam dessa capacidade.

Nas lições de Diniz (2003, p. 13) retira-se que:

Em relação à menoridade, a incapacidade cessará quando o menor completar dezoito anos, segundo nossa legislação civil. Ao atingir dezoito anos a pessoa tornar-se-á maior, adquirindo a capacidade de fato, podendo, então, exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Pode-se concluir que a primeira é conferida *erga omnes*, ilimitada e plena, ou seja, é a capacidade de ser, pura e simplesmente, titular de direitos; já a segunda, permite ao cidadão exercer tais prerrogativas pessoalmente, sem intermediação de outrem, mas embora presumida, é necessário que o indivíduo apresente requisitos materiais: maioridade, saúde, desenvolvimento mental, etc. Portanto, ela é limitada e, no caso de incapacidade, caberá a uma terceira pessoa exercer o direito em seu nome.

Ainda, capacidade de gozo está relacionada ao direito material, enquanto que a capacidade de exercício dos direitos adquiridos está ligada ao direito processual. Essa diferenciação é de suma importância no que diz respeito à capacidade de ser parte, principalmente para a realização desse trabalho, já que o objetivo é elucidar os reflexos da nova maioridade civil no âmbito da justiça criminal.

Feita essa distinção, nota-se que é a capacidade de exercício que tem relevância para o presente estudo.

A partir do momento que a pessoa adquire a capacidade civil plena, passa a poder exercer, por si só, todos os atos e negócios jurídicos.

Considera-se que a pessoa capaz tem consciência e aptidão para tomar suas decisões, ou seja, tem a maturidade para avaliar qual o melhor caminho a seguir para buscar seus direitos e seus interesses, praticando o ato ou negócio jurídico de forma direta e válida.

Por outro lado, da mesma forma que a pessoa capaz pode conduzir seus atos da forma que bem entender, também é responsável por todas as conseqüências oriundas dos seus atos, assim como por qualquer dano eventualmente causado a terceiros.

Assim, regra geral, ao completar 18 anos a pessoa adquire a capacidade de exercício. Só não gozará de capacidade plena aquele que a lei, de forma expressa, lhe retirar ou restringir, como no caso dos absolutamente incapazes (art.3º do CC) e dos relativamente incapazes (art.4º do CC).

3.2 Capacidade de discernimento

Uma das definições encontradas para a palavra discernimento é: “faculdade de discernir; juízo; critério; entendimento; apreciação” (OLINTO, p. 286).

Dessa forma, aquele que possui esses atributos é dotado de discernimento, ou seja, é capaz de diferenciar, de distinguir uma coisa de outra. Não é toda pessoa que possui essa capacidade por se tratarem de critérios subjetivos ligados às características próprias de cada um.

Tanto a lei penal como a lei civil exige essa capacidade do agente. Partindo desse pressuposto, que procuraremos demonstrar a relevância dessa qualidade nessas duas esferas do direito.

Segundo França (1998, p. 343):

A lei reputa, para os efeitos da responsabilidade penal e capacidade civil, que possua o indivíduo saúde mental e maturidade psíquica. A imputabilidade caracteriza uma capacidade de compreensão e uma vontade de agir. A capacidade civil como uma aptidão para gerir sua pessoa e seus bens.

Entende-se que o ser humano é livre para agir e determinar-se de acordo com a vontade de sua própria natureza, sendo influenciado por inúmeros fatores biológicos e sociológicos, como por exemplo: a idade, a civilização, estados emotivos, surdimutismo, etc.

Esses fatores são denominados criminogenéticos e advêm da própria constituição do indivíduo ou são provenientes do meio em que ele vive.

Na legislação penal, a capacidade de discernimento é a capacidade que tem o agente de compreender o injusto penal que está praticando. É o juízo de aprovação ou censura que o próprio indivíduo possui no momento da ação ou omissão.

Pode-se dizer que, para o indivíduo ser responsabilizado penalmente é preciso analisar se este possui um grau de capacidade psíquica que lhe permita ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se o agente, diante de suas condições psíquicas, tem a capacidade de entender a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta à sua compreensão.

Caso o agente não possua essa capacidade, será considerado imputável e se sujeitará à aplicação da regra contida no artigo 26 do Código Penal. Sobre este fundamento, Luiz Régis Prado (2001, p. 271) resume com maestria:

Essa capacidade possui, logo, dois aspectos: *cognoscitivo* ou *intelectivo* (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e *volitivo* ou de determinação de vontade (atuar conforme essa compreensão). *Contrario sensu*, o Código Penal define os imputáveis como aqueles que carecem de capacidade de culpabilidade: quando, por anomalia mental, são incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art.26, *caput*, CP).

A capacidade de discernimento liga-se à idéia de imputabilidade penal e não à idéia de responsabilidade penal, embora para muitos os dois termos sejam sinônimos.

A imputabilidade é o conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade, para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso. Portanto, é a condição de maturidade e sanidade mental próprio daquele indivíduo, que lhe confere a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de

determinar-se segundo esse entendimento. Tem como fundamento a vontade humana, livre e consciente.

Por outro lado, a responsabilidade penal é a obrigação que a pessoa tem de responder pelas conseqüências jurídicas do crime. Assim, é decorrente da imputabilidade, pois só pode sofrer as conseqüências do fato criminoso, aquele que tinha a consciência de sua antijuridicidade e mesmo assim quis praticá-lo.

Como bem salienta França (1998, p. 344):

Portanto, não se deve confundir imputabilidade com responsabilidade. A primeira é atribuição pericial, através de diagnóstico ou prognóstico de uma conclusão médico-legal, e a responsabilidade penal um fato de competência judicial, o qual será analisado juntamente com outros dados processuais.

Dessa forma, o agente capaz está menos propenso à cometer um ilícito penal, pois seu juízo de reprovação provocará a censura de sua conduta. A reprovabilidade é um juízo de valor sobre o fato, levando em consideração que essa censurabilidade existe apenas naquele que possui a consciência da ilicitude da sua conduta ou, ao menos, tenha a possibilidade desse conhecimento.

Capacidade de discernimento, portanto, é a capacidade do agente entender o significado de sua ação ou omissão e atuar conforme o permitido.

No âmbito penal, o agente torna-se imputável ao completar 18 anos.

O Código Penal brasileiro não dispõe quem são os imputáveis. A regra é que todo agente seja imputável, a não ser que ocorra causa excludente da imputabilidade (chamada de dirimente). Assim, a capacidade penal é obtida por exclusão, ou seja, sempre que não estiver presente alguma causa dirimente.

Na esfera civil, a capacidade de discernimento está ligada à capacidade de exercício da pessoa, pois para que a pessoa realize atos jurídicos válidos, é preciso que tenha discernimento de seus atos, preservando seus interesses e resguardando seus direitos.

Caso contrário, entende a lei, que a pessoa não é capaz de realizar atos válidos na esfera civil sem a interferência de um terceiro para assisti-lo ou

representá-lo. A lei retira-lhe essa faculdade, justamente pela falta de discernimento, a exemplo dos absolutamente incapazes e relativamente incapazes.

4 MAIORIDADE PENAL

A imputabilidade, como já dito, é a capacidade de culpabilidade do agente, ou seja, é a possibilidade de se atribuir a alguém determinada coisa. Assim, imputabilidade é a possibilidade de imputar ao agente que possui capacidade de entendimento do ilícito, a prática de um fato típico e antijurídico.

Em contrapartida está a inimputabilidade, prevista no artigo 26, *caput*, 27 e 28, §1º, do Código Penal. A imputabilidade é a regra, sendo a inimputabilidade exceção, que só ocorre nos casos expressamente previstos em lei.

Se a pessoa, ao tempo da ação ou omissão, era incapaz de analisar o caráter ilícito de sua conduta ou de se posicionar de acordo com esse entendimento, será considerada inimputável.

O indivíduo se torna inimputável por diversas situações, chamadas de causas excludentes da imputabilidade; e ocorre nas seguintes hipóteses: menoridade, doença mental; desenvolvimento mental, incompleto ou retardado; embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Essas causas, além de excluïrem a imputabilidade, também excluem a culpabilidade.

A inimputabilidade funda-se em critérios ou sistemas de apreciação, adotados pelas diversas legislações, que buscam delimitar seus traços. Os sistemas são os seguintes: biológico, psicológico e bio-psicológico.

O critério biológico ou etiológico condiciona a imputabilidade à rigidez mental do indivíduo, ou seja, leva em consideração a doença mental enquanto patologia clínica. Possuindo o agente doença mental, desenvolvimento psíquico deficiente ou perturbação mental transitória será considerado inimputável, independentemente de quaisquer outras investigações psicológicas. A presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de 18 anos, trazida no artigo 27 do Código Penal, obedece esse critério puramente biológico, não tendo relevância o grau de discernimento.

Esse não é o critério mais adequado, pois é sabido que o cometimento de um crime depende de outros fatores diversos da enfermidade, como sua intensidade, momento, etc.

Por sua vez, o critério psicológico ou psiquiátrico leva em conta as condições psicológicas do agente à época do fato, sem indagar sobre a existência de causa patológica que as tenha determinado. É o contrário do sistema anterior. Analisa-se a personalidade do agente, verificando se possuía discernimento sobre o caráter ilícito de sua conduta, ao tempo do fato delituoso.

Para os que defendem esse critério, alegam ser esse o melhor, pelo fato dos jovens da sociedade atual terem amadurecimento precoce, em virtude do grande número de informações a que têm acesso.

E por fim, o critério biopsicológico ou misto que conjuga os dois anteriores, exigindo a presença de deficiência mental e a completa incapacidade de entendimento sobre a ilicitude de seus fatos. Esse foi o critério adotado por nossa legislação penal.

Confira-se a lição de Noronha (2000, p. 166) acerca desse sistema:

Para nossa lei, há inimizabilidade quando o estado patológico, compreendido nas expressões “doença mental” ou “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, acarretar a consequência de suprimir, no agente, a capacidade de compreender o caráter delituoso do fato ou de se determinar consoante essa compreensão.

Atualmente a maioria penal é atingida aos 18 anos, o que significa dizer que o jovem, antes de completar essa idade, é considerado inimputável, sujeitando-se a uma penalidade mais branda.

De acordo com o artigo 228 da Constituição Federal e o artigo 27 do Código Penal, são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, ficando sujeitos às normas da legislação especial.

Dessa forma, o sistema adotado por nossa legislação penal foi o sistema biopsicológico; no que diz respeito à menoridade, a inimimizabilidade é normativa e será presumida se o indivíduo for menor de 18 anos. Trata-se de uma exceção ao sistema adotado pelo Código Penal brasileiro, uma vez que o critério utilizado aqui é o biológico.

Para esses menores, é desnecessária a capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta. O legislador adotou a presunção absoluta da

inimputabilidade, sem a necessidade de indagar sobre a incapacidade de entender ou querer.

Isso não significa que o menor não receberá nenhum tratamento por ter cometido o ato infracional. As normas de legislação especial mencionadas pela Carta Magna estão consubstanciadas na Lei 8.069/90, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujo artigo 104 fixa a idade de 18 anos como limite para a inimputabilidade do menor, pois, segundo o legislador penal, o menor não pratica crime e sim ato infracional, ficando isento de pena.

Além de fixar a idade limite para a inimputabilidade do menor, o mencionado artigo 104 prevê algumas providências a serem tomadas em relação aos menores infratores como: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

No entanto, isso não quer dizer que a idade adotada seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação. É, entretanto, um limite razoável de tolerância recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, tanto que se pode afirmar ser o limite de 18 anos praticamente regra internacional, sendo adotado pela maioria dos países, ou com pequenas variações para mais ou para menos.

Na Inglaterra, a maioria penal é de 21 anos para crimes comuns. Tratando-se de crimes hediondos o infrator é penalizado a partir dos 10 anos. Já nos Estados Unidos, verificam-se divergências de legislações nos 50 estados, sendo que em 18 deles os jovens que cometerem crime grave podem ser responsabilizados a partir dos 14 anos, equiparando-se, nessa condição, àquele que conta com 18 anos, considerada a maioridade. Em Portugal, na Argentina, Espanha, Bélgica e Israel o jovem pode ser condenado a partir dos 16 anos. Na Alemanha e Haiti, a partir dos 14 anos.

Ainda em relação à idade, o legislador penal concedeu vários benefícios aos maiores de 18 e menores de 21 anos, tais como: atenuação de pena; contagem do prazo prescricional pela metade, nomeação de curador para salvaguardar seus direitos quando da prisão em flagrante, etc.

Desse modo, a idade limite exigida para a aquisição da imputabilidade é matéria de suma importância, e tem enfoque essencial no presente estudo. A questão da idade apresenta relevância tanto no âmbito penal como no cível.

Com o advento do Código Civil de 2002, o antigo Código foi expressamente revogado pelo artigo 2045, e a idade para a obtenção da maioridade civil passou de 21 para 18 anos. Essa redução da idade limite gerou algumas celeumas na justiça penal, o que será explicado mais profundamente adiante.

5 INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Sabe-se que as leis positivas são formuladas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas e, apesar de ser em linguagem clara e precisa, apresenta-se de maneira muito ampla, cabendo ao exegeta interpretá-las.

