

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Edinaldo de Araújo Afonso

Presidente Prudente/SP
2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Edinaldo de Araújo Afonso

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP
2008

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Antenor Ferreira Pavarina
Orientador

José Hamilton do Amaral
Examinador

Leandro Cavalli Menossi
Examinador

Presidente Prudente/SP, _____ de _____ de 2008.

Muitos buscam o favor daquele que governa, mas para o homem a justiça vem do
Senhor.

Provérbios, capítulo 29, versículo 26

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que na sua infinita misericórdia tem me guiado e me sustentado em todos os momentos da minha vida, embora não seja eu merecedor do seu imenso amor.

Ao ilustre professor Antenor Ferreira Pavarina, que através de sua experiência e de seu conhecimento, conduziu-me durante toda esta caminhada.

Agradeço, ainda, ao grande mestre José Hamilton do Amaral, por ter atendido prontamente minha solicitação de auxílio, sendo sua participação fundamental na elaboração deste trabalho.

Agradeço a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para a realização e conclusão deste.

RESUMO

A presente monografia discute a redução da maioridade penal e ainda a mudança do critério de aferição da imputabilidade penal. O autor mostrou as correntes favoráveis e desfavoráveis à redução da maioridade penal, bem como a possibilidade de realização de exame psiquiátrico, para avaliar se o indivíduo é ou não maduro para entender a natureza ilícita do crime por ele praticado, e ainda se tem ele capacidade de agir conforme este entendimento. Mostrou ainda o autor que, há a possibilidade jurídica de reduzir-se a maioridade penal, a fim de atender os anseios da sociedade, que já não suporta mais toda esta incontrolável criminalidade existente nos dias atuais. Tendo em vista a grande evolução pela qual passou a sociedade, desde 1984, quando ocorreu a reforma do Código Penal, é evidente que se faz necessária esta alteração, não podendo permanecer até hoje o mesmo critério de aferição usado naquele momento social e histórico.

Palavras-chave: Imputabilidade. Maioridade. Menoridade. Inimputabilidade. Critério. Redução. Exame psiquiátrico.

ABSTRACT

The present work is aimed at discussing the reduction of the criminal majority and the amendment in the criterion of gauging the criminal imputability. The author presented the favourable and unfavourable strands of thoughts regarding criminal majority, as well as the possibility of undergoing a psychiatric exam in order to verify whether the individual is mature or not to understand the illicit nature of the crime committed by him/her, furthermore whether he/she is able to act in accordance to the due comprehension. The author also commented on the legal possibility of reducing the criminal majority so as to respond to the claims of the society, which can no longer stand the existent criminality nowadays.

In view of the evolution which the society has been through since 1984 when the reform of the Criminal Code occurred, it is evident that such amendment is necessary, considering that it is impossible to maintain the same criterion of evaluation used in that particular historical and social moment.

Keywords: Imputability. Majority. Minority. Inimputability. Criterion. Reduction. Psychiatric exam.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 08 |
| 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... | 10 |
| 2.1 Evolução Histórica da Imputabilidade Penal e da Maioridade Penal..... | 10 |
| 3 IMPUTABILIDADE PENAL..... | 15 |
| 3.1 Conceito | 15 |
| 3.2 Causas de Exclusão da Imputabilidade | 17 |
| 3.2.1 Doença mental | 17 |
| 3.2.2 Desenvolvimento mental incompleto ou retardado..... | 18 |
| 3.2.3 Embriaguez acidental completa | 19 |
| 3.2.4 Menoridade | 20 |
| 4 CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL ... | 22 |
| 4.1 Critério Biológico | 22 |
| 4.1.1 Críticas ao critério biológico | 23 |
| 4.2 Critério Biopsicológico | 25 |
| 4.2.1 Críticas ao critério biopsicológico | 26 |
| 4.3 Critério Psicológico..... | 26 |
| 4.3.1 Críticas ao critério psicológico..... | 27 |
| 5 MAIORIDADE PENAL NO DIREITO PÁTRIO E NO DIREITO COMPARADO | 28 |
| 5.1 Maioridade Penal de acordo com a Constituição Federal Brasileira | 28 |
| 5.2 Maioridade Penal de acordo com o Código Penal | 36 |
| 5.3 Maioridade Penal no Direito Comparado..... | 39 |
| 6 REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA DETERMINAÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL..... | 42 |
| 7 CONCLUSÃO | 48 |
| BIBLIOGRAFIA | 52 |

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o nosso ordenamento jurídico, a maioridade penal ocorre aos dezoito anos de idade. Este limite está estabelecido pela Constituição Federal e ainda pelo nosso Código Penal. Decidiu o legislador brasileiro adotar o sistema biológico para determinar a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos, não levando em consideração sua capacidade psíquica.

Durante toda a história do Brasil, houve variações quanto à forma de tratamento dada aos jovens infratores. Os critérios para aferição da maioridade penal sofriam alterações de acordo com a época.

Ocorre que, diante da crescente criminalidade e da participação cada vez mais presente de menores de dezoito anos, até mesmo em crimes hediondos, a sociedade brasileira clama por mudanças.

Esta situação acaba inquietando os juristas, que voltam a discutir sobre a possibilidade jurídica e necessidade da redução da maioridade penal.

Não se pode negar que o jovem dos dias atuais não é mais aquele indivíduo ingênuo de 1940 que levou o legislador a tratá-lo como imaturo, nem se parece o jovem hoje com o jovem de 1984, momento o qual a parte geral do Código Penal passou por uma grande reforma. Muitas mudanças ocorreram na sociedade até os dias atuais. Os meios de comunicação são mais eficazes que antigamente. O acesso à informação é indubitavelmente maior que nos tempos em que foi elaborado ou modificado o Código Penal. Diante de todas estas transformações ocorridas, não é admissível se falar em falta de informação e ingenuidade nos dias atuais.

Acontece que a Constituição Federal prevê em seu artigo 228 que são inimputáveis os menores de dezoito anos e ainda que estes devem ser submetidos à legislação especial.

Surge neste contexto a discussão a respeito da possibilidade jurídica ou não de alteração deste artigo, no tocante à redução do limite de dezoito anos fixado pela Constituição, porque parte da doutrina entende tratar-se a inimputabilidade penal de um direito ou garantia individual, estando, portanto,

protegido o referido dispositivo pela imutabilidade, de acordo com o artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição.

É objeto deste trabalho tanto a discussão a respeito da possibilidade jurídica de alteração da maioria penal, como também a sugestão de alterações no atual critério de aferição da imputabilidade penal, de forma que seja dada maior importância à capacidade psíquica do autor do delito.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Evolução Histórica da Imputabilidade Penal e da Maioridade Penal

Desde tempos mais remotos, existe no Direito uma relação entre a idade e a imputabilidade penal. O Direito Romano, que influencia nosso Direito até os dias de hoje, apresenta algumas situações em que indivíduos têm penas diferenciadas de acordo com sua idade. Podemos citar, como exemplo, a Lei das XII Tábuas, que dava tratamento diferenciado a infratores adultos e a infratores impúberes. Em casos de *furtum manifestum*, quando os indivíduos eram pegos em flagrante durante a prática de furto, em se tratando de infratores adultos, caso fossem livres, deveriam ser dados como escravos às vítimas. Em casos que os infratores adultos já fossem escravos, seriam então jogados do alto da Rocha Tarpéia. Tratava a lei com menos rigor os delinqüentes impúberes, determinando que estes fossem fustigados com vara de acordo com o determinado pelos seus julgadores.

A legislação brasileira, bem como de outras nações, há muito tempo vem procurando a solução a respeito da aplicação de uma punição justa e compatível com a idade do infrator. Esta preocupação tem imposto limites à aplicação de sanções severas a certos criminosos. Esta medida tem a intenção de evitar que seja aplicada uma sanção excessivamente rigorosa a um indivíduo imaturo e incapaz de entender o caráter ilícito de um ato por ele praticado. Portanto, deve ser a pena proporcional à capacidade que o autor do ilícito penal tem de entender o ato por ele praticado, bem como sua capacidade de agir de acordo com este entendimento.

No princípio do século XIX, as Ordenações Filipinas estavam em vigência no Brasil e esta vigência perdurou até o ano de 1830. Naquela época, a Igreja Católica era a igreja oficial do Brasil. Não havia naquela época separação total entre a Igreja e o Estado, e isto levava o Estado ser influenciado pela Igreja. De

acordo com o entendimento do catolicismo daquele momento, um homem alcançava sua razão aos sete anos de idade. O Estado, influenciado por este entendimento, determinou que esta seria a idade que marcaria o início da imputabilidade penal.

Aos menores de sete anos de idade, não seria possível a aplicação da pena de morte e seriam estes ainda beneficiados com redução de pena. Para aqueles que tivessem idade entre dezessete e vinte e um anos, dependendo do caso, seria possível a aplicação de pena rigorosa como a condenação à pena de morte, ou ainda poderiam ser, de acordo com as circunstâncias, beneficiados com a redução sua pena. A imputabilidade completa teria o indivíduo que completasse 21 anos de idade, momento o qual o infrator estaria sujeito a todo o rigor da lei.

Em 1830, alguns anos após a Proclamação da Independência, surge o Código Penal do Império, o qual determinou que a maioridade penal absoluta ocorreria aos 14 anos. Adotou ainda o referido diploma legal o sistema biopsicológico, para aqueles que estivessem na fixa etária de 7 até 14 anos. Se o indivíduo que estivesse nesta faixa de idade cometesse algum delito, caso fosse provado que o infrator tinha discernimento do ato por ele praticado, poderia também ser considerado imputável.

Esclarece Carvalho (1977, p. 312) que:

O nosso Código Criminal de 1830 distinguia os menores em quatro classes, quanto a responsabilidade criminal: a) os menores de 14 anos seriam presumidamente irresponsáveis, salvo se se provasse terem agido com discernimento; b) os menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a casas de correção pelo tempo que o juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos; c) os maiores de 14 e menores de 17 anos estariam sujeitos às penas de cumplicidade (isto é, caberia dois terços da que caberia ao adulto) e se ao juiz parecesse justo; d) o maior de 17 e menor de 21 anos gozaria da atenuante da menoridade.

Era o que preconizava o Código Penal do Império, em seu artigo 10, parágrafo 1.º: “Art. 10.º Também não julgarão criminosos: 1.º Os menores de 14 annos. [...]”. Igualmente, o artigo 13:

Art. 13.º Se se provarem que os menores de 14 annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhido á casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á de dezessete annos.

Com a chegada da República, passa agora a ter vigência no Brasil o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Decreto n.º 847/1890). Nesta nova fase do Direito Penal brasileiro, passa a ser adotado o critério biopsicológico para a aferição da imputabilidade penal que ocorrerá entre nove e catorze anos de idade. Segundo o artigo 27, § 1.º, do Código Penal Republicano, seria penalmente irresponsável apenas o menor de 9 anos de idade penal. Nos casos em que o delinqüente tivesse idade entre nove e catorze anos, a avaliação sobre a capacidade de distinção entre o justo e o injusto, entre o bem e o mal, bem como capacidade para agir de acordo com este entendimento seria feita pelo juiz.

Fez o Código Penal Republicano pequenas alterações no sistema adotado pelo código anterior, tais como: considerar os menores de nove anos plenamente inimputáveis; o recolhimento a estabelecimentos industriais dos menores que agiam com discernimento e estivessem na faixa etária de nove a catorze anos, por tempo determinado pelo julgador, proibindo este recolhimento exceder a idade de 17 anos; a obrigatoriedade da aplicação das penas de cumplicidade impostas ao agente maior de catorze e menor de dezessete, que era facultativa na legislação anterior, e ainda a manutenção da atenuante da menoridade.

Surgiram importantes leis entre os anos de 1921 e 1927 no ordenamento jurídico brasileiro, que tiveram a preocupação de evitar que fossem aplicadas medidas repressivas a menores com base apenas em seu discernimento.

Entre estas inovações, surge a Lei 4.242/1921 que repele o critério biopsicológico, e no seu artigo 3.º, § 16, passa a impedir qualquer processo penal contra menores que ainda não tivessem catorze anos de idade completos. Acolhe, pois, o critério objetivo de imputabilidade penal, determinando seu início aos catorze anos de idade. Esta nova lei permitiu ao Governo da República estabelecer o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente, com a construção de abrigos, fundação de casas de preservação, nomeação livre de um juiz de direito privativo de menores, e os funcionários necessários ao respectivo juiz e outras providências para socorrer o menor, uma vez que este não estaria mais sujeito a processo criminal, conforme exposto nos parágrafos 16 e 20 do artigo 3.º:

Art. 3.º [...]

[...]

§ 16.º O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de nenhuma especie; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e sua autoria, o estado physico, mental e moral do menor, e a sua situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa sob cuja guarda viva.

[...]

§ 20.º O menor indigitado autor de crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submetido a processo especial, tomando ao mesmo tempo, a autoridade competente, as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda.

[...].

No ano de 1926, entrou em vigor o Decreto 5.083/1926, que previa a impossibilidade de prisão do menor de 14 anos que tivesse praticado um ato infracional. Este, de acordo com sua condição, seria abrigado em casa de preservação ou escola de educação, ou ainda, entregue à guarda de pessoa idônea até que completasse a idade de 18 anos. Poderia ficar sob custódia dos pais, tutor ou outro responsável se sua periculosidade não fosse intensa, conforme se verifica no artigo 50 do Código de Menores, que assim determinava:

Art. 50. No caso de menor de idade inferior a 14 annos indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, si das circunstancias da infração e condições pessoaes do agente ou de seus paes, tutor ou guarda tornar-se perigoso deixal-o a cargo destes, o juiz ou tribunal ordenará sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idonea, até que complete 18 annos de idade. A restituição aos paes, tutor ou guarda poderá antecipar-se, mediante resolução judiciaria e prévia justificação do bom procedimento do menor e daquelles.