Dessa forma, o aplicador do direito passa a ter a tarefa de pesquisar a relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social. Para isso, o aplicador do direito tem a possibilidade de socorrer-se de algumas técnicas interpretativas com o propósito de buscar a finalidade da lei, ou seja, qual era a intenção do legislador no momento de elaborar a lei, o verdadeiro sentido da norma positivada.

Segundo Dilvanir José da Costa (1997, p. 69):

Interpretar é, sobretudo, pesquisar e traduzir uma vontade exteriorizada num ato jurídico, numa correspondência, num contrato, num texto legal ou constitucional. Depois de uma simples conversa é comum ouvir-se dos interlocutores: 'fui mal-interpretado'. Assim, a interpretação é a alma da comunicação e a própria condição da vida social. Interpretação é identificação de pensamentos, de sentimentos e de vontades, é comunhão de espíritos e fator de integração social.

Nesse mesmo sentido, Carlos Maximiliano (2000, p. 01):

A Interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que evoluiu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito, obediente por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica.

Todavia, é preciso que o intérprete da lei tenha extenso conhecimento da sistemática da ordem jurídica na qual a lei a se interpretar esteja integrada.

Para orientar o encargo do intérprete e do aplicador existem várias técnicas ou processos interpretativos, são eles: gramatical ou literal, lógico, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico.

Insta salientar que, no sentido amplo, interpretação é sinônimo de hermenêutica; mas na técnica e juridicamente são distintas. Assim, importante se faz distinguir interpretação de hermenêutica, embora as duas tenham a mesma finalidade.

Para Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 21)

Faz sentido aqui a diferença posto que hermenêutica e interpretação levam a atitudes intelectuais muito distintas. Num primeiro momento, está-se tratando de regras sobre regras jurídicas, de seu alcance, sua validade, investigando sua origem, seu desenvolvimento etc. Ademais, embora essas regras, que mais propriamente poder-se-iam designar por enunciados, para evitar a confusão com as regras jurídicas propriamente ditas, preordenem-se a uma atividade ulterior de aplicação, o fato é que eles podem existir autonomamente do uso que depois se vai deles fazer. Já a interpretação não permite este caráter teórico-jurídico, mas há de ter uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso sobre o qual vai se aplicar a norma.

Ainda sobre o assunto, Vicente Ráo (1999, p. 456) faz a seguinte distinção:

A *hermenêutica* tem por objetivo investigar e coordenar, por modo sistemático, os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação; a *Interpretação*, por meio de regras e processos especiais, procurando realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a *Aplicação* das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos, nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam. Fixando os precisos termos dessa distinção, não queremos significar, entretanto, que hermenêutica, interpretação e aplicação constituem três disciplinas inteiramente distintas, sem ligação, nem recíproca dependência. Ao contrário, aquilo que as distingue é, tão-somente, a diferença que vai entre a teoria científica, sua prática e os diferentes modos técnicos de sua aplicação.

Em substância, entre ela existe uma unidade conceitual e uma continuidade, que devem ser devidamente consideradas, pois o direito, teórico, normativo ou aplicado, é sempre precipuamente uma ciência.

Consiste a hermenêutica em uma ciência autônoma que contém regras ordenadas, com a finalidade de fixar critérios e princípios que nortearão o trabalho do aplicador do direito. No entanto, a hermenêutica é apenas um instrumento para a realização da interpretação jurídica.

Assim, pode-se concluir que as leis positivas na medida em que são formuladas em termos gerais, sem minúcias, torna necessária a intervenção do

interprete no processo de aplicação da norma jurídica, para que, com fundamento nos pressupostos fornecidos pela hermenêutica e da pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto extraia o sentido apropriado da norma para a vida real, e tendente a uma decisão correta.

Várias são as finalidades atribuídas à interpretação, descobrir a vontade do legislador; apurar o sentido da lei considerada em si, como ser autônoma desligado de seus próprios antecedentes históricos; proteger e disciplinar as situações de fato segundo as necessidades sociais do momento em que as normas são aplicadas e ainda, o fim de uma livre investigação do direito, a fim de se criar a norma reputada mais conveniente à ordem social.

Quanto a fonte ou origem, a interpretação pode ser classificada em autêntica (emana do próprio legislador, que vai esclarecer seu exato sentido), judicial (provém dos órgãos judiciários ao aplicarem a lei ao caso concreto), e a doutrinária (procede dos comentaristas do direito).

Sob o ponto de vista dos meios de interpretação, esta se classifica em gramatical, racional, sistemática, histórica e teleológica. Contudo, para que o presente estudo não se torne prolixo, faremos uma análise apenas da interpretação sistemática, que será a mais utilizada, pois considera o sistema em que a norma se insere, relacionando-a com outras normas concernentes ao mesmo objeto.

O presente estudo tem o escopo de tentar corrigir um aparente conflito de normas surgido com a entrada em vigor do novo Código Civil, que reduziu a maioria civil para 18 anos, chocando-se com alguns institutos penais e processuais penais. Se possível, tal conflito será resolvido mediante a utilização de alguns critérios para a solução de conflito de normas, além da interpretação sistemática que deverá ser feita pelo exegeta.

Provavelmente o legislador ao reduzir a maioria civil, não se atentou ao fato de que de essa mudança modificaria as normas que se utilizaram da antiga maioria no momento de sua elaboração.

Como já dito, o sistema jurídico não se compõe de um único sistema normativo, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora esteja cada um fixado em seu próprio lugar.

Assim o processo sistemático pretende que o intérprete resolva eventuais conflitos de normas, examinando-a sob a ótica de sua localização junto ao direito que tutela.

Maximiliano (2000, p. 128), define processo sistemático como:

Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Caio Mário Pereira da Silva (1987, p. 182) ensina que:

Sistemática é a que leva o investigador ainda mais longe, evidenciando a subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser dissociada. Aqui, o esforço hermenêutico impõe a fixação de princípios amplos, norteadores do sistema a que o interpretando pertence, e o seu entendimento em função dele. A interpretação sistemática é também um processo lógico, que opera em mais vasto campo de ação. Parte o intérprete do pressuposto de que uma lei não existe isolada, e por isso mesmo não pode ser entendida isoladamente. Na sua boa compreensão, devem-se extrair de um complexo legislativo as idéias gerais inspiradoras de legislação em conjunto, ou de uma província jurídica inteira, e à sua luz pesquisar o conteúdo daquela disposição.

Dessa forma, o processo sistemático busca integrar o direito interpretado com os demais fenômenos da ordem jurídica.

Cabe ao exegeta, diante de uma norma, relacioná-la com outra que possua o mesmo objeto, mesmo que seja de um outro ramo do direito, realizando a interpretação sistemática. Fazendo isto o intérprete descobrirá o conflito normativo, devendo socorrer-se dos métodos de solução de conflitos de normas e antinomias jurídicas, que será analisado a seguir, sob pena de ir de encontro com os princípios da plenitude e o da unidade da ordem jurídica.

6 ANTINOMIAS JURÍDICAS

6.1 Noção de antinomia jurídica

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil, várias modificações foram produzidas pelo texto da Lei e criou uma série de situações em que o aplicador do direito deverá aplicar a hermenêutica e, por certo, muitas colisões serão enfrentadas pelo Judiciário nos próximos anos.

Uma das mais significantes modificações, objeto do presente estudo, foi justamente a redução da maioridade civil para 18 (dezoito) anos e suas conseqüências no campo penal e processual, uma vez que algumas de suas normas utilizam o antigo critério etário da maioridade civil.

Assim, com a entrada em vigor do Novo Código Civil houve uma equiparação da idade para a obtenção tanto da maioridade civil como da penal, o que criou certo questionamento acerca da vigência dos dispositivos penais e processuais que, influenciados pela legislação civil, estabeleceram certos benefícios aos menores de 21 (vinte e um) anos.

Os dicionários da língua portuguesa definem antinomia como antítese, oposição, contradição, contraste.

Sempre que estivermos diante de um conflito entre duas normas, ou entre dois princípios, ou ainda, entre uma norma e um princípio, cuja solução não se acha prevista da ordem jurídica, estaremos diante de uma antinomia jurídica.

“Antinomia é a presença de duas normas conflitantes. Sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular” (DINIZ, 1998, p. 19)

A coerência do sistema é representada pelo princípio da não-contradição ou da unicidade. Esta característica deve existir no sistema jurídico, pois é postulado essencial para garantir que a justiça seja alcançada pelo direito, portanto, o antagonismo entre as normas desse sistema deve ser solucionado.

A certeza de que o fato está regulamentado de uma só forma é primordial para o direito, pois só assim é possível prever a conseqüência jurídica para uma conduta própria ou de outrem.

A essência da relevância do princípio da unicidade, para o direito é configurada ao sabermos que o fato não será analisado sob a ótica de uma norma, mas sim sobre o conjunto de normas formadoras do sistema jurídico. Assim sendo, o fato é regulamentado pelo sistema de uma maneira global. É o sistema jurídico em sua totalidade que normatiza o fato e não apenas uma lei em específico.

O problema da antinomia existe desde a Antigüidade, e surgiu nas lições de Plutarco⁵ e Quintiliano⁶, atingindo certa relevância jurídica no século XVII, com Goclenius⁷ que distinguiu a antinomia em sentido amplo e em sentido estrito.

No entanto, tal como aparece nos dias atuais, o problema do conflito normativo surgiu no século XIX, época da Revolução Francesa, momento em que as condições políticas e jurídicas se apresentaram favoráveis ao desencadear desse movimento.

Para que se admita haver uma antinomia jurídica, deve-se observar a existência dos seguintes requisitos:

1. ambas as normas sejam jurídicas;
2. ambas estejam vigentes e pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico;
3. que as normas que expressam ordens ao mesmo sujeito emanem de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo;
4. as instruções dadas ao comportamento do receptor se contradigam e, para obedecê-las, ele deve também desobedecê-las;
5. o sujeito deve ficar numa posição insustentável, sem nenhuma regra jurídica que aponte uma solução positivamente válida para a solução do conflito.

⁵ Filósofo e prosador grego do período greco-romano, estudou na Academia de Atenas, aluno do neoplatônico Amônio Saccas.

⁶ Orador e escritor romano nascido em Calahorra, Espanha, famoso retórico e crítico literário e considerado a honra da magistratura romana. Estudou retórica em Roma com os maiores mestres de seu tempo, retornou à Espanha (57) e transferiu-se definitivamente para Roma (68), onde fundou uma escola particular de ensino de retórica, transformada depois em escola pública pelo imperador Vespasiano, que o manteve como professor remunerado de Retórica.

⁷ Filósofo alemão nascido em 1547 na cidade de Korbach, foi professor de matemática, física, logística e ética na Universidade de Marburg. Foi reconhecido pela invenção dos termos psicologia (1590) e ontologia (1613).

A antinomia se configura quando no mesmo ordenamento jurídico, haja duas normas conflitantes na mesma hierarquia e com o mesmo âmbito de abrangência.

Quando se aprende o Direito dividido em ramos diversos, devemos estar cientes de que essa divisão é só para fins didáticos, pois indiscutível é a unidade do Sistema Jurídico, que é formado por normas que foram se desenvolvendo ou se alterando de acordo com o tempo e que influenciaram suas criações, mas em conjunto, formam um todo coerente e homogêneo, que se harmonizam pela existência de uma norma fundamental, que sustenta toda a hierarquia normativa.

Dessa forma, se a incompatibilidade entre as duas normas continuar, mesmo após a interpretação adequada das duas, haverá uma antinomia real.

Por isso é entendida como a oposição entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito (aplicador do direito) numa posição insustentável de escolha sem que possa escolher uma delas, sem ferir a outra.

A princípio, o aplicador do direito, com base na idéia de unidade do Sistema, deve se esforçar no sentido de tentar harmonizar os textos sistematicamente, de forma a buscar uma saída interpretativa que afaste a idéia de antinomia.

6.2 Classificação das antinomias

As antinomias jurídicas podem ser classificadas em conformidade com os seguintes critérios: solução, conteúdo, âmbito e extensão da contradição.

Quanto ao critério de solução, teremos a antinomia real e a aparente. A antinomia aparente se dá quando os critérios para solucioná-la forem normas integrantes do ordenamento jurídico, ou seja, no próprio ordenamento encontra forma sistêmica de solução.

Já a antinomia real, ocorre quando não houver na ordem jurídica qualquer critério normativo para solucioná-la, sendo, então, indispensável à sua eliminação a edição de uma nova norma. Caracteriza-se pela completa ausência de normas e critérios de solução, ou mesmo um conflito entre estes próprios critérios.

Citando Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Alf Ross, Maria Helena Diniz (2003, p. 472) pondera que:

[...] seria de bom alvitre substituir tal distinção, baseada na existência ou não de critérios normativos para sua solução, por outra, em que antinomia real seria aquela em que a posição do sujeito é insustentável porque há: a) lacuna de regras de solução, ou seja, ausência de critérios para solucioná-la, ou b) antinomia de segundo grau, ou melhor, conflito entre critérios existentes; e a antinomia aparente, o caso contrário.