No ano de 1927, foi estabelecido o Código de Menores (Código Mello de Mattos, Decreto 17.943-A/27), segundo o qual, quando o agente tivesse idade maior que catorze anos e inferior a dezoito anos, este menor estaria sujeito ao regime estabelecido naquele código.

Com o advento do Código Penal brasileiro de 1940, passou-se a adotar o critério unicamente biológico para a exclusão da imputabilidade penal aos menores de dezoito anos. Trata-se de exceção à regra geral, que utiliza o critério biopsicológico, para que seja atribuída a imputabilidade penal ao delinqüente. Mesmo após a reforma que sofreu o Código Penal em 1984, não houve alteração com relação a este critério.

Verifica-se na exposição de motivos do Código Penal, que o fundamento para exclusão da imputabilidade penal aos menores de 18 anos, é a condição de imaturidade do indivíduo. Com relação ao menor de 18 anos, salienta a exposição de motivos, que o Código Penal não cuidaria destes por serem imaturos, e ainda que eles estariam apenas sujeitos a legislação especial.

No ano de 1969, surge um novo Código Penal, trazendo em seu artigo 33, novamente, o critério do discernimento ao determinar o retorno do sistema biopsicológico, tornando possível aplicar pena ao maior de 16 e menor de 18 anos, com a redução de 1/3 até metade, contando que o mesmo pudesse entender a ilicitude de seu ato ou fosse capaz de se conduzir conforme este entendimento. Haveria, portanto, uma presunção relativa de inimputabilidade. A redação era a seguinte:

Art. 33. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

Esta verificação, para aferir a capacidade de entendimento do indivíduo e sua autodeterminação, dependeria da realização de um exame criminológico.

Este código, porém, teve o início da vigência adiado por diversas vezes e acabou sendo revogado antes mesmo que entrasse em vigor. Assim, a maioria penal continuou na sua forma estabelecida pelo de 1940, ou seja, dezoito anos de idade, estando os menores de dezoito anos de idade submetidos à legislação especial.

3 IMPUTABILIDADE PENAL

3.1 Conceito

Em termos lingüísticos, a imputabilidade pode ser definida como a qualidade de quem é imputável. Entende-se por imputável, todo aquele a quem se possa atribuir responsabilidade por algo.

Nosso ordenamento jurídico não se preocupou em conceituar a imputabilidade penal. Porém, ao examinarmos o artigo 26 do Código Penal, nos é possível chegar de modo indireto ao conceito de imputabilidade, visto que são mostradas situações em que esta não ocorre. Neste artigo, o legislador define inimputabilidade como sendo a impossibilidade que o indivíduo que pratica um ato delituoso tem de compreender o caráter ilícito do fato ou de agir conforme este entendimento.

Nucci (2007, p. 287, in: “Manual de direito penal”), ao definir imputabilidade, ensina que: “[...] é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento”.

Imputabilidade indica, portanto, o conjunto de condições necessárias para que uma ação possa ser atribuída ao homem como sua causa.

Ponte (2001, p. 26) ensina que:

A imputabilidade pode ser definida como a aptidão do indivíduo para praticar determinados atos com discernimento, que tem como equivalente a capacidade penal. Em suma, é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determina-se segundo este entendimento.

Importante frisar, que a consciência da ilicitude se dá, de acordo, com o conhecimento geral ou profano que todo homem tem do Direito.

A consciência da ilicitude de um ato abarca o entendimento da lei de forma leiga e restringe-se à capacidade de entender que o fato seja provavelmente criminoso. Não significa, portanto, o conhecimento positivo da natureza criminosa do fato ou ainda a possibilidade de efetivo conhecimento de que o fato seja crime.

Devemos ainda observar, que imputabilidade penal não se confunde com responsabilidade penal. Aquela visa a atribuição um determinado fato a alguém. Esta objetiva obrigar alguém a reparar um dano e ser submetido a uma determinada sanção, decorrente de um fato por ele praticado.

Jesus (1999, p. 466) diz que “a imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às conseqüências jurídicas oriundas da prática de uma infração”.

Conforme ensinamento de Noronha (2001, p. 164):

Responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ela depende da imputabilidade do indivíduo, pois não se pode sofrer as conseqüências dos fatos criminosos (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo (ser imputável).

Em termos simples, imputabilidade penal é a capacidade que um indivíduo tem de a ele ser atribuída a prática de um delito.

3.2 Causas de Exclusão da Imputabilidade

3.2.1 Doença mental

Em se tratando de inimputabilidade penal, doença mental consiste em toda manifestação patológica, de caráter orgânico, funcional ou psíquico, eventual ou constante, a qual pode ter como efeito, a situação de incapacidade psicológica de o agente de entender o caráter ilícito do fato ou de agir conforme este entendimento. Basta apenas um dos efeitos acima citados para que haja existência da doença mental.

São abrangidos pelo conceito jurídico de doença mental estados que não são propriamente doenças mentais como, por exemplo, o delírio febril e o desmaio.

Devemos nos atentar ao fato de que não basta apenas a presença da enfermidade para a exclusão da imputabilidade, mas que esta cause vício no entendimento ou na vontade do agente, no momento da ação ou da omissão.

Podemos citar como exemplos de doenças mentais as psicoses e a perturbação da saúde mental.

Psicose é o termo técnico que se aproxima da concepção popular de loucura e insanidade mental.

É uma denominação geral para toda doença mental importante, na qual se averigua mudança fundamental da consciência e transformação da personalidade.

A psicose será orgânica se tiver origem física, como as disfunções cerebrais e será funcional quando o motivo for psicológico ou comportamental, como é o caso da esquizofrenia, da paranóia, da depressão, etc.

3.2.2 Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

A expressão desenvolvimento mental incompleto ou retardado abarca os menores de 18 anos, os surdos-mudos não educados e os silvícolas inadaptados ao convívio social.

Dentro do conceito de desenvolvimento mental retardado, localizam-se os oligofrênicos¹ (idiotas, imbecis e débeis mentais), que apresentam anormalidades no processo de desenvolvimento mental e defasagem intelectual.

Enquanto a doença mental abrange todas as manifestações mórbidas do funcionamento psíquico, impedindo o indivíduo de adaptar-se às normas reguladoras da vida em sociedade, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado dirige-se àqueles que não alcançaram um estágio de maturidade psicológica razoável, ou que, por causas patogênicas ou do meio ambiente em que vivem, tiveram retardado o desenvolvimento das faculdades mentais.

Em qualquer destas duas categorias, o agente não tem condições intelectuais para avaliar de maneira correta os atos próprios ou alheios, pois esta capacidade de elaborações valorativas é adquirida não só pela instrução, mas, particularmente, pela vivência de todos os sentidos no processo social.

Além dos motivos apresentados, também não são capazes de uma opção consciente, pois não possuem amadurecimento para arcar uma carga de culpa, que é elemento fundamental para a configuração da responsabilidade penal.

¹ O termo “oligofrenia” é palavra de origem grega que tem como significado pequenez de espírito. Manifesta-se no primeiro estágio do desenvolvimento físico e mental do indivíduo. É diferente da demência, uma vez que nesta há um retrocesso na capacidade mental em uma pessoa que já tinha alcançado o nível de inteligência normal de um adulto (PONTE, 2001, p. 38).