Caso o intérprete e aplicador da lei seja submetido a uma antinomia jurídica real, não terá como conciliar a aplicação das duas normas válidas e muito menos autonomia de ab-rogar definitivamente a sua escolha, uma das leis confrontantes.

Assim sendo, a permanência de antinomia jurídica real é contrária ao princípio da não-contradição e por isso deverá ser eliminada. A antinomia deverá ser suprida primeiramente, invalidando a eficácia de uma das leis, resguardando assim a justa aplicação do direito.

Com relação ao conteúdo, ter-se-á a antinomia própria e a imprópria. A primeira se configura quando uma conduta aparece ao mesmo tempo e em duas normas conflitantes.

Não podem existir duas regras jurídicas que impõem deveres contraditórios e que sejam ao mesmo tempo válidas. Sendo uma regra válida, deve-se fazer o que ela exige. Assim, a antinomia própria evidencia-se pelo fato de o sujeito não poder atuar respeitando uma norma sem violar a outra, devendo optar, e esta sua opção implica na desobediência a uma das normas em conflito. Assim, somente uma delas pode ser tida como aplicável.

A antinomia imprópria, por sua vez, ocorre em virtude do conteúdo material das normas, porque não impedem que o sujeito aja conforme as duas normas, cada qual no seu ramo, embora sejam materialmente conflitantes. Existe o conflito entre as normas, mas a escolha por uma delas não implica necessariamente em descumprimento da outra.

Em relação ao âmbito, poder-se-á ter a antinomia de direito interno, a antinomia de direito internacional e a antinomia do direito interno-internacional, que

ocorre entre normas de um mesmo ramo do direito ou entre aquelas de diferentes ramos jurídicos, num dado ordenamento jurídico.

A antinomia de direito internacional é a que aparece no conflito entre normas de direito internacional, como convenções internacionais, costumes internacionais, etc.

Por sua vez, a antinomia de direito interno-internacional surge entre norma de direito interno de um país e norma de direito interno de outro país, também ocorrendo entre norma de direito interno e norma de direito internacional. Resume-se no problema das relações entre dois ordenamentos, na prevalência de um sobre o outro.

Por fim, quanto à extensão da contradição, teremos a antinomia total-total, a total-parcial e a parcial-parcial.

Antinomia total-total ocorre se ao aplicar uma das normas houver conflito com a outra em todos os seus termos, ou seja, é a incompatibilidade absoluta entre duas normas. Ocorre entre normas com âmbitos de validade idênticos, caso em que a aplicação de qualquer uma conseqüentemente elimina a aplicação da outra em sua inteireza.

Caso seja possível a conciliação entre as normas, dependendo da abrangência desta conciliação teremos a antinomia total-parcial ou antinomia parcial-parcial.

A antinomia total-parcial, se configura no caso de uma das normas não poder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem entrar em conflito com a outra, mas apenas em parte.

Em nenhum caso a primeira norma pode ser aplicada sem entrar em conflito com a segunda; esta, por sua vez, tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira.

E finalmente, a antinomia parcial-parcial, quando as duas normas forem conflitantes parcialmente.

Dessa forma, depois de encontrar, conceituar e classificar a antinomia, basta solucioná-la com o auxílio dos critérios que serão tratados a seguir.

6.3 Critérios para solução das antinomias

Para existir conflito normativo, as duas normas devem ser válidas, caso contrário, não haverá qualquer colisão. O aplicador do direito ficará numa situação difícil, pois não poderá esquivar-se de uma solução e qualquer que seja sua escolha estará violando a outra norma.

A ciência jurídica aponta, tradicionalmente, os seguintes critérios a que o aplicador deverá recorrer para sair dessa situação anormal: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

O hierárquico, por meio do brocardo *lex superior derogat legi inferiori* (norma superior revoga inferior), se funda na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra, embora, às vezes, possa haver incerteza para decidir qual das duas normas antinômicas é a superior. Assim, quando houver o conflito, a lei superior prevalece.

Diniz (1998, p. 34), a respeito do critério cronológico dispõe que:

O princípio *lex superior* quer dizer que em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá preferência em relação à de nível mais baixo. Assim, p. ex., a Constituição prevalece sobre uma lei.

Já o segundo critério leva em conta o tempo em que as normas começaram a ter vigência e limita-se a solucionar conflitos entre normas do mesmo nível, diferente do critério hierárquico. O critério cronológico atua por intermédio do brocardo *lex posterior derogat legi priori* (norma posterior revoga anterior), conforme expressamente prevê o art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Por esse critério, existindo duas normas do mesmo escalão prevalece a mais recente.

Ross, Diniz (1998, p. 35) leciona que:

O legislador pode criar revogar lei anterior, criando uma nova lei com ela incompatível, que ocupará seu lugar. Mas não se pode, continua ele, elevar esse princípio à categoria de axioma absoluto, porque a experiência demonstra que pode ser deixado de lado se contrariar certas considerações. Logo esse princípio só poderá ser caracterizado como um

dos mais importantes princípios de interpretação, já que sua força variará conforme os diferentes casos de inconsistência.

Dessa forma, percebe-se que dependendo do grau de incompatibilidade, ao adotar esse critério, a lei posterior poderá afetar a anterior apenas na parte contraditória.

Por fim, o critério da especialidade aplicado quando houver conflito entre norma especial e norma geral. Nesse caso, a *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, a norma especial revoga a geral, visto que a norma especial contém todos os elementos típicos da geral, além de outros denominados especializantes.

Segundo Diniz (1998, p. 39):

A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral.

Nesse diapasão, diz-se que a norma especial é aplicada independentemente de impor pena menor ou maior ao agente. O tipo especial se sobrepõe, ainda que mais brando que o genérico.

6.4 Incompletude dos critérios

Se a solução dos conflitos de normas for possível através dos referidos critérios, valeria dizer que o sujeito não estaria frente a uma situação insustentável, pois teria uma saída para solucionar a antinomia, tratando-se assim de uma antinomia aparente.

No entanto, podem existir casos em que não seja possível a remoção do conflito de normas existentes no ordenamento por meio dos critérios, ante a impossibilidade de se verificar qual é a norma mais forte, surgindo a antinomia real ou lacuna de colisão.

Podemos afirmar, portanto, que os critérios tradicionais para a solução das antinomias jurídicas são muitas vezes insuficientes.

Haverá situações em que os próprios critérios serão antinômicos, quando a um conflito de normas seriam aplicáveis dois critérios. Por exemplo, num conflito entre uma norma posterior-geral e uma anterior-especial, onde seria a primeira preferida pelo critério da especialidade e a segunda pelo critério cronológico, qual haverá de ser aplicada?

Poderá ocorrer, também, conflito entre uma norma superior-geral e uma inferior-especial, ocasião em que o critério hierárquico indicará a aplicação da primeira, e o da especialidade, a segunda.

Realmente, os critérios de solução de conflitos não são consistentes, daí a necessidade do intérprete optar entre eliminar uma das normas, eliminar as duas ou conservar as duas normas.

Caso o intérprete opte por eliminar umas das normas, estará fazendo uma interpretação ab-rogante. Se escolher eliminar as duas normas também estará fazendo uma interpretação ab-rogante, mas neste caso as normas são contrárias e se eliminam reciprocamente.

Contudo, se optar em eliminar uma das normas em conflito, o intérprete eliminará a incompatibilidade realizando uma interpretação ab-rogante. Se optar pela eliminação das duas normas conflitantes também estará fazendo uma interpretação ab-rogante, mas neste caso por serem contrárias, as disposições se eliminam reciprocamente.

No entanto, se a interpretação for no sentido de conservar as duas normas, será ela corretiva, pois será eliminada a incompatibilidade entre as normas em razão de uma interpretação incorreta, incompleta ou ruim. Note-se que aqui, a eliminação será da incompatibilidade e não das normas.

Nesses casos, o aplicador do direito está autorizado a recorrer aos princípios gerais do direito, para proporcionar a garantia necessária à segurança da comunidade. O exegeta deverá, portanto, optar pela norma mais justa ao solucionar o caso concreto, excluindo a aplicação de uma das normas em benefício do fim social e do bem comum.

Importante salientar que, no campo infraconstitucional, quando resolvido o conflito de normas, uma delas será sempre considerada inválida, eis que a colisão

de regras assim se resolve. Não significa dizer que a norma desconsiderada será extraída do ordenamento, mas será considerada inaplicável para aquele caso concreto.

7 REVOGAÇÃO DO DIREITO

As leis nascem através de promulgação; porém, somente passam a vigorar após sua publicação oficial, e como todo fenômeno cultural, são modificadas e depois morrem.

No Brasil, a matéria é disciplinada pela Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve princípios gerais ao ordenamento jurídico, indicando como as normas devem ser interpretadas e aplicadas; é uma coordenada essencial às demais normas

Desde que as disposições gerais ou especiais não colidam com as já existentes em lei anterior sobre o mesmo assunto, não haverá revogação nem modificação destas; ao contrário, harmonizam-se e completam-se, cada qual regendo o aspecto particular de que se ocupa.

O artigo 2º da referida lei preceitua: “Não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

O caso mais comum é o da revogação da lei, que significa tornar uma lei ou qualquer outra norma jurídica sem efeito.

Quando se referir à lei ou leis revogadas a revogação é expressa; os demais casos se referem à revogação tácita ou implícita.

Quando lei nova e a antiga forem incompatíveis, haverá derrogação ou ab-rogação da matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão ‘revogam-se as disposições em contrário’, por ser desnecessária.

Caso uma lei geral regule inteiramente matéria tratada por leis anteriores, há entendimento de que, tacitamente, tais leis tenham sido revogadas no que dispuserem, mesmo que a referência não tenha sido expressa.

Com efeito, conforme lecionou Carlos Maximiliano (1999, p. 356):

Quando cessa *em parte* a autoridade da lei, ou do *costume*, dá-se a *derrogação*; quando se extingue *totalmente*, é o caso de *ab-rogação*. Um termo genérico – *revogação* – abrange uma e outra hipótese (1). *Derogatur legi, aut abrogatur. Derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur*: “Derroga-se ou ab-roga-se a lei: derroga-se quando uma parte da mesma deixa de subsistir; ab-roga-se quando a norma inteira perde o vigor.”

Assim, a revogação pode ser tácita ou expressa; e quanto a sua extensão, pode ser dividida em: derrogação e ab-rogação.

7.1 Ab-rogação e derrogação

O direito brasileiro admite três casos de revogação, conforme o §1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, “A lei posterior revoga a anterior: quando expressamente o declare; quando seja com ela incompatível; ou, quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Ocorre a ab-rogação quando a lei perde totalmente sua vigência, fica totalmente sem efeito, em razão do surgimento de uma lei nova que a revoga.

A ab-rogação pode ser tácita ou expressa. Será expressa quando a lei que entrar em vigor declarar de forma expressa que a lei anterior não terá mais validade; e será tácita quando a lei nova for completamente incompatível com a velha, mesmo que nada disponha sobre a sua revogação.

Já a derrogação consiste em tornar sem efeito uma parte da lei ou norma vigente, que tenha sofrido interferência de lei nova estabelecendo disposições gerais ou específicas, sem que com isso todo seu conteúdo perca vigência.

Como bem salienta Maximiliano (2000, p. 358):

Para a ab-rogação a incompatibilidade deve ser absoluta e formal, de modo que seja impossível executar a norma recente sem postergar, destruir praticamente a antiga; para a derrogação basta a inconciliabilidade parcial, embora também absoluta quanto ao ponto em contraste. Portanto a abolição das disposições anteriores se dará nos limites da incompatibilidade; o prólogo a lei posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat priori*) deve ser aplicado em concordância o outro, já transcrito *leges posteriores ad priores pertinent*. Se em um mesmo trecho existe uma parte conciliável e outra não, continua em vigor a primeira.

A diferença entre ab-rogação e derrogação está apenas na abrangência da revogação que cada uma possui em relação à norma antiga que será afetada.

8 REFLEXOS NO CÓDIGO PENAL

Como já dito, o artigo 5º do Novo Código Civil estatuiu que adquire-se a plena capacidade para a prática de qualquer ato jurídico aos 18 anos, ou seja, houve uma redução, já que antigamente era aos 21 anos. Isto significa que a partir da entrada em vigor do Código Civil atual, não se pode mais falar, por exemplo, em representante legal para aqueles que já completaram 18 anos.

Não existe dúvida de que o novo parâmetro etário para fins civis nos faz repensar vários institutos no âmbito penal e processual penal, como por exemplo, a nomeação de curador especial para os menores de 21 anos.

De fato, a redução da maioridade civil causou grande discussão em toda comunidade jurídica. Trataremos aqui, especificamente, das eventuais mudanças causadas no campo penal e processual penal, pois existem dúvidas acerca da revogação ou não de alguns desses dispositivos.

Sabe-se que o Código Penal também faz uso da idade de 21 anos em alguns de seus dispositivos, conferindo um tratamento distinto aos réus que ainda não atingiram essa idade. Por essa razão, mister se faz descobrir se a redução da maioridade civil para 18 anos, de alguma forma, alterou tais dispositivos do Código Penal.