3.2.3 Embriaguez accidental completa

Embriaguez é a intoxicação aguda e temporária ocasionada pelo álcool, cujos efeitos podem evoluir de uma breve excitação inicial podendo chegar até o estado de paralisia e coma.

Mirabete e Fabbrini (2007, p. 219) conceituam embriaguez como “intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento”.

A embriaguez possui três fases.

A primeira fase é a excitação. Há nesta fase euforia e redução da capacidade de autocrítica.

A segunda fase é a depressão, na qual o indivíduo apresenta sintomas como a falta de coordenação motora, a confusão mental, dificuldades em pronunciar as palavras e ainda irritabilidade.

Já a última fase constitui a do sono, na qual o indivíduo embriagado dorme. Ocorre nesta fase anestesia e relaxamento dos esfíncteres, e tem como auge o estado de coma.

A denominada embriaguez completa corresponde a segunda e terceira fase.

A embriaguez completa, porém, só terá o condão de excluir ou diminuir a imputabilidade quando for accidental, a qual pode ser resultante de:

- a) caso fortuito, o que acontece, por exemplo, no caso em que o indivíduo ignora o efeito embriagante de substância, ou ainda quando desconhecendo uma condição particular fisiológica, ingere substância que o deixa embriagado;
- b) força maior, que acontece, por exemplo, em casos em que o indivíduo é obrigado a ingerir a bebida alcoólica.

3.2.4 Menoridade

São inimputáveis os menores de 18 anos, estando estes sujeitos à legislação especial.

Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que não leva em consideração se o indivíduo tem ou não condições para entender o ato por ele praticado e sua capacidade de determinar-se de acordo com este entendimento.

Existem muitos países que adotam o limite mínimo de idade para a imputabilidade inferior ao adotado por nosso ordenamento. Contudo, existe uma grande tendência moderna em se rebaixar este limite de idade para submeter pessoas mais jovens à disciplina dos adultos, uma vez que não se pode negar que um jovem não precisa ter dezoito anos de idade para ter discernimento sobre a ilicitude dos seus atos.

Palomba (2003, p. 509), psiquiatra forense, critica a questão da menoridade penal, argumentando que:

Sobre esta questão da menoridade há nevoeiros perpétuos enublado o entendimento correto do problema, a ponto de os legisladores esquecerem os mais mezinhos princípios da natureza, despautério esse que não se prende somente aos brasileiros, uma vez que, nos principais países do mundo, as falhas se repetem. Talvez a mais grave seja o fato de se passar da inimputabilidade para a imputabilidade, sem a admissão de uma zona fronteira entre ambas. Com efeito, hoje juridicamente, aqui no Brasil, um indivíduo com 17 anos, 11 meses e 29 dias, se cometer um delito, por mais hediondo que seja, é absolvido do crime, por força da lei (art. 27 do Código Penal). Se esse indivíduo praticasse o mesmo crime um dia depois, ou seja, com 18 anos, sofreria consequências jurídicas completamente diferentes, podendo resultar em condenação com a pena de reclusão, por longo tempo. Assim, passa-se do nada para o tudo, da inimputabilidade para a imputabilidade, da absolvição para a condenação, cujo maniqueísmo agride frontalmente as leis da natureza e da vida. Na natureza, nada se dá aos saltos (*natura no facit saltus*), ou seja, quando terminar a noite não é exatamente naquele momentos que começa o dia: há entre ambos, a aurora [...]. Por analogia, entre a criança, que não tem controle das funções intelectuais e emocionais, e o adulto que o tem, há a adolescência.

Sugere Palomba (2003, p. 510), que do aspecto psiquiátrico forense, os indivíduos deveriam ser assim classificados: do nascimento aos 12 anos de idade deveriam se considerados inimputáveis (menoridade), dos 13 aos 18 anos deveriam

se considerados semi-imputáveis (menoridade relativa) e os maiores de 18 anos deveriam ser considerados imputáveis (maiores).

A questão da idade e da imputabilidade será melhor analisada, no Capítulo 5, do presente trabalho.

4 CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL

Existem vários critérios ou sistemas adotados pelas legislações para selecionar quais indivíduos deverão ser considerados imputáveis, sendo desta forma, possível, responsabilizá-los por atos por eles praticados.

Passaremos agora a fazer a análise de cada um desses critérios.

4.1 Critério Biológico

Também conhecido por sistema etiológico, é o sistema de acordo com o qual, o indivíduo que apresentar alguma forma de anomalia psíquica será sempre considerado inimputável. Não se investiga na aplicação deste critério se esta anormalidade ocasionou alguma perturbação que foi capaz de retirar do indivíduo sua inteligência e também sua vontade no instante da realização do ato ilícito.

É levado em consideração apenas o fato de o agente ser possuidor de doença mental, desenvolvimento mental retardado ou incompleto ou ainda o fato de estar ele tomado por embriaguez completa fortuita.

Por este sistema, a inimputabilidade ocorrerá pela simples presença de causa mental deficiente.

Barros (2003, p. 361) melhor explicando sobre o sistema biológico, diz que:

Não há qualquer indagação psicológica acerca da capacidade de autodeterminação do agente. Presente uma das causas mentais deficientes (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior), exclui-se a imputabilidade penal, ainda que o agente tenha se mostrado lúcido no momento da prática do crime.

Em decorrência da existência de presunção legal absoluta no sentido que menores de 18 anos não podem ainda ser consideradas pessoas maduras, estes também não são considerados imputáveis.

Com relação ao menor de dezoito anos, afirma Costa Júnior (2000, p. 119) que:

[...] mesmo que dotado de capacidade plena para entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, a lei o considera imaturo e portanto imputável. Uma presunção *juris et de jure*, assentada em mero critério biológico.

Conforme o magistério de Dotti (2005, p. 411):

Segundo este critério, também chamado de etiológico, a inimputabilidade é declarada uma vez comprovada a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Não se indaga a respeito das condições psicológicas do agente quanto ao entendimento acerca do fato praticado e da capacidade ou não de se determinar. A constatação da anomalia deve ser feita através de perícia médico-legal.

Não é um critério eficiente conforme se verificará no tópico seguinte.

4.1.1 Críticas ao critério biológico

O sistema biológico traz grande prejuízo de presumir a inimputabilidade pelo simples fato de existir distúrbio mental.

Esta avaliação antecipada é impertinente porque não leva em consideração os intervalos lúcidos com que as moléstias, por vezes, proporcionam a suas vítimas. Nestes intervalos, é possível ao portador de distúrbios mentais alcançar o completo discernimento do fato e agir conforme este discernimento.

Assim, seria, então, justo que fosse chamado a responder criminalmente pelo ato ilícito por ele praticado, pois naquele momento estava totalmente são.

Tem este sistema ainda o defeito de atribuir importância excessiva às causas físicas e conferir poderes ilimitados aos peritos psiquiatras, comprometendo a liberdade do juiz na análise do fato.

Segundo prelecionam Mirabete e Fabbrini (2007, p. 207), é o sistema de aferição de acordo com o qual:

[...] aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se esta anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato. É evidentemente, um critério falho, que deixa impune aquele que tem entendimento e capacidade de determinação, apesar de ser portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto, etc.

Outra crítica feita com relação a este critério de aferição da imputabilidade penal, reside no fato de ser considerado inimputável o menor de dezoito anos.

Esclarece Jesus (1999, p. 504) que mesmo sendo o menor um sábio e pratique um delito, basta a existência da menoridade para criar a inimputabilidade.

Desta forma, se um indivíduo com dezoito anos cometer um delito, poderá ser considerado imputável de acordo com as circunstâncias que ocorreu o crime. No entanto, será considerado inimputável independentemente de qualquer circunstância, o indivíduo que cometer um delito no dia anterior ao dia que complete dezoito anos, ou até mesmo nos últimos minutos do dia em que anteceder o dia do seu décimo oitavo aniversário.

Palomba (2003, p. 509), com clareza explica que o desenvolvimento do homem se dá de maneira gradativa:

Os momentos biopsicológicos do desenvolvimento do ser humano, que se faz aos poucos, sem saltos bruscos, podem ser traduzidos em idade, da seguinte maneira: do nascimento aos 12 anos é o período das aquisições mentais, no qual o cérebro sequer atingiu o seu peso definitivo, lembrando que os neurônios (células cerebrais) se maturam pouco a pouco. Dos 13 aos 18 anos, quando se inicia a espermatogênese no homem e ocorre a menarca na mulher, o cérebro ainda não está totalmente desenvolvido, embora já ofereça condições para, no meio social, o indivíduo formar os seus próprios valores ético morais, e ter os seus interesses particulares. A partir dos 18 anos já está biológica e psicologicamente com suas estruturas suficientemente desenvolvidas e, portanto, apto para a vida. Tudo isso se desenvolve aos poucos, paulatinamente, como a fruta verde que com o tempo amadurece.

Como se pode verificar, de acordo com o critério biológico, da maneira como é aplicado atualmente, o indivíduo atinge a maturidade de um instante para o outro como num passe de mágica, o que mostra que este critério é pouco científico.

4.2 Critério Biopsicológico

Também denominado critério biopsicológico normativo ou misto, é o critério adotado pelo Código Penal brasileiro no artigo 26. De acordo com ele deve-se verificar primeiramente se o agente tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou se o agente é doente mental. Se ocorrer uma destas possibilidades, será o indivíduo considerado inimputável. Não ocorrendo nenhuma delas, será averiguado se o indivíduo era capaz de entender o caráter ilícito do ato por ele praticado. Caso tenha este entendimento será então averiguado se ele tinha condições de determinar-se de acordo com este entendimento. Caso tenha esta capacidade será considerado imputável.

Neste sistema, são analisadas as condições biológicas, bem como as condições psicológicas do indivíduo.

Em outras palavras, será inimputável o indivíduo que, no momento da prática delitiva, apresentava uma causa mental deficiente, não tendo ainda a inteira capacidade de entender a natureza ilícita do fato ou de agir conforme esta compreensão.

4.2.1 Críticas ao critério biopsicológico

A falha deste critério reside no fato de que, por se tratar de critério híbrido, é este critério também composto pelo sistema biológico.

Em muitos casos, como acontece com o critério biológico, o indivíduo, mesmo tendo aptidão para de entender o caráter ilícito do ato por ele praticado e ainda tendo capacidade de agir de acordo com este entendimento, será considerado inimputável, como é o caso do menor de dezoito anos.

Padece este sistema, portanto, de limitações impostas pelo critério biológico o que o torna pouco eficiente.

Este é o critério atualmente adotado no Brasil.

4.3 Critério Psicológico

De acordo com este sistema, são verificadas as condições psíquicas do agente no momento da prática do ato delitivo.

Será, portanto, considerado imputável o agente que no momento do delito não se encontrava privado de compreender a natureza ilícita do fato por ele praticado ou ainda agir em conformidade com este entendimento. Não existe a necessidade de que a capacidade de compreender ou entender decorra de uma causa mental anterior.

Dotti (2005, p. 412) comenta que:

Pelo critério psicológico, a lei enumera os aspectos da atividade psíquica cuja deficiência torna o indivíduo inimputável (falta de inteligência ou vontade normais ou estado psíquicos equivalentes), sem referência às causas patológicas desta deficiência. Basta a demonstração de que o agente não tinha capacidade de entender e de querer, sob o plano estritamente psicológico, para se admitir a inimputabilidade.

É possível provar esta capacidade de entendimento através da realização de um exame psiquiátrico. Este procedimento será melhor analisado em capítulo próprio.

4.3.1 Críticas ao critério psicológico

Como desvantagem a este critério, podemos apontar o fato de que sempre que houvesse a prática de um delito, o infrator independentemente de qualquer outra condição pessoal seria submetido ao exame para checar a imputabilidade penal.

Para melhor esclarecer, consideremos a seguinte hipótese: uma criança de cinco anos de idade, que de alguma forma conseguir pegar uma arma de fogo pertencente a seu pai e ferir alguém efetuando um disparo, deverá ser também submetida a um exame para verificação da imputabilidade penal.

Seria talvez no exemplo acima citado desnecessária a realização de exame psicológico nesta criança, considerando-se que um ser humano nesta idade muito provavelmente não teria entendimento a respeito do ato por ele praticado.

5 MAIORIDADE PENAL NO DIREITO PÁTRIO E NO DIREITO COMPARADO

5.1 Maioridade Penal de acordo com a Constituição Federal Brasileira

O legislador constituinte pátrio, preocupado com a proteção da criança e do adolescente, estabeleceu no artigo 228 da Constituição de 1988 que: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Este limite de idade foi inspirado no artigo primeiro da Convenção sobre o Direito das Crianças,² que tem a seguinte redação: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

Portanto, são consideradas crianças as pessoas que tenham menos de dezoito anos de idade, salvo se a lei do seu país lhe atribuir a maioridade mais cedo.

É importante frisar que esta convenção não impede que seja fixado um limite de idade inferior a dezoito anos para que o ser humano seja penalmente imputável. Ela nem mesmo traz normas a respeito da imputabilidade penal.

Cabe ainda ressaltar que esta convenção, em seu artigo 37, permite até que as crianças sejam submetidas a penas privativas de liberdade:

² Em 20 de novembro de 1989, as Nações Unidas adotaram de forma unânime a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), que é um documento que declara um grande grupo de direitos fundamentais – os direitos civis, políticos, sociais, culturais e também econômicos – de todas as crianças, e ainda as respectivas disposições para que estes sejam aplicados. A CDC não é só uma declaração de princípios gerais. Quando ratificada, representa uma ligação jurídica para os Estados que a ela aderem, os quais devem adequar as normas de Direito interno às da Convenção, para a promoção e proteção incisiva das liberdades e direitos nela homologados (UNICEF, [200-?], in: <<http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111&m=2>>).