Esses dispositivos passaram a ser alvo de discussão, todas no sentido de se chegar à conclusão sobre a revogação ou não desses dispositivos. Para isso, torna-se necessário descobrir com a real intenção do legislador ao fixar essa idade em benefício do réu, ou seja, se determinou a diferenciação no tratamento desses menores fundado na maioridade civil.

Não há como fechar os olhos para tal situação e não buscar uma solução para o conflito normativo surgido.

Fato importante a se considerar é que a fixação da idade de 21 anos em benefício do réu, como a atenuante genérica pela menoridade, existe antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916, diferente do Código de Processo penal que surgiu na vigência daquele.

Em face do exposto, trataremos a seguir se tais dispositivos do Código Penal foram de fato alterados com a entrada em vigor do Novo Código Civil, e a conseqüente redução da maioridade civil.

8.1 Atenuante genérica

O benefício da atenuação da pena, pela menoridade, sempre foi destinado aos menores de 21 anos, ou seja, sempre utilizou como critério a idade limite de 21 anos.

O Código Criminal do Império de 1830, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916, em seu artigo 18 determinava ser circunstância atenuante o fato do delinqüente contar com menos de 21 anos.

No mesmo sentido, o artigo 39 do Código Penal de 1890 “São circunstancias attenuantes: [...] §11. Ser o delinqüente menor de 21 annos.”

No Código Penal atual, as circunstâncias atenuantes são trazidas no artigo 65 que elenca situações objetivas ou subjetivas que indicam menor gravidade do crime praticado.

Devem ser aplicadas, obrigatoriamente⁸, qualquer que seja o crime cometido, pois o próprio artigo reza que são circunstâncias que sempre atenuarão a pena. No entanto, não podem atenuar a pena abaixo do mínimo legal; assim, se o juiz fixar a pena-base no mínimo legal, não incidirão as circunstâncias atenuantes.

Da mesma forma que, se a circunstância estiver também prevista como causa geral ou especial de diminuição de pena não será aplicada, caso contrário, restaria configurado o *bis in idem*.

A primeira atenuante elencada no inciso I diz respeito à idade do agente na data do fato. Se o agente contar com menos de 21 anos na data da prática do fato criminoso, deverá ser beneficiado pela atenuante. Como os menores de 18 ficam excluídos do Código Penal, torna-se claro que a atenuante será aplicada dentro desse limite etário.

⁸ STF: “A consideração da circunstância atenuante é indeclinável na individualização da pena, sendo causa nulificante da sentença a sua desconsideração” (RT 610/419)

A diminuição da pena do agente menor de 21 anos tem como causa a falta de maturidade do agente, por não ter completado ainda o seu desenvolvimento mental e moral, sendo assim, facilmente influenciável pelo meio em que vive. A motivação dessa atenuante é a falta de desenvolvimento mental e discernimento suficiente para avaliar as conseqüências de seus atos.

Assim, a menoridade determina a atenuação da pena em razão da falta de maturidade do agente e, também, pelo fato do delinqüente nessa faixa de idade não estar em condições iguais ao adulto para suportar o rigor da condenação.

Dessa forma, percebe-se que a circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso I do Código Penal, nada tem a ver com a maioridade civil, pois a lei concedeu tal benefício àqueles cuja própria personalidade e caráter não estarem completamente formados, devendo receber tratamento distinto dos adultos.

Na mesma linha de raciocínio Greco (2002, p. 561):

Em várias de suas passagens, o Código Penal se preocupa em dar um tratamento diferenciado aos agentes em razão da idade delas. Cuida de modo especial daqueles que, ao tempo da ação ou omissão, eram menores de 21 anos, uma vez que ainda não estão completamente amadurecidos e vivem uma das fases mais complicadas do desenvolvimento humano, que é a adolescência. Estão, na verdade, numa fase de mudança, saindo da adolescência e ingressando na fase adulta.

Nesta esteira nos explica Mirabete (1999, p. 369):

É atenuante ser o agente menor de 21 anos na data do fato. As razões que leva à diminuição da pena são a imaturidade do agente, que não completou ainda o seu desenvolvimento mental e moral, sendo fortemente influenciável. Não perdem o direito à diminuição da pena os menores de 21 anos casados ou emancipados por outra forma. A menoridade que conta é a penal e não a civil, fundada a lei apenas na idade cronológica do agente.

Nesse diapasão, fica claro que o artigo 65, inciso I do Código Penal, não foi revogado pela entrada em vigor do Código Civil atual, pois a causa da atenuante é a imaturidade biológica, o discernimento diminuído dos agentes maiores de 18 e menores de 21 anos.

Ao fixar essa idade, o legislador não se referiu à capacidade de fato ou de exercício para a prática dos atos da vida civil, a intenção foi favorecer aqueles que

não completaram seu desenvolvimento físico e mental, o que pode, de certa forma, ter influenciado na prática do crime.

O legislador optou por beneficiar o delinqüente que passa por uma fase de transição, turbulenta, tanto que não se contentou apenas com a atenuação obrigatória da pena, mas também estipulou, por exemplo, a prescrição pela metade para esses menores.

É certo que o Novo Código Civil não revogou o artigo 65, I do Código Penal, pois a atenuante genérica da menoridade não tem qualquer relação com a faixa etária fixada para que seja atingida a maioridade civil. Assim, trata-se de um dispositivo autônomo em relação ao Código Civil, não sofrendo qualquer tipo de alteração. Tanto é verdade, que a utilização da idade de 21 anos para a aquisição da plena capacidade civil, adveio apenas com a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

Gomes (www.cadireito.cesusc.com.br) sobre o assunto entende:

A diminuição da pena em favor do réu menor de 21 anos faz parte, portanto, do processo de individualização da pena, exigido pela Constituição Federal (Art. 5º, inc. XLVI), que concebe que os menores de 21 anos devem ficar separados dos demais condenados, que sua pena deve ser menor, que sua influenciabilidade frente aos adultos é mais intensa, que seu prazo prescricional deve ser menor etc.

O centro (leia-se: o eixo) dos dispositivos penais citados, assim, não reside na capacidade do ser humano de praticar atos civis, senão na necessidade imperiosa de individualizar o mais possível a aplicação e execução da pena, sobretudo a de prisão. Por essa razão, o novo Código Civil, nesse ponto, nenhuma repercussão tem.

Confirmando os motivos que levou o legislador a fixar a atenuante genérica para os menores de 21 anos, Noronha (2000, p. 266) dispõe que:

O fundamento é natural. Como escrevia Melo Matos, trata-se de uma fase de transição, quando ainda não está completo o desenvolvimento mental e moral da pessoa, por suas condições psicológicas e éticas; é ela fortemente influenciável no sentido do bem e do mal, por falta de reflexão perfeita e de plena força de resistência aos maus impulsos.

Além disso, esse tratamento diferenciado para os menores de 21 anos não está previsto apenas no Código Penal, devendo o ordenamento jurídico ser analisado como um todo. Podemos citar o Estatuto da Criança e do Adolescente que,

embora trate de forma especial os menores de 18 anos, também abarca aqueles que ainda não atingiram 21 anos, conforme se observa do disposto no parágrafo único do artigo 2º⁹.

Percebe-se assim, uma harmonia entre estes dispositivos legais, não podendo admitir que foram revogados pela legislação civil atual, suprimindo garantias expressas ao menor de 21 anos.

Por fim, confirmando a tese de que a atenuante genérica da menoridade não foi revogada pela redução da maioridade civil, é forçoso acrescentar que mesmo com a vigência do Código Civil de 1916, os réus emancipados civilmente não perdiam o direito a esse benefício¹⁰.

Segundo Jesus (2001, p. 576), “É irrelevante que tenha havido emancipação ou seja casado, o menor deve ser beneficiado pela atenuante”.

Como bem salienta Prado (2001, p. 468):

Prevalece a menoridade, ainda que se tenha operado a cessação da incapacidade pela emancipação (art. 9º, §1º, CC). A atenuante em tela atua sobre a medida da culpabilidade, por ser menor a censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

Em sentido contrário, aqueles que defendem a revogação do benefício da atenuação da pena para os menores de 21 anos, argumentam que a partir do momento em que a aquisição da capacidade civil passou a ser a partir dos 18 anos, entende-se que nessa idade o agente já possui a personalidade e o caráter totalmente formados, não fazendo jus ao benefício.

Nas palavras de Edimar Carmo da Silva (2003):

Assim, em que se deu a revogação da disposição contida na norma civil (art. 9º da Lei nº 3.071/1916) que tratava a pessoa menor de vinte e um anos de idade uma pessoa com personalidade ainda não formada, vale, dizer, ainda não adulta, tem-se que o novo tratamento jurídico conferido à pessoa maior

⁹ Lei 8.069/90: Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

¹⁰ STF: “A maioridade civil, conseqüente ao ato de casar-se, não se comunica à ordem legal, de modo que o menor de 21 anos, ainda que casado, faz jus à circunstância atenuante da pena, por menoridade” (RT 556/399-400 e JTACRIM 69/548).

de dezoito anos atinge de cheio o suporte fático-jurídico do benefício da atenuante da pena firmado na condição de o agente ser menor de vinte e um anos de idade exatamente porque, agora, a pessoa maior de dezoito anos de idade é considerada habilitada para a prática de todo ato da vida civil – enquanto conjunto de normas (maior) que engloba o conjunto de normas penais (menor), como já dito. [...] Vê-se que resta por demais claro que a nova ordem civil fulminou o suporte fático da causa atenuante da pena fundada na condição de o agente ser menor de vinte e um anos de idade.

Além disso, dentre outros motivos, argumentam que atenuar a pena dos menores de 21 anos seria violar o princípio constitucional da igualdade, pois estaria concedendo tratamento distinto para pessoas que se encontram na mesma situação jurídica.

No entanto, verifica-se por todo o exposto, que o critério utilizado pelo legislador para a fixação da atenuante genérica da menoridade foi puramente biológico.

Por tais razões, conclui-se que não há conflito entre os artigos 65, I do Código Penal e o artigo 5º do Código Civil, pois cada um utiliza um critério diferente para adotar a idade limite do indivíduo que será submetido à cada norma. O legislador penal não utilizou, de forma alguma, a maioridade civil como base para concessão da atenuante para os menores de 21 anos.

8.2 Redução do prazo prescricional

Constitui-se a prescrição penal um dos modos de extinção da punibilidade, prevista no Código Penal, art. 107, IV. Não se deve confundir extinção da punibilidade com exclusão de antijuridicidade, pois neste caso não há crime.

É de grande relevância o estudo desse instituto, antes de adentrarmos propriamente nos eventuais efeitos ocasionados pela redução da maioridade civil na prescrição penal.

O Estado é o único detentor do direito de punir os infratores da lei penal, ou seja, só ele tem o *jus puniendi* que permanece abstrato enquanto a lei penal não é violada.

A partir do momento em que é violada a lei pela prática de um ilícito penal, o *jus puniendi* estatal deixa de ser abstrato e torna-se concreto, fazendo surgir a

possibilidade do Estado impor uma reprimenda ao infrator da lei penal. Essa possibilidade de estabelecer pena ao violador da lei penal é o que caracteriza a punibilidade, que não é requisito ou elemento do crime, mas sua consequência jurídica.

Sobre o assunto Capez (2003, p. 519) dispõe:

O Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir (*jus puniendi*).[...] Esse direito existe abstratamente, independente de vir a ser praticada a infração penal, e se impõe a todos indistintamente. O Estado não tem o poder de punir fulano ou beltrano, mas simplesmente tem o poder de punir (qualquer eventual infrator). No momento em que um crime é praticado, esse direito abstrato e impessoal se concretiza e se volta especificamente contra a pessoa do delinqüente. Nesse instante, de direito passa a pretensão.

No entanto, não é possível que o direito de punir do Estado seja exercido por tempo indeterminado, deixando o indivíduo a mercê da ameaça constante de uma ação penal, ou sujeito indefinidamente a seus efeitos. Portanto, esse *jus puniendi* deve ficar condicionado a um lapso temporal previamente estabelecido em lei, e, caso o Estado não exerça seu direito dentro desse prazo, ficará impedido de punir os infratores.

A perda do direito de punir do Estado, em razão do decurso de certo prazo legal é chamada prescrição, que impede a operatividade da coerção penal, impossibilitando o Estado de exercer o seu *jus puniendi*.

A esse respeito Nucci (2000, p. 284) explana:

Prescrição: é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social.

Disso retira-se que, a prescrição pode ocorrer antes da sentença passada em julgado, atingindo o *jus puniendi* e extinguindo a pretensão punitiva. Ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, extinguindo a execução da sanção penal ou apenas de alguns dos seus efeitos.

Existem dois grandes múnus estatais atingíveis pela prescrição: o *jus puniendi* e o *jus punitiois*.

O Estado perde o seu direito de punir (*jus puniendi*) antes de transitar em julgado a sentença, em decorrência do decurso de tempo, entre a prática do crime e a prestação jurisdicional devida pelo poder Judiciário, ou seja, de impor a respectiva sanção penal ao agente criminoso. Agora, se o Estado obteve a sentença condenatória transitada em julgado e não a executa no prazo definido também em lei, perderá esse direito.

No primeiro caso, os prazos prescricionais são taxativos, expressos no artigo 109 do Código Penal. Tais prazos obedecem a uma escala rígida, sendo regulados pela quantidade máxima da pena em abstrato cominada para cada crime, ressalvado o disposto no artigo 110, §§ 1º e 2º.