Artigo 37

Os Estados Partes garantem que:

[...]

b) Nenhuma criança será privada de liberdade de forma ilegal ou arbitrária: a captura, detenção ou prisão de uma criança devem ser conformes à lei, serão utilizadas unicamente como medida de último recurso e terão a duração mais breve possível;

[...] (1989, in: <<http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111&m=2>>).

Diante do exposto, não restam dúvidas de que os Estados signatários desta convenção têm liberdade de estabelecer idade inferior a dezoito para que um indivíduo seja penalmente imputável, e ainda seja atribuída a este indivíduo pena privativa de liberdade.

No caso do Brasil, ao contrário de outros países, não traz a Constituição em seu texto apenas que as crianças e adolescentes tenham proteção especial, mas também determina a idade em que as pessoas serão consideradas imputáveis.

Assim, não poderia o legislador infra-constitucional alterar esta regra, sob pena de padecer este ato de flagrante inconstitucionalidade, já que nenhuma lei ou ato normativo pode contrariar normas estabelecidas pela Carta Magna.

No tocante à possibilidade de alteração do texto constitucional, surgem discussões a respeito da possibilidade ou não de alteração do seu artigo 228.

O fundamento desta discussão reside no fato de que parte do texto constitucional goza de proteção especial, tendo em vista a relevância da matéria que regulamenta.

O legislador constituinte, ao elaborar a Constituição, elencou em seu artigo 5.º direitos e garantias fundamentais, deixando claro, de forma inequívoca, sua intenção de impedir que tais direitos nunca fossem subtraídos das pessoas.

Tais matérias constituem o núcleo inviolável da Constituição, que são tradicionalmente denominados cláusulas pétreas. Elas traduzem um esforço do legislador constituinte no sentido de garantir a integridade da constituição, impedindo que eventuais alterações ao texto constitucional causem a destruição, enfraquecimento ou ainda mudança da identidade da constituição, já que a Carta Magna contribui para a ininterrupção da ordem jurídica fundamental.

Para parte da doutrina, os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal não se esgotam no artigo 5.º do referido diploma legal. Conseqüentemente, defendem a possibilidade de haver outros direitos insuscetíveis de mudanças espalhados pelo texto constitucional. Para esta parcela da doutrina, deve a inimputabilidade trazida no artigo 228 também ser protegida contra eventuais mudanças, sob pena de serem estas consideradas inconstitucionais, por afrontar o disposto no inciso IV, parágrafo 4.º do artigo 60 da Constituição, que preconiza:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

Afirmam os que contrários à redução da maioria penal que se faz necessário interpretar a natureza jurídica de um direito, para então chegar à conclusão se este é ou não um direito ou garantia fundamental, e não o local em que se encontra na Constituição.

De acordo com este entendimento, Duarte e Duarte (2002, in: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2495>>):

A inimputabilidade etária, em que pese tratada em capítulo distinto daquele específico das garantias individuais, é sem dúvida um princípio integrante da proteção da pessoa humana, tendo em vista que traduz a certeza de que os menores de dezoito anos, quando da realização do ato infracional, estarão sujeitos às normas da legislação especial.

No mesmo sentido, é a opinião de Dotti (2005, p. 412):

A inimputabilidade assim declarada constitui umas das garantias fundamentais da pessoa humana embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5.º, caracterizando, assim uma cláusula pétreia. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional, visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado.

Gomes e Bianchini (2008, in: <<http://www.iuspedia.com.br>>) também entendem ser impossível a redução da maioria penal, sob o argumento de que, mesmo estando fora do artigo 5.º da Constituição, por força do parágrafo segundo

do referido artigo, trata-se de cláusula pétrea. Os referidos autores reconhecem o artigo 228 como cláusula pétrea, e sua alteração seria uma interpretação contrária aos princípios adotados pela Constituição, argumentando que:

A inimizabilidade do menor de dezoito anos foi constitucionalizada (CF, art. 228). Há discussão sobre tratar-se (ou não) de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.º). Pensamos positivamente, tendo em vista o disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF, c/c arts. 60, § 4.º e 228. O art. 60, § 4.º, antes citado, veda a deliberação de qualquer emenda constitucional tendente a abolir direito ou garantia individual.

Há ainda o posicionamento daqueles que são contrários à redução da maioria penal apenas por motivos sociais, admitindo o fato de que o artigo 228 da Constituição Federal não goza de proteção especial no que diz respeito a sua alteração.

Neste sentido, Delmanto et al (2007, p. 107) assim expõe:

[...] a nosso ver, seria um grave equívoco de nosso legislador. Não obstante a maioria penal não esteja incluída em uma das chamadas cláusulas pétreas do art. 5.º da *Magna Carta*, mas sim em seu art. 228, o marco dos 18 anos deve ser prestigiado, sobretudo em um País como o nosso em que o abismo social é um dos maiores do mundo, sendo os nossos infantes explorados mediante toda sorte de agruras, como pedir esmolas em faróis até altas horas da noite, vivendo em favelas sem um mínimo de dignidade e, sobretudo, sem qualquer perspectiva de ascensão social.

De outro lado, há quem defenda a possibilidade de emenda constitucional que reduza a maioria penal. Vários argumentos são utilizados na defesa deste posicionamento, como veremos a seguir.

Reale (1998, p. 161) já se via a necessidade de se alterar a maioria penal, dizendo que:

No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembléia Nacional Constituinte para gáudio de ilustre senador que sempre cultivava o seu “progressismo”... Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral.

Dentre os doutrinadores que defendem a redução da maioria penal, podemos destacar Moraes (2006, in: “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”), Nucci (2007, in: “Código penal comentado”), Lenza (2008), Costa

Júnior (2000), Ferreira Filho (2007), Bastos e Martins (2000), Capez (2007, in: <http://www.fernandocapez.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1807>), Greco (2008) dentre outros.

Nucci (2000) apud Moraes (2006, p. 2232, in: “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”), diz que não é possível defender a impossibilidade de redução da maioria penal, visto que, se esta fosse a vontade do legislador constituinte, a imputabilidade teria sido inserida no artigo 5.º da Constituição Federal.

Nucci (2007, p. 265, in: “Código penal comentado”) critica a posição atual do Brasil com relação a este assunto, dizendo que é uma tendência mundial a redução da maioria, tendo em vista que o desenvolvimento mental segue a evolução dos tempos, e sustenta a possibilidade de alteração da maioria penal alegando que:

[...] a responsabilidade penal foi inserida no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, art. 5.º da CF). Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda previstas no art. 60, § 4.º, IV, CF, pois sabe-se que há direitos e garantias de conteúdo material e direitos e garantias de conteúdo formal.

Ensina ainda Nucci (2007, p. 265, in: “Código penal comentado”) que:

O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como direito e garantia fundamental é suficiente para transformá-la, formalmente como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente. É o caso da proibição da identificação criminal para o civilmente identificado ou mesmo para o julgamento pelo tribunal do júri, que são garantias fundamentais apenas porque foram colocadas dentro do art. 5.º, embora não façam parte de direitos internacionalmente reconhecidos como fundamentais [...]. Por isso a maioria além de não ser direito e garantia no sentido material, em nosso entendimento também não o é em sentido material.

Outros pontos a serem ponderados, no sentido de que há realmente a necessidade e possibilidade de se reduzir a maioria penal, são apresentados por Capez (2007, in: <http://www.fernandocapez.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1807>),

n_id=1807>), enfatizando que no momento em que não se aplica a devida sanção penal, assegura-se o direito de cometer crimes. Assim, expõe o doutrinador que:

Dessa forma, o que se pretende, na realidade, é o distanciamento desses discursos ideológicos, políticos etc., a fim de proporcionar a retribuição penal na justa dimensão do crime cometido, atendendo, inclusive, ao princípio da proporcionalidade insculpido na Constituição Federal, a qual exige maior rigor penal para os casos de maior gravidade (art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV).

O intuito, portanto, da redução da maioridade é o de reparar tão graves injustiças, de propiciar a punição na proporção do crime praticado. Assim, um menor de idade que pratique um crime hediondo, como o que ocorreu no Rio de Janeiro,³ deverá responder pelo crime tal como um indivíduo maior de 18 anos.

Greco (2008, p. 400) explica que:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do § 4, do art. 60 da Carta Magna.

A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal, é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda a menoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária.

Há ainda o posicionamento no sentido de que, independentemente de ser considerado cláusula pétrea, existe a possibilidade de alteração deste direito, tendo em vista que afrontaria a Constituição apenas a retirada deste direito do texto constitucional.

Seguindo este raciocínio, Lenza (2008, p. 762), admite ser possível alterar de 18 para 16 anos, observando que apenas a abolição do direito à

³ Refere-se Capez a um crime bárbaro ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, em que um garoto de 6 anos de idade foi morto de maneira brutal. Segundo a polícia, o menino João Hélio Fernandes e sua mãe estavam dentro do carro quando foram abordados por assaltantes. Estes delinqüentes retiraram a mãe do veículo, mas antes que a criança fosse retirada, um dos criminosos tomou a direção do automóvel e acelerou. O menino estava preso pelo sinto de segurança e permaneceu pendurado durante toda a fuga. Durante todo o percurso, pessoas que assistiram aquela cena gritaram para que os facínoras parassem o veículo. João Hélio foi arrastado durante todo este percurso, e faleceu em decorrência desta brutalidade (FIGUEIREDO, 2007, in: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u131661.shtml>>). Em entrevista, a mãe de dois dos acusados pela morte do garoto contou que o filho mais novo confidenciou a ela ter assumido a culpa, porque em razão da idade, esperava ficar preso por apenas uns dois meses. Desabafa a mãe dos criminosos que teria preferência em estar no lugar da mãe que perdeu o filho, a ver seus filhos sendo acusados de delito tão desumano. Disse ainda que não criou monstros, mas sempre os criou dentro da igreja (FOLHA ONLINE, 2007, in: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u131469.shtml>>).

inimputabilidade afrontaria a Constituição. Explica que o direito a inimputabilidade continuará existindo, caso seja alterado somente o limite mínimo de idade.

Neste sentido, já decidiu o STF (2007, in: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2395&classe=ADI>>), confirmando a constitucionalidade da Emenda Constitucional 15/96, julgando a ADI 2395.

O Ministro Gilmar Mendes, que foi o relator, comprova a possibilidade de modificação de uma cláusula pétrea, ensinando que:

Não se pode negar que a aplicação ortodoxa das cláusulas pétreas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.

Aí reside o grande desafio da Jurisdição Constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.

As questões que envolvem as cláusulas pétreas são objeto desse intenso debate doutrinário, a evidenciar sua marcante complexidade. Admiti-las, por certo, implica uma restrição significativa à atividade legislativa ordinária e mesmo do Poder Constituinte Derivado. Mas tal como estão postas em nosso sistema, estabelecem limites à reforma constitucional que não têm o condão de fixar uma restrição insuperável ao exercício da democracia parlamentar. As possibilidades da atividade legislativa ordinária ou reformadora, ainda que dentro dos limites constitucionais à revisão, são muito amplas. O que há por certo, ao nos atermos às restrições impostas pelo constituinte originário à reforma constitucional, é um dever de consistência nas formulações que procuram justificar a compatibilidade de determinadas alterações constitucionais com as cláusulas de imutabilidade.

Lenza (2008, p. 763) conclui que:

A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioria penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é o fundamento no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano.

Ferreira Filho (2007, p. 375), faz crítica a redação do artigo 228 da Constituição, afirmando ser o texto constitucional incoerente: “Timbra o texto, no art. 228, em consagrar a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se se recordar que o direito de votar – a maioria política – pode ser alcançado aos dezesseis anos...”.

Jorge (2002, in: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3374>>), juiz de direito do Estado de Goiás, compara o artigo 228 e o artigo 14, § 1.º, inciso II, alínea “c”, ambos da Constituição Federal, concluindo que:

Embora ambos os dispositivos emanem do mesmo Poder Constituinte, verifica-se certa antinomia principiológica entre essas normas. Como um jovem pode ter discernimento para votar, v.g., no Presidente da República, mas não o tem em relação à prática de crimes, ainda que hediondos? Vale dizer, o menor conhece toda importância da escolha dos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, mas não tem consciência das condutas delituosas, por isso é inimputável. O que é mais complexo? Evidente, o processo eleitoral.

Bastos e Martins (2000, p. 1103), comenta que em outras palavras, o legislador constituinte acolheu a idéia que a irresponsabilidade pode identificar-se com o sistema político democrático brasileiro. Critica o fato de que, ainda que o menor pratique um crime eleitoral que seja capaz de alterar o resultado da eleição, mesmo assim não poderá ser responsabilizado.

Como se pode perceber com os argumentos expostos, este é um ponto ainda bastante polêmico com relação à interpretação da Constituição Brasileira.

5.2 Maioridade Penal de acordo com o Código Penal

O legislador penal de 1940, ao regulamentar a questão da imputabilidade penal, determinou no artigo 27 que seriam considerados inimputáveis os menores de dezoito anos.

O legislador penal de 1940 tinha o menor de dezoito anos como imaturo, e via no fato de dar um tratamento diferenciado ao menor a possibilidade de recuperá-lo e reintegrá-lo à sociedade.

Esta argumentação pode ser verificada no item 23 da Exposição de Motivos do Código Penal:

23. Manteve o projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à penal criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispões o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo à contaminação carcerária.

As razões que motivaram o legislador de 1940 a pensar desta forma, e fizeram o legislador de 1984 manter este tratamento, são, atualmente, alvos de críticas. Seria justo aplicar atualmente ao menor de dezoito anos o mesmo tratamento que era aplicado ao menor da mesma idade quando da elaboração do nosso Código Penal de 1940?