Outrossim Prado (2001, p. 569) acrescenta que:

As causas de aumento e de diminuição de pena – gerais ou especiais – incidem no prazo da prescrição da pretensão punitiva. Assim, se o agente pratica o delito previsto no art. 317 do Código Penal (corrupção passiva), o prazo prescricional da pretensão punitiva será de doze anos (art. 109, III, CP). [...] Por outro lado, as circunstâncias agravantes e atenuantes não são consideradas no cômputo do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Já a prescrição da pretensão executória está regulada no artigo 110, caput do Código Penal. Os prazos prescricionais são os mesmos, mas se baseiam na pena em concreto, já que existe uma sentença condenatória transitada em julgado.

Sobre o assunto Jesus (2001, p. 727) ensina:

Enquanto o prazo prescricional da pretensão punitiva é determinado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, o prazo de prescrição executória é regulado pela quantidade da pena imposta na sentença condenatória, variando de acordo com os lapsos fixados nos incisos do art. 109.

Quanto aos termos iniciais, o artigo 111 do Código Penal trata da contagem dos prazos da prescrição da pretensão punitiva; e o artigo 112 estipula o termo inicial para a contagem do prazo para a prescrição pretensão executória.

Porém, o que mais interessa no presente estudo é o disposto no artigo 115 do Código Penal, que determina que os prazos prescricionais serão reduzidos pela metade, em se tratando de réu menor de 21 anos, ao tempo do crime, ou, maior de 70 anos na data da sentença.

Com a redução da maioridade civil para 18 anos, surgiram discussões a respeito da revogação ou não desse artigo 115, em relação aos menores de 21 anos.

No entanto, as razões que fizeram o legislador prever a atenuante genérica para os menores de 21 anos, são as mesmas que o fizeram fixar a redução pela metade dos prazos prescricionais para crimes cometidos por menores de 21 anos. Mais uma vez, o critério utilizado foi puramente biológico. Sendo o agente menor de 21 anos, terá direito a redução dos prazos prescricionais, independentemente de atingir a idade de 21 anos, no curso do processo.

Como bem leciona Greco (2002, p. 725):

A imaturidade daqueles que ainda não estão com a sua personalidade totalmente formada, como acontece com aqueles que estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta, pode conduzir à prática de atos ilícitos impensados. Além disso, a convivência carcerária do menor de 21 anos como criminosos perigosos acabará por deturpar a sua personalidade, razão pela qual, como medida despenalizadora, a lei penal reduz pela metade o cômputo do prazo prescricional seja da pretensão punitiva ou da pretensão executória.

Assim, da mesma maneira que a nova maioridade civil não revogou a atenuante genérica pela menoridade, também não surtiu nenhum efeito em relação à diminuição do prazo prescricional no caso do agente menor de 21 anos.

Corroborando esse entendimento, o réu que tenha sido emancipado, ou seja, tenha adquirido a capacidade civil antes de atingir a maioridade legal, não fica excluído do artigo 115 do Código Penal, tendo direito à redução do prazo prescricional. Se admitíssemos que a redução da maioridade civil tivesse revogado o artigo 115, o emancipado não teria o direito à essa redução, e não é o que ocorre.

Nesse sentido é o vasto entendimento jurisprudencial:

Mesmo que o menor tivesse alcançado a maioridade civil, pela emancipação ou casamento, era aplicável a redução do prazo prescricional, pois a menoridade, no caso, é a considerada estritamente para os efeitos penais. (STF – RTJ 121/559).

O art. 115 do CP se refere apenas ao menor de 21 anos e não ao civilmente capaz. Assim, não pode o intérprete fazer distinção onde a lei não faz, devendo a redução do prazo prescricional ser aplicada a todos que não tenham atingido tal idade, independentemente de serem maiores ou emancipados nos termos da lei civil. (JTACRIM 46/209)

Dessa forma, fica claro que o legislador não fixou essa idade em respeito à maioridade civil, mas foi em razão das condições psicológicas apresentadas pelo agente nessa idade.

Por todo o exposto, conclui-se que o Código Penal não sofreu qualquer alteração em virtude da entrada em vigor do Novo Código Civil e, conseqüentemente, a redução da maioridade civil para 18 anos.

9 REFLEXOS NO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL

Abordado o Código Penal e seus conseqüentes reflexos em virtude da redução da maioridade civil, o presente estudo irá analisar agora se o Código de Processo Penal sofreu os mesmo efeitos.

O Código de Processo Penal atual surgiu em 1941, portanto, na vigência do Código Civil de 1916. Dessa forma, principalmente no tange à capacidade civil e postulatória dos indivíduos, o Código de Processo Penal utilizou-se da maioridade civil em alguns de seus dispositivos.

O artigo 3º do Código de Processo Penal dispõe que a lei processual é passível de interpretação extensiva e aplicação analógica, ou seja, serão utilizadas como fontes secundárias para solucionar conflitos de leis, no caso de existirem lacunas na lei processual.

Vários doutrinadores já se manifestaram a respeito do assunto, surgindo posicionamentos em diversos sentidos. Para uns houve a revogação dos dispositivos penais e processuais penais que tinham como base a idade de 21 anos; outros defendem que a revogação seria apenas da parte processual; enquanto outros se manifestam no sentido de ter havido mudança, inclusive, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por essa razão, o presente trabalho a partir de agora, tratará dos dispositivos do Código de Processo Penal que teriam sofrido influência com a entrada em vigor do Novo Código Civil, adequando-se tais dispositivos à nova maioridade civil alcançada aos 18 anos completos.

9.1 Representante legal

Os maiores de 16 e menores de 21 anos, sob a égide do antigo Código Civil, eram considerados relativamente incapazes para os atos da vida civil, devendo ser assistidos na prática de seus atos.

O motivo da fixação dessa incapacidade relativa foi a intenção do legislador de proteger os sujeitos que se encontrassem nessa faixa de idade, por serem considerados imaturos e não possuidores de total discernimento para a prática dos atos da vida civil por si só, ou seja, sem a necessidade de serem assistidos por um representante legal que devesse cuidar dos interesses desses relativamente incapazes.

Gomes (1998, p. 174), acerca do tema, leciona:

Até certa idade, a pessoa não adquire a maturidade de espírito indispensável ao exercício pessoal dos atos da vida civil. Atingido esse limite, embora não se lhe reconheça plena aptidão para exercer todos os direitos, admite-se que possa, praticar certos atos e realize outros sob vigilância. Adquire, então, *semicapacidade*. Do menor que se encontra nessa situação, diz-se que é relativamente incapaz.

Essa mesma proteção foi pretendida no Código de Processo Penal de 1941. Em várias passagens do referido diploma, o legislador concedeu privilégios aos maiores de 18 e menores de 21 anos, com o intuito de proteger os interesses desses, que eram considerados relativamente incapazes no antigo Código Civil.

Um desses privilégios era a presença de representante legal que tinha a função de assistir aquele que contava com menos de 21 anos, sendo considerado, portanto, relativamente incapaz.

Dessa maneira, apesar de contar com a plena capacidade no âmbito do processo penal, esses menores deveriam ter a assistência de um representante legal.

O artigo 8º do Código de Processo Civil prevê quem figurará como representante legal, dispondo que serão os pais, tutores e curadores. Deve-se atentar para o fato de que, ao representante legal, não era facultado exercer em nome próprio direito alheio, sendo seu dever zelar e proteger os interesses que não possuíam a plena capacidade civil. Portanto, não se confunde representante legal com substituto processual, pois este pleiteia em nome próprio direito alheio, quando autorizado por lei.

Prevê o artigo 30 do Código de Processo Penal que “Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”.

Retira-se desse artigo que foi conferida uma legitimidade concorrente entre representante e representado, ou seja, tanto um como o outro tem a titularidade para agir no caso de ação penal privada.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal exarado na Súmula 594: “Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.”

Percebe-se que a legitimidade para a ação penal privada, pode ser exercida tanto pelo próprio ofendido como seu representante legal.

Sobre o assunto Mossin (1998, p. 186) dispõe que:

[...] se o ofendido tiver capacidade para estar em juízo por ser maior de 18 anos e menor de 21 anos, a provocação da *persecutio criminis* na fase administrativa pode ser levada a efeito por ele, pelos pais, tutores ou curadores: “Se o ofendido for menor de 21 anos e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou seu representante legal.” (art. 34, do CPP)

Assim, a lei processual penal confere legitimidade para o ofendido maior de 18 exercer o direito de queixa. Porém, se maior de 18 e menor de 21, era considerado relativamente incapaz para o direito civil necessitando, portanto, de um representante legal.

Como se extrai da Súmula 594 do STF, o prazo para exercer o direito de queixa-crime é decadencial, tanto para o ofendido como para o seu representante legal. Dessa forma, se o direito de queixa decair para um dos legitimados, ainda existirá o prazo para o outro oferecer a queixa-crime.

Segundo Greco Filho (1995, p.111):

Diferente, porém, é a situação se se trata do direito do ofendido menor de 21 anos e maior de 18, caso em que o direito de oferecer queixa é autônomo, dele e de seu representante legal. Cada prazo corre independentemente e a decadência ocorrerá separadamente para cada um sem prejudicar o direito do outro. A regra é a mesma da expressamente existente para o caso de renúncia (art. 50, parágrafo único).

Nesse sentido é a jurisprudência:

STF: “No sistema do Código de Processo Penal, há autonomia do direito de queixa ou de representação, que pode ser exercido pelo ofendido ou por seu representante legal” (RTJ 75/649)

TJMG: “O art. 34 do Código do Processo Penal, dispondo que, “se o ofendido for menor de 21 anos e maior de 18 anos, o direito de queixa ou representação pode ser exercido”, adotou o critério da autonomia do exercício do direito de queixa ou representação. É que, completando 18 anos, o menor adquire a capacidade para oferecê-la e até que complete 21 anos o seu representante legal, pode, também fazê-lo, contado o prazo do dia do conhecimento de quem quer seja o autor do crime, como está no art. 38 do mesmo estatuto” (RT 521/464).

Caso o ofendido venha a falecer, o artigo 31 do CPP indica os legitimados para oferecer queixa ou prosseguir na ação penal privada.

Existe também a legitimidade concorrente do ofendido e do seu representante legal no artigo 14 do CPP, dispondo que ambos podem requerer diligências que entenderem necessárias na fase do inquérito policial.

Ainda, em se tratando de ação penal pública, o artigo 24 do Código de Processo Penal dispõe que:

Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Assim, no caso de ação penal pública condicionada à representação, tanto o ofendido como o seu representante poderá manifestar sua vontade para que o Estado inicie a *persecutio criminis*. O titular da ação é o Ministério Público, mas o início da ação penal fica a critério do ofendido ou de seu representante de ponderar sobre sua conveniência e oportunidade.

A esse respeito Mossin (1998, p. 283) dispõe que:

Em se cuidando de maior de 18 e menor de 21 anos, a representação poderá ser feita pelo ofendido ou seu representante legal, aplicando extensivamente o art. 34 do Código de Processo Penal [...]
Em linhas gerais, como se percebe, nada impede que se apliquem disposições processuais sobre queixa-crime na representação, por que é cabível é nestas circunstâncias a interpretação extensiva da norma processual penal, conforme o permite o art. 3º do Diploma Processual Penal.

Mais uma vez o legislador conferiu legitimidade concorrente para o ofendido e o seu representante legal para praticarem certos atos.

Acontece que, como já dito anteriormente, o Código de Processo Penal é de 1940, ou seja, posterior à entrada em vigor do Código Civil de 1916, em que os maiores de 18 anos e menores de 21 anos eram tidos como relativamente incapazes. Por não terem a plena capacidade, precisavam de assistência de seus representantes para a prática de certos atos.

Por esse motivo o Código de Processo Penal em vários de seus artigos dispõe sobre a presença do representante legal no caso do ofendido menor de 21 anos.

Dessa maneira, com a redução da maioridade civil, os maiores de 18 anos são considerados plenamente capazes no âmbito civil, não necessitando, portanto, de representante legal também na esfera penal, devendo haver uma nova interpretação dos dispositivos do Código Penal que exigiam a presença daquele.

Capez (2003, p. 107) leciona com maestria:

Ao completar 18 anos, o ofendido adquire plena capacidade para ofertar a representação, deixando de existir a figura do representante legal, a não ser que, embora maior, seja doente mental. É que o novo Código Civil, em seu artigo 5º, passou a considerar o maior de 18 anos plenamente capaz de praticar qualquer ato jurídico na esfera civil, incluídos aí os atos processuais, sem necessidade da assistência de curador ou representante legal. Assim, não pode a legislação processual penal tratar como relativamente incapaz pessoa plenamente capacitada de acordo com a legislação civil.

Deve ficar claro que o Código Processual Penal não prevê a figura do representante legal só para o ofendido entre 18 e 21 anos, mas também para os demais relativamente incapazes, para os quais a presença do representante legal ainda se faz necessária.

Não pode a legislação penal ignorar a legislação civil e tratar como relativamente incapaz a pessoa considerada plenamente capaz.

Alguns dispositivos conferiam legitimidade aos maiores de 18 e menores de 21 anos para exercerem o direito de queixa-crime, requerer diligências, oferecerem representação na ação penal pública condicionada, independentemente da vontade de seus representantes legais. Mas em razão de serem considerados relativamente incapazes, era indispensável a presença do representante legal, pois esses

dispositivos tomaram por base a maioridade civil vigente na época de sua elaboração.

Nesse diapasão, com a entrada em vigor do novo Código Civil e a conseqüente redução da maioridade civil, aqueles que eram relativamente incapazes em razão da idade, passaram a ser considerados plenamente capazes. Assim, completados 18 anos, o indivíduo passa a ser absolutamente capaz, não precisando ser assistido na prática de qualquer ato que seja.

Assim, a existência do representante legal nesses casos deixou de ser necessária, não tendo mais o porquê de sua presença, haja vista que os maiores de 18 anos são plenamente capazes.

Capez (2003, p. 107) entende da seguinte forma:

Cessa com isso a legitimidade do representante legal a partir da zero hora do dia em que o menor completar 18 anos e, portanto, deixa de ser menor. A contar de 11 de janeiro de 2003, data do início da vigência do novo estatuto Civil, ficam revogados todos os dispositivos do Código de Processo Penal que tratam de representante legal para o maior de 18 e menor de 21 anos. Se ainda não atingiu a maioridade, somente seu representante pode formular a representação; se, embora maior, for doente mental, idem; se maior de 18 anos, só o ofendido pode exercer o direito de representação.

O motivo pelo qual o legislador exigiu a presença do representante legal para assistir o maior de 18 e menor de 21 anos, foi o fato de considerar que o indivíduo nessa faixa etária não possuía amadurecimento e discernimento completo de seus atos, precisando ser assistido, protegendo os interesses desses menores.

Ao reduzir para 18 anos a idade para aquisição da plena capacidade civil, o legislador já admitiu que com essa idade a pessoa já atingiu o desenvolvimento mental e moral completo, podendo exercer seus próprios direitos por si só, não sendo necessário o representante legal para cuidar dos interesses desses sujeitos.

Vejam-se os ensinamentos de Mirabete (2003, p.140) sobre o assunto:

Entretanto, com a vigência da Lei n.º 10.406, de 10-1-02, que instituiu o novo Código Civil, a maioridade civil é agora alcançada aos 18 anos e não mais aos 21, conforme dispunha o estatuto de 1916. Não mais possuindo, em razão da idade, o maior de 18 anos, representante legal, porque agora absolutamente capaz (art. 5º do CC), inócua se tornou a previsão legal de

dupla titularidade na referida faixa etária e o direito de representação somente pode ser exercido pelo próprio ofendido que atingiu a maioridade.

Como se pode perceber, tanto para propor a queixa-crime na ação privada, como para representar na ação pública condicionada à representação, não há mais que se falar em representante legal, deixando de existir a legitimidade concorrente com a do ofendido. Assim, com a redução da maioridade civil, o ofendido passou a ter exclusividade para exercer tais direitos, bem como o de requerer diligências na fase do inquérito policial.

Como bem salienta Jesus (www.damasio.com.br):

Hoje, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de *curador* e a figura de seu *representante legal*. De modo que devem ser considerados ab-rogados ou derogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao menor de 21 anos de idade (e maior de 18 anos) e à nomeação de curador (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III,c).

Chega-se à conclusão de que não se pode fugir da nova realidade, e afirmar que a redução da maioridade civil para os 18 anos não trouxe qualquer reflexo no âmbito processual penal, no que diz respeito à figura do representante legal.

Todavia, deve-se fazer uma interpretação restritiva desses dispositivos. É importante consignar que para os demais indivíduos considerados pela legislação civil como relativamente incapazes, continua sendo imprescindível a presença do representante legal, para zelar por seus direitos.

Assim, as mudanças ocorridas no Código de Processo Penal, com a redução da maioridade civil, no que tange à presença do representante são:

1) No inquérito policial (artigos 5º, inciso II e 14), deve ser dada nova interpretação, uma vez que se o ofendido for maior de 18 e menor de 21 anos, não existe mais a figura do representante legal; lembrando que para os demais relativamente incapazes nada mudou.

2) na ação penal privada (artigo 100, § 2º do Código Penal, artigos 19, 30, 34, 38, 50, parágrafo único, 52, 54 e 59 do Código de Processo Penal e Súmula 594 do

Supremo Tribunal Federal), haverá ab-rogação, derrogação ou mera interpretação diferenciada dependendo do caso.

Houve a derrogação do parágrafo único do artigo 50 do Código de Processo Penal, pois trata apenas da renúncia do representante legal, e como não existe mais a figura deste, essa disposição não tem mais aplicação.

Já os artigos 34, 52 e 54 foram ab-rogados, não existindo mais a exigência do representante legal para os maiores de 18 e menores de 21 anos.

Os artigos 19, 30, 38 e 59 do Código de Processo Penal e a Súmula 594 do STF demandam interpretação diferente. A figura do representante legal ainda se faz imprescindível em se tratando de relativamente incapaz, sendo apenas dispensada no caso dos maiores de 18 anos, já que agora são tidos como absolutamente capazes.

3) Na ação penal pública condicionada à representação (artigos 24 e 39 do CPP), o maior de 18 anos passou a ter legitimidade exclusiva no oferecimento da representação, não sendo mais possível falar-se em legitimidade concorrente com a do representante legal.

9.2 Curador

Analisado o reflexo causado no Código de Processo Penal no que se refere à figura do representante legal, o presente estudo abordará a questão da presença do curador, prevista nos artigos 15, 262, 449 e 564, III, “c” do Código de Processo Penal, com a redução da maioridade civil para 18 anos.

Mais uma vez o legislador visou proteger os interesses do maior de 18 e menor de 21 anos, considerado relativamente incapaz antes da vigência do Código Civil atual, nomeando-lhe curador.

No dicionário (Olinto, p. 237) a palavra curador significa: “pessoa nomeada por juiz para administrar bens de menor, interdito ou ausente.” Na verdade, o curador tem a missão de zelar pelos interesses do menor na prática de alguns atos, pelo fato deste não ter capacidade para praticá-lo por si só.

Dispõe o artigo 15 do Código de Processo Penal, que a autoridade nomeará curador para o indiciado, no caso desse ser menor.

Importante salientar que o menor a que se refere o artigo, é o maior de 18 e menor de 21 anos, ou seja, o menor civilmente falando, haja vista que os menores de 18 anos são inimputáveis, de acordo com o artigo 27 do Código Penal, não podendo ser indiciado em inquérito policial.

Nas palavras de Mossin (1998, p. 206):

Diante disso, quando o legislador fala em indiciado menor, só pode ele estar referindo-se à menoridade civil do indivíduo objeto de investigações e não à penal, como é evidente.

Conforme o art. 6º do Código Civil, os maiores de 16 e menores de 21 anos são considerados relativamente incapazes.

Devido a esta incapacidade reconhecida pelo Direito Civil, o legislador penal exigiu que o maior de 18 anos e menor de 21 anos, quando indiciado em inquérito policial, fosse assistido por curador.

Nas palavras do renomado Mirabete (2003, p. 119):

Refere-se o dispositivo ao indiciado que, sendo imputável por ser maior de 18 anos, (art. 27 do Código Penal), ainda não completou 21 anos, não tendo atingido a maioridade civil. Essa exigência prende-se à circunstância de serem eles relativamente incapazes na esfera civil, pessoas de menor discernimento e experiência que os absolutamente incapazes. Presume a lei que o indiciado, nesta idade, necessita de aconselhamento de pessoa que possa, também, resguardar seus direitos, ou, ao menos informá-lo convenientemente deles.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, que estabeleceu a idade de 18 anos para a aquisição da maioridade civil, surge dúvida a respeito da necessidade de ser nomeado curador para esses indivíduos entre 18 e 21 anos, uma vez que esses não são mais considerados relativamente incapazes no âmbito civil.

Assim, com a equiparação da maioridade civil com a penal, pode-se concluir que não há mais no processo penal o réu menor, uma vez que só os maiores de 18 são penalmente responsabilizados. Agora, os relativamente incapazes são sujeitos ao tratamento especial da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

É ainda oportuno mencionar que a nomeação do curador se dava para o indiciado ou acusado menor de 21 anos no momento do interrogatório e não na data do crime. Nesse sentido:

Interrogatório. Menoridade. Curador. Considera-se a menoridade não da data do fato, mas na oportunidade em que procedido o interrogatório. Estando nesta última o acusado, com vinte e um anos, descabe cogitar da nulidade por não se fazer presente o curador (STF – JSTF 221/305-6).

Menoridade do réu. É de ser aferida à data do interrogatório e não à data da prática do delito, para o efeito de lhe ser nomeado curador (CPP arts. 194 e 564, III, c) (STF – RT 570/429)

Não há exigência legal de que o curador nomeado para o menor seja advogada ou bacharel em direito. Pode ser qualquer pessoa idônea e absolutamente capaz de exercer os atos da vida civil, inclusive o genitor do menor. É esse o entendimento jurisprudencial:

Inexiste norma legal dispondo que a função de curador é privativa de bacharel em Direito. Pessoa leiga pode exercer o múnus, especialmente tratando-se do genitor do menor. (TJSC – RT 582/362)

Havendo nomeação de comissário de menores para servir como curador de indiciado menor de 21 anos no inquérito policial, não existe nulidade invocável porque o leigo pode ser designado para esse cargo. (TACRSP – RT 726/669)

Caso não fosse nomeado curador para o réu menor, em razão da sua importância, a consequência era a nulidade do processo nos termos do artigo 564, III, c do Código de Processo Penal.

Para a garantia do cumprimento do contraditório e da ampla defesa, o legislador erigiu como nulidade absoluta do processo a falta de nomeação de curador para o acusado menor, uma vez que a falta daquele fere o disposto do artigo 262 do Código de Processo Penal.

Sobre este fundamento, Mirabete (2003, p. 1393) resume com maestria:

Como decorrência do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e art. 261 do CPP, ocorre também nulidade no caso de falta de nomeação de defensor ao réu presente, que não tiver, ou ao ausente. Tratando-se de menor de 21 anos, determina o mesmo dispositivo a nomeação de curador, porque antes da vigência do novo Código Civil era ele relativamente incapaz para a prática de atos da vida civil e do processo.

No entanto, sendo hoje o maior de 18 anos absolutamente capaz também na esfera civil, a necessidade da nomeação de curador para os réus menores de 21 anos perde a sua finalidade.

Nos tempos modernos, o amadurecimento dos jovens é mais precoce, tanto que o legislador civil percebendo essa evolução dos indivíduos na faixa dos 18 e 21 anos, antecipou a idade para a aquisição da maioridade civil, conferindo-lhes capacidade absoluta para a prática dos atos da vida civil por si só.

Assim, perdeu todo o sentido a necessidade da nomeação de curador para o réu menor, até mesmo porque essa expressão não mais existe como explanado anteriormente.

A função do curador no processo era zelar pelos interesses do relativamente incapaz, complementando a sua vontade e preservando suas garantias processuais. Ocorre que com a redução da maioridade civil, não tem mais sentido o sujeito adquirir aos 18 anos a capacidade para praticar qualquer ato jurídico, independentemente da assistência de outra pessoa, e continuar sendo assistido no âmbito processual penal.

Nesta esteira nos explica Capez (2003, p. 626):

Só se pode falar em nomeação de curador ao réu que, já ao tempo da infração penal, era portador de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, capazes de afetar sua capacidade de entendimento ou vontade. Para o menor de 21 anos não mais, pela simples razão de que ele não é mais menor. A plena capacidade se atinge a partir da zero hora do dia em que o menor completa 18 anos e, portanto, deixa de ser menor. A contar de 11 de janeiro de 2003, data do início da vigência do novo estatuto Civil, ficam revogados todos os dispositivos do Código de Processo Penal que tratam da nomeação de curador para o maior de 18 e menor de 21 anos.

Sendo considerados os maiores de 18 anos absolutamente capazes, esses podem exercer tranqüilamente seus direitos e garantias sem a assistência de outrem, não trazendo qualquer prejuízo a exclusão da figura do curador.

Apóia-se ainda esse entendimento na Lei n.º 10.792/2003 que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, dispondo em seu artigo 2º a revogação da exigência contida no artigo 194 do referido diploma legal, ou seja, deixou de exigir que o interrogatório do réu menor fosse feito na presença do réu menor. Isso leva a entender que a vontade do legislador é a revogação dos dispositivos que dispõem sobre a figura do curador no caso do réu menor de 21 anos.

Além disso, o Procurador Geral de Justiça no Aviso n.º 105/2004, de 10/03/2004, entendeu o seguinte:

A exigência de nomeação de curador a réu menor de 21 anos prevista no artigo 15 do CPP, se justificava por ser este relativamente incapaz perante a lei civil. Contudo, com a vigência do novo Código Civil Brasileiro, que alçou a maioria civil aos dezoito anos, tal dispositivo perdeu a razão de ser, ficando revogado pela *novatio legis*, raciocínio este reforçado pela Lei nº 10.792/2003 que, ao introduzir alterações no Código de Processo Penal, em seu artigo 2ª revogou expressamente idêntica exigência prevista no artigo 194 do mesmo diploma, quando do interrogatório judicial de réu menor de vinte e um anos de idade" (TJ - S.P., H.C. nº 450.930.3/2, Rel. Des. Des.Marcos Zanuzzi, J. de 26/01/04)

Na mesma linha de raciocínio Pereira Júnior (www.jusnavigandi.com.br):

O menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, pois com a mudança na legislação civil pátria, este passou a exercer todos os atos da vida civil. Deve ser ressaltado que no momento da elaboração do Código de Processo Penal, o legislador usou a maioria civil para estabelecer um parâmetro com escopo de assegurar ao relativamente incapaz uma segurança maior no decorrer do inquérito policial, bem como da própria ação penal.

Desta forma, considerando a interpretação sistemática, desapareceu a necessidade de *curador*, tanto no inquérito policial quanto na ação penal e, também, a figura de seu *representante legal*, para ajuizar ação penal de iniciativa privada.

Mesmo em interpretação contra a lei, deve o juiz ser o legislador que o direito precisa hodiernamente, considerando ab-rogados ou derogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao agente com mais de 18 anos e menos de 21 anos[...].

Em sentido contrário, há aqueles que defendem que a redução da maioridade civil não causou reflexo algum tanto no âmbito penal como no processual penal, entendendo que a figura do curador ainda se faz necessária.

Para esses, a capacidade do Direito Processual Penal não se confunde com a capacidade civil, pois mesmo aqueles emancipados civilmente necessitam de curador na esfera criminal. Alegam que enquanto não sobrevier lei nova reduzindo expressamente a maioridade processual penal, equiparando-a com a civil, continua a existir a exigência da nomeação curador ao agente menor de 21 anos, não tendo o novo Código Civil revogados tais artigos existentes do Código de Processo Penal.

Esse é entendimento de Holanda (www.advogado.adv.br):

Para que alguém possa responder como sujeito passivo uma ação penal, é necessário obediência a dois requisitos: possuir legitimidade passiva ad causam, que é a identidade física entre a pessoa denunciada na peça inicial e aquela indiciada no inquérito policial como autora do ilícito; e possuir legitimidade passiva ad processum, ou seja, possuir imputabilidade penal, pertinente àqueles maiores de 18 anos.

Porém, a idade de 18 anos não é suficiente para tornar o réu totalmente capaz de responder, autonomamente, à persecução penal. O Código de Processo Penal, em vários dispositivos (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, c), exige a nomeação de curador ao indiciado ou réu, maior de 18 anos e menor de 21 anos, sob pena de nulidade. Tal exigência advém da intenção do legislador de proteger estas pessoas, tidas como portadoras de menor capacidade de discernimento, necessitando, no transcorrer da persecução penal, de uma maior orientação.

Não obstante a existência de posicionamento defendendo que a redução da maioridade civil não acarretou reflexos no âmbito penal e processual penal, importante se faz analisar os motivos que fizeram o legislador exigir a nomeação de curador para os acusados maiores de 18 e menores de 21 anos.

Como dito anteriormente, o motivo pelo qual o legislador exigiu a presença do curador foi a intenção de proteger os interesses, os direitos e garantias desses indivíduos que eram considerados relativamente incapazes, não podendo praticar, independentemente, todos os atos jurídicos.

Adotado o entendimento de que ainda se faz necessária a nomeação de curador para aqueles menores de 18 anos, chega-se ao absurdo de poder um

indivíduo de 20 anos ter como curador alguém com apenas 18 anos de idade, uma vez que a lei exige apenas que o curador seja pessoa capaz.

Não existe nenhuma norma constitucional que disponha sobre a obrigatoriedade da exigência do curador para os acusados entre 18 e 21 anos, sendo essa regra prevista no Código de Processo Penal, remetendo o intérprete ao Código Civil de 1916, revogado pelo novo diploma legal de 2002.

Assim, o que era considerado relativamente incapaz passou a ser absolutamente capaz, devendo ser tratado como tal. O artigo 5º do Código Civil revogou os dispositivos do Código Processual Penal que utilizaram a maioria civil constante no antigo Código, na criação dos benefícios para os que eram tidos como relativamente incapazes, pondo fim à exigência da nomeação do curador.

Dessa forma, os artigos do Código de Processo Penal que dispunham sobre a presença do curador e que sofreram alterações ante a redução da maioria civil são os seguintes:

1) O artigo 15 foi ab-rogado pela entrada em vigor do novo Código Civil, não sendo mais possível falar-se em réu menor, sendo desnecessária a nomeação de curador.

2) O artigo 262 também foi ab-rogado pelo artigo 5º do Código Civil de 2002, não existindo a figura do curador para o acusado menor.

3) O artigo 449 foi derogado, deixando de existir a parte que trata da presença do curador no interrogatório do réu no plenário do Júri, subsistindo o restante.

4) Houve a derrogação também do artigo 564, III, alínea “c” do Código de Processo Penal, não há como falar em nulidade, seja ela absoluta ou relativa, já que não existe mais a figura do réu menor, sendo que todo indivíduo é considerado civilmente e penalmente maior aos 18 anos completos. Assim, a parte do artigo que se refere ao réu ausente ou que não tiver defensor permanece vigente, cabendo ao juiz nomear-lhe defensor.

5) Pelos mesmos motivos trazidos à baila no item anterior, a Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal também perdeu eficácia.

9.3 Jurado

O Júri teve origem na Inglaterra, com a Revolução de 1789, e revelava a priori uma forte conotação mística e religiosa, sendo formado por 12 jurados, correspondendo ao número dos 12 apóstolos, seguidores de Cristo nos seus dias da Galiléia, que haviam recebido a visita do Espírito Santo, pregando que quando doze homens de consciência pura se reuniam sob a invocação divina, a verdade certamente se encontrava entre eles.

No Brasil, a instituição do Júri surgiu em 18 de junho de 1822, sendo composto de 24 juízes, homens considerados bons, honrados, inteligentes e patriotas, e tinha competência para julgar os crimes de imprensa.

Foi inserido na Constituição do Império em 1824, quando passou a integrar o Poder Judiciário. Teve sua estrutura e competência alterada pelo Código de Processo Criminal de 1832 e pela reforma de 1871.

Foi mantido na Constituição de 1891 e nas sucessivas, não tendo previsão na Constituição de 1937. Em razão disso, a omissão foi corrigida pelo Decreto-lei n.º 167 de 5 de janeiro de 1938, o qual delimitava a soberania dos veredictos.

Nas Constituições de 1946 e 1967, o Júri estava previsto no capítulo dos direitos e garantias individuais, tendo sua soberania assegurada.

Na Constituição Federal de 1988, o Júri encontra-se disciplinado no artigo 5º. XXXVIII, sendo assegurados como princípios básicos a plenitude do direito de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O Júri é um Tribunal composto por um Juiz de Direito que presidirá o julgamento e sete cidadãos, sorteados dentre uma lista de 21 nomes.

É função do juiz presidente do Tribunal do Júri, organizar a lista geral dos jurados, sob sua responsabilidade e mediante escolha, por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, conforme artigo 439 do CPP.

Serão feitas duas publicações desta lista, por intermédio da imprensa local, sendo a primeira em novembro de cada ano, com a finalidade de dar conhecimento público das pessoas que irão compor o corpo de jurados no ano subsequente, podendo qualquer pessoa impugnar os nomes constantes na lista; e a publicação definitiva é feita na segunda quinzena de dezembro, da qual cabe recurso em sentido estrito, para dar ciência aos que foram escolhidos e também informar eventuais alterações ocorridas, como inclusão ou exclusão de jurados.

Nas palavras de Mirabete (2003, p. 1167) jurado é: “Nos termos legais, é a pessoa não magistrado, investida na função de julgar no órgão coletivo que é o Tribunal do Júri.”

As condições impostas pela lei para que o sujeito exerça a função de jurado são as seguintes: brasileiro nato ou naturalizado, maior de 21 anos e idoneidade. Mas por óbvio, além das condições legais exigidas, é necessário que a pessoa seja alfabetizada, residir na comarca, estar em gozo dos direitos políticos e não possuir deficiências mentais ou em qualquer dos sentidos.

Sobre o assunto Tourinho Filho (2003, p. 629) dispõe que:

É intuitivo que os analfabetos não poderão ser incluídos na lista. Muito menos os surdos-mudos. Igualmente aqueles que não estiverem no gozo dos direitos políticos.

É claro que os alistáveis são apenas os cidadãos residentes na comarca.

A dúvida que surgiu foi se o artigo 434 do Código de Processo Penal sofreu alguma alteração com a redução da maioridade civil, no que diz respeito à idade mínima para que o indivíduo exerça a função de jurado.

A exigência legal no que tange à idade mínima de 21 anos nada tem a ver com a idade para aquisição da maioridade civil, trata-se apenas de uma idade fixada pelo legislador para o exercício de uma função de interesse do estado.

Insta salientar ainda, que mesmo para o exercício de outras atividades judicantes, o legislador impôs uma idade mínima não guardando nenhuma relação com a maioridade civil, como por exemplo, ter no mínimo 35 anos para ser Ministro do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o artigo 101, *caput*, CF.

Como se denota, o jurado não precisa ter conhecimento jurídico, é pessoa leiga de fato e do fato, precisando apenas preencher as exigências supramencionadas, habilitando-o a decidir sobre as circunstâncias relacionadas ao crime, indicando, ao final, o seu autor.

Dessa forma, a segunda parte do artigo 434 do Código de Processo Penal não foi alterada pela redução da maioridade civil, já que a idade fixada no referido artigo nada tem a ver com a maioridade civil.

Corroborando tal afirmação podemos mencionar o fato de que nem mesmo os emancipados podem fazer parte do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri. Nesse sentido:

Nulo é o julgamento do Júri por ter funcionado no Conselho de Sentença menor de 21 anos de idade, conquanto emancipado, pois, sendo cogente a disposição do art. 434 do diploma processual penal, excluída está toda e qualquer discussão sobre a possibilidade de admitir, como jurados, menores de 21 anos, que hajam adquirido a maioridade por qualquer motivo. (TJMT – RT 464/412)

Acerca do assunto Mirabete (2003, p. 1168) pondera que:

Tratando-se de presunção legal própria da lei processual, fundada exclusivamente em razão da idade *cronológica*, que, diversamente de outras normas contidas no Código de Processo Penal, não se vincula às normas de que no direito civil disciplinam a capacidade civil, não restou alterado o dispositivo pelo novo Código Civil, que fixou em 18 anos a idade em que se atinge a maioridade (art. 5º), havendo que se aguardar eventual norma adaptadora prevista no art. 2.043 do novo estatuto.

Assim, da mesma forma que os menores de 21 anos continuam a fazer jus aos benefícios da atenuante genérica e da prescrição contada pela metade por não terem sua personalidade totalmente formada, não podem atuar como jurados pelo mesmo motivo, não sendo aconselhável a imposição de compromissos fundamentais, como julgar outra pessoa.

Por outro lado, existe posicionamento defendendo que a redução da maioridade civil para 18 anos alterou o dispositivo do Código de Processo Penal que dispõe a idade mínima de 21 anos para exercer a função de jurado.

Tourinho Filho (2003, p. 629) entende da seguinte forma:

Atualmente, tendo o novo Código Civil fixado a maioria aos 18 anos, parece-nos que a idade mínima para exercer as funções de intérprete, de tradutor e de jurado será a da maioria: 18 anos. Não mais haverá razão séria para exigir tenha o cidadão idade superior a 21 anos...

Dessa forma, salvo melhor juízo, conclui-se que o novo Código Civil em nada alterou o art. 434 do Código de Processo Penal, pois a idade nele fixada não diz respeito à maioria civil, trata-se apenas de uma idade processual penal.

9.4 Perito e intérprete

Sempre que no processo existirem questões importantes que exijam conhecimento técnico-científico, para poder convencer o juiz, deverá ser realizado o exame pericial ou de um intérprete que irá traduzir o que está sendo dito para uma terceira pessoa.

A finalidade da perícia é auxiliar o juiz na descoberta da verdade real nos crimes que deixam vestígios, por meio de elementos instrutórios sobre normas técnicas e fatos que dependam de conhecimento especial.

Para Mossin (1998, p. 316):

A palavra *perito*, do latim *peritus* (hábil, experimentado, que sabe por experiência), exprime, na linguagem técnica do Direito, a pessoa que, nomeada pelo juiz, escolhida pelas partes, em uma demanda ou litígio, vai participar ou realizar uma perícia. No campo do processo penal, o perito realiza sua atividade, de regra, quando da *informatio delicti*, uma vez que é necessária a demonstração dos elementos sensíveis da infração típica para justificar (justa causa) a ação penal.

Sobre intérprete Mirabete (2003, p. 711) pondera que:

Intérprete é a pessoa que traduz para outrem – no caso autoridade policial ou judiciária e partes – o conteúdo de um escrito redigido em língua estrangeira ou o pensamento exposto por pessoa que não pode expressar-se na língua nacional, seja por ignorar o idioma, seja por deficiência orgânica.

O requerimento para realização da perícia pode ser feito pela Autoridade Policial na fase inquisitiva, pelo juiz na fase judicial, e também pelas partes, mas

nesse caso o pedido pode ser indeferido pelo juiz se a perícia não for necessária para o esclarecimento da verdade.

Segundo o artigo 159 do Código de Processo Penal, a perícia deve ser realizada por dois peritos oficiais, sob pena de nulidade.

Caso a comarca não possua peritos oficiais e a realização da perícia for urgente devido às circunstâncias, deve a autoridade nomear peritos não oficiais, devendo ser pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior.

Para Nucci (2004, p. 343) entende-se por perito oficial:

Perito é o especialista em determinado assunto. Considera-se o *oficial* quando é investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz. Normalmente, são pessoas que exercem a atividade por profissão e pertencem a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias. Note-se que a lei exige a realização da perícia por *dois* profissionais, que são considerados, para todos os efeitos, *auxiliares da justiça* (art. 275, CPP), submetendo-se às mesmas causas de suspeição dos magistrados (art. 280, CPP).

No entanto, caso a perícia não seja realizada por dois peritos, estaremos diante de nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno, com a demonstração do prejuízo sofrido. Nesse sentido é a Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.”

Dispõe o artigo 281 do Código de Processo Penal, que os intérpretes são equiparados aos peritos, para todos os efeitos. Dessa forma, as considerações feitas são pertinentes às duas figuras.

Tanto o perito como o intérprete é um auxiliar da justiça, devidamente compromissado, estranho às partes, além de ter um conhecimento técnico especializado e sem impedimentos ou incompatibilidades para atuar no processo.

O artigo 279 do Código de Processo Penal traz as causas de impedimento por razões de indignidade, de incompatibilidade e de incapacidade, a que estão sujeitos os peritos e intérpretes.

Referindo à hipótese de incapacidade, o inciso III proíbe que os analfabetos e os menores de 21 anos, funcionem como peritos.

Por óbvio o impedimento em razão do analfabetismo subsiste, já que o analfabeto não tem condições de possuir conhecimentos técnicos necessários para atuar como perito e auxiliar o juiz na busca da verdade real, já que não poderá responder os quesitos formulados, reduzindo a termo suas conclusões.

A discussão que surge é a respeito da proibição de funcionar como perito e intérprete o indivíduo menor de 21 anos de idade, já que o Código Civil atual reduziu a maioridade para 18 anos de idade, presumindo que o indivíduo nessa faixa etária tenha condições para praticar todos os atos da vida civil.

Pode-se afirmar que o impedimento para atuar como perito e intérprete no que concerne à idade, não tem mais qualquer sentido, sendo absolutamente dispensável, pois se a pessoa tem plena capacidade para exercer seus direitos civis, terá condições de exercer esse múnus.

Nas palavras de Nucci (2004, p. 523):

Aliás, com a edição do novo Código Civil, considerando o maior de 18 anos plenamente capaz para todos os atos da vida civil, não teria sentido proibir alguém de exercer a função de perito somente porque contaria, por exemplo, com 30 anos de idade.

Além disso, se tratar-se de perito oficial, o indivíduo será concursado e conseqüentemente preenche os requisitos para exercer tal função. No caso de peritos não oficiais, o sujeito deve, no mínimo, possuir curso superior, contando provavelmente com 21 anos de idade ou mais.

Ainda, é possível que o menor de 21 anos tenha formação em curso técnico profissionalizante em alguma área que, eventualmente, precise ser provada por meio de perícia. Assim, sendo alfabetizado, maior de 18 anos e possuindo conhecimentos técnicos gerais que o capacitem a realizar a perícia, nada impede que exerça essa função.

O legislador fez previsão desse impedimento por incapacidade levando em conta a idade para aquisição da capacidade civil. Com a redução da maioridade civil para os 18 anos, tem-se que o indivíduo com essa idade é dotado de amadurecimento necessário para praticar todos os seus atos em nome próprio, podendo, inclusive, exercer a função de perito e intérprete.

Não obstante a posição aqui consignada no sentido de que a redução da maioria civil passou a permitir a atuação de menores de 21 e maiores de 18 anos como intérprete e perito, existe opinião em sentido contrário.

Esse é o entendimento de Capez (2005, p. 296):

Os analfabetos e os menores de 21 anos não podem atuar como peritos. Embora os últimos sejam considerados capazes, nos termos do novo Código Civil, não podem atuar como peritos. É que esse dispositivo não está vinculado à capacidade civil, mas tão-somente a um requisito para o exercício de função pública, semelhante ao que a própria Constituição Federal estabelece em hipóteses como as do Prefeito Municipal, Ministro do STF ou do STJ, e assim por diante.

No entanto, um dos motivos levados em consideração pelo legislador ao reduzir a maioria civil, foi o fato de que os jovens, nos dias de hoje, amadurecem mais cedo, principalmente pela quantidade de informações a que têm acesso, possuindo em alguns casos conhecimentos técnicos e especializados que os habilitam a exercer a função de perito e intérprete, sem que haja nenhum problema.

O artigo 279, III do Código de Processo Penal continua sendo aplicável no que diz respeito aos analfabetos. Mas na parte que veda a possibilidade do menor de 21 anos atuar como perito e intérprete foi derogado em decorrência do artigo 5º do novo Código Civil.

Conclui-se que a partir da redução da maioria civil para 18 anos o artigo 279, III do Código de Processo Penal não deve mais ser interpretado literalmente, considera-se, então, que os menores de 18 anos e os analfabetos não podem ser peritos e intérpretes em razão de sua incapacidade.

10 CONCLUSÃO

A matéria enfocada no presente trabalho teve como objetivo verificar se a entrada em vigor do Novo Código Civil, mais especificamente a redução da maioridade civil para 18 anos, alterou de alguma forma os dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal utilizam a idade de 21 anos, em caso, atenuante genérica, redução do prazo prescricional, representante legal, curador, jurado, perito e intérprete.

Surgiram várias discussões a respeito dos reflexos causados no âmbito penal, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, como por exemplo, a revogação do dispositivo que atenua a pena dos menores de 21 anos na data do fato delituoso.

O escopo desse trabalho foi justamente tentar elucidar quais foram as verdadeiras mudanças ocasionadas pela mudança da maioridade civil no nosso ordenamento jurídico.

No tocante ao Código Penal, como foi explanado, a alteração da idade para aquisição da plena capacidade civil não causou nenhum efeito.

A atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso I, permanece com total vigência. Como foi visto, a atenuante genérica da pena é um benefício previsto para os menores de vinte e um anos antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916. O legislador não levou em conta a maioridade civil para a fixação dessa idade, mas instituiu tal benefício com a intenção de proteger aqueles que são considerados imaturos, que ainda estão em fase de desenvolvimento.

No que tange à redução dos prazos prescricionais, a situação é a mesma. A redução da maioridade civil não foi capaz de alterar o artigo 115 do Código Penal, continuando o menor de vinte e um anos a ter o direito à redução pela metade do prazo prescricional, pelos mesmos motivos que subsiste a atenuante genérica da pena.

Já em relação aos dispositivos do Código de Processo Penal, os reflexos causados pela nova maioridade civil são diferentes.

No que diz respeito à presença do representante legal, essa não se faz mais necessária, uma vez que a pessoa adquire capacidade para exercer todos os atos da vida civil aos 18 anos, podendo defender seus direitos no campo processual penal por si só. Dessa forma, foram alterados os seguintes dispositivos:

1) No inquérito policial (artigos 5º, inciso II e 14), deve ser dada nova interpretação, uma vez que se o ofendido for maior de 18 e menor de 21 anos, não existe mais a figura do representante legal; lembrando que para os demais relativamente incapazes nada mudou.

2) na ação penal privada (artigo 100, § 2º do Código Penal, artigos 19, 30, 34, 38, 50, parágrafo único, 52, 54 e 59 do Código de Processo Penal e Súmula 594 do Supremo Tribunal Federal), haverá ab-rogação, derrogação ou mera interpretação diferenciada dependendo do caso.

Houve a derrogação do parágrafo único do artigo 50 do Código de Processo Penal, pois trata apenas da renúncia do representante legal, e como não existe mais a figura deste, essa disposição não tem mais aplicação.

Já os artigos 34, 52 e 54 foram ab-rogados, não existindo mais a exigência do representante legal para os maiores de 18 e menores de 21 anos.

Os artigos 19, 30, 38 e 59 do Código de Processo Penal e a Súmula 594 do STF demandam interpretação diferente. A figura do representante legal ainda se faz imprescindível em se tratando de relativamente incapaz, sendo apenas dispensada no caso dos maiores de 18 anos, já que agora são tidos como absolutamente capazes.

3) Na ação penal pública condicionada à representação (artigos 24 e 39 do CPP), o maior de 18 anos passou a ter legitimidade exclusiva no oferecimento da representação, não sendo mais possível falar-se em legitimidade concorrente com a do representante legal.

Os artigos do Código de Processo Penal que dispunham sobre a presença do curador e que sofreram alterações ante a redução da maioridade civil são os seguintes:

1) O artigo 15 foi ab-rogado pela entrada em vigor do novo Código Civil, não sendo mais possível falar-se em réu menor, sendo desnecessária a nomeação de curador.

2) O artigo 262 também foi ab-rogado pelo artigo 5º do Código Civil de 2002, não existindo a figura do curador para o acusado menor.

3) O artigo 449 foi derogado, deixando de existir a parte que trata da presença do curador no interrogatório do réu no plenário do Júri, subsistindo o restante.

4) Houve a derrogação também do artigo 564, III, alínea “c” do Código de Processo Penal, não há como falar em nulidade, seja ela absoluta ou relativa, já que não existe mais a figura do réu menor, sendo que todo indivíduo é considerado civilmente e penalmente maior aos 18 anos completos. Assim, a parte do artigo que se refere ao réu ausente ou que não tiver defensor permanece vigente, cabendo ao juiz nomear-lhe defensor.

5) Pelos mesmos motivos trazidos à baila no item anterior, a Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal também perdeu eficácia.

Com relação aos jurados o reflexo foi outro, a redução da maioridade civil não alterou em nada o artigo 434 do Código de Processo Penal, já que o legislador não fixou a idade mínima de 21 anos com base na maioridade civil vigente na época. A idade mencionada no referido artigo é processual penal, não é amparada na idade para aquisição da maioridade civil, subsistindo a exigência legal prevista no artigo 434 do Código de Processo Penal.

Por fim, o artigo 279, III do Código de Processo Penal foi derogado, subsistindo apenas o impedimento por incapacidade para os analfabetos, não existindo mais a proibição para os menores de 21 e maiores de 18 anos atuarem como perito e intérprete, pois se a partir dos 18 anos estão aptos a praticarem todos os atos da vida civil, não há razão para que sejam proibidos de exercerem as funções de perito e intérprete, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos.

Na verdade, é preciso indagar qual foi a intenção do legislador ao criar a norma que faz referência à idade de 21 anos, para saber se a redução da maioridade civil trouxe alguma alteração no campo penal e processual penal. Se a norma penal

ou processo penal surgiu amparada na maioria civil, sofrerá alteração com a redução desta. Contudo, se a norma não se baseou na capacidade civil plena, nada mudará com a nova maioria civil estabelecida no artigo 5º do Código Civil atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2003.

BRUNO, A. **Comentários ao Código Penal**. Volume 2. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Volume 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, A. de. **Comentários ao Código Penal**. Volume 4. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

COSTA, D. J. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

DELMANTO, C...[et al]. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, M. H. **Conflito de normas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16ª ed. 1 v. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

FIUZA, R... [et al] **Novo Código Civil comentado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, G. V. de. **Medicina Legal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.^a, 1998.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRIEDE, R. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GOMES, L.F. **Nova maioria civil (dezoito anos) e suas repercussões penais.** São Paulo. Disponível em: <<http://www.cadireito.cesusc.com.br>>. Acesso em 14 dez. 2004.

GOMES, O. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1v

GRECO, R. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRECO FILHO, V. **Manual de Processo Penal.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal.** Volume 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JESUS, D. E. de. **Código de Processo Penal Anotado.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direito Penal – Parte Geral.** 1º volume. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRABETE, J. F. **Código Penal Interpretado.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Código de Processo Penal Interpretado.** 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual de Direito Penal.** Volume 1. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001

MOSSIN, H. A. **Curso de Processo Penal.** Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Curso de Processo Penal.** Volume 2. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NORONHA, E. M. **Direito Penal.** Parte geral. Volume 1. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, G. de S. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Código de Processo Penal Comentado.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLINTO, A. **Minidicionário Antonio Olinto da língua portuguesa.** São Paulo: Moderna, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, M. V. **Reflexos da nova maioria civil no direito penal e processual penal**: Base teórica para possibilitar ao leitor a formação da opinião jurídica. 2003. São Paulo. Dispo

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1 – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 14 dez. 2004.

RÁO, V. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, E. C. da. **Nova ordem jurídica civil (Lei nº 10.406/2002) e reflexos no direito penal**, 2003. São Paulo. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 14 dez. 2004.

SOUTO, M. S.V. **ABC do Direito Penal**. 3ª ed. Rio – São Paulo: Forense, 1967.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, S. de. **Direito Civil**. Parte geral. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2001.