Analisando este problema, Costa Júnior (2000, p. 118) enfatiza que:

É notório que as condições sociais de 1940, quando se fixou o limite mínimo da imputabilidade penal aos dezoito anos, já não são as de hoje. Tudo mudou, de forma radical e sensível: as condições sociais, que possibilitam condutas permissivas, ensejam ao jovem conhecer amplamente o mundo; e assim por diante. Por via de conseqüência, o pressuposto biológico não será mais mesmo. O jovem de hoje, aos dezesseis anos, costuma ter ela capacidade para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Como então insistir em estabelecer aos dezoito anos o limite mínimo da imputabilidade penal?

Mas, de acordo com a legislação vigente, ainda é adotado o critério puramente biológico para os menores de dezoito anos.

Não é levado em consideração o desenvolvimento mental e a capacidade de entendimento ou autodeterminação, etc.

Considera apenas a idade cronológica do indivíduo, tratando-se este caso de presunção absoluta de inimputabilidade, não cabendo qualquer discussão a respeito do assunto.

Sobre este tema Mirabete (2005, p. 272) dispõe que:

Adotando um critério puramente biológico, de idade do autor do fato, dispõe a lei que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis. Não se leva em conta o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ter ser penalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações. Trata-se de um caso de presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não se possa negar que um jovem menor de idade tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos, não se admite a prova de que era ele, ao tempo da ação ou omissão, capaz de entendimento e determinação. A regra foi elevada a nível constitucional, prevendo expressamente a inimputabilidade dos menores de 18 anos (artigo 228 da CF).

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada Criminal (in: MIRABETE, 2005, p. 272):

TACRSP: “Para a determinação da idade do agente para efeitos penais o legislador utiliza critério puramente biológico na composição da regra absoluta: a idade do autor do fato, sem outras indagações. Completam-se os 18, os 21 ou os 70 anos no dia do aniversário do agente” (RT 616/308).

Também é o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “TJSP: ‘Embora o fato seja típico, antijurídico e culpável, não é, entretanto, punível, se o agente ao praticá-lo era inimputável por contar menos de 18 anos de idade’ (RT 488/337)” (in: MIRABETE, 2005, p. 272).

Quanto ao momento, será considerado imputável quem cometer um delito já nos primeiros momentos do dia em que estiver completando seu décimo oitavo aniversário. Não será, portanto, levado em consideração a hora em que tenha nascido o indivíduo. Este entendimento é unânime, segundo a interpretação dos tribunais:

CRIMINAL. INIMPUTABILIDADE ETARIA. MENORIDADE. Contagem dos anos. Incensurabilidade da asserção recorrida, posta em que “considera-se penalmente imputável o agente que pratica o crime no dia em que está completando dezoito anos de idade, inobstante tenha sido o ilícito cometido em horário anterior ao seu nascimento” (art. 27 do CP, art. 2º da Lei 8.069/90, c.c. art. 228 da CF)” (STJ, 5ª Turma, RHC n.º 3358/RJ, Recurso Ordinário em HC n.º 1994/0001418-0, Rel. Ministro José Dantas, julgado em 21.02.1994, DJ 07.03.1994, RSTJ vol. 66, p. 145, in: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=sido%20o%20il%20EDcito%20cometido%20em%20hor%E1rio%20anterior%20ao%20seu>>).

Nos casos em que, durante o curso do processo, se verificar que o agente não tinha dezoito anos na época da prática do delito, este processo deverá ser anulado.

Quanto à prova da menoridade, esta será feita, a princípio, através da certidão de nascimento expedida pelo registro civil, ou ainda por documento que a substitua, como exemplo da carteira de identidade, embora seja permitida outra prova idônea, como a realização de perícia na falta de prova documental:

“HABEAS CORPUS”. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA. “1. Não havendo nenhuma prova da menoridade nos autos - quer seja por certidão de nascimento, quer seja por carteira de identidade ou por outro meio válido que idoneamente comprove a menoridade por época dos fatos -, não é possível, em sede de “habeas corpus”, reconhecê-la, para o efeito de anular ab initio o processo.
2. A prova em tais hipóteses deve revestir-se de absoluta idoneidade, a ponto de não pairar qualquer dúvida quanto à afirmação deduzida, ficando no vazio meras e singelas alegações. Precedentes. “Habeas Corpus” a que se conhece, mas que se nega deferimento.” (STF, 2ª Turma, HC n.º 73883/SP, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 24.06.1996, DJ 04.10.1996, EMENT VOL 01844-01, p. 138, in: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo47.htm>>).
 (grifo do autor)

Portanto, ao se fazer prova da menoridade, o indivíduo será considerado inimputável e estará sujeito às normas da legislação especial, não sendo possível qualquer discussão a respeito da capacidade mental deste.

5.3 Maioridade Penal no Direito Comparado

Quando fazemos uma análise dos limites estabelecidos para maioridade penal ao redor do mundo, observamos que não há uma idade padrão adotada por todos os países. Cada país a escolhe de acordo com seus anseios e necessidades.

Porém, não se pode negar que há uma tendência mundial em rebaixar este limite conforme a evolução de cada sociedade.

De acordo com o direito italiano, são considerados absolutamente incapazes os menores de catorze anos de idade.

Os indivíduos que se encontrem na região fronteira, que abrange os maiores de catorze anos e menores de dezoito anos, serão considerados imputáveis desde que tenham total capacidade de entendimento e vontade, mas mesmo assim terão pena diminuída.

O sistema penal italiano é caracterizado por um acentuado exame da personalidade do agente. São averiguados os antecedentes pessoais bem como familiares dos menores, considerando seu aspecto psíquico, físico e ambiental.

A sanção tem a finalidade educativo-preventiva, com grande individualização do tratamento.

Outra característica marcante do direito italiano é a presença de um juízo especializado chamado de Tribunal de Menores, composto por juízes especializados e leigos, os quais são selecionados dentre psiquiatras, antropólogos criminais, biólogos, pedagogos e também psicólogos.

No direito alemão, tal qual no italiano, são apenas considerados inimputáveis os menores de 14 anos, que são entregues ao direito assistencial.

Costa Júnior (2000, p. 121), a respeito das sanções aplicadas aos infratores, apresenta a seguinte classificação:

- a) medidas educativas - instrução, vigilância, ou entrega de um menor a um ente educacional;
- b) medidas disciplinares – advertência, obrigação de reparar dano, de prestar um trabalho em favor da vítima, de desocupar-se, de devolver uma soma em favor de instituições de utilidade pública, bem como a prisão durante o tempo livre da semana, ou por período máximo de quatro semanas;
- c) penas detentivas juvenis, que se diferenciam das demais pela sua maior duração, de um mínimo de seis meses a um máximo de cinco anos.

Determina o artigo 8.º do Código Penal espanhol que são isentos de pena os menores de dezesseis anos: “Art. 8.º. Estão isentos de responsabilidade criminal: [...] 2.º O Menor de dezesseis anos. [...]” (in: PALOMBA, 2003, p. 97).

De acordo com o artigo 10 do Código Penal chileno, são isentos de responsabilidade criminal os menores de dezesseis anos: “Art. 10. Estão isentos de responsabilidade criminal: [...] 2.º. O menor de 16 anos. [...]” (in: PALOMBA, 2003, p. 107).

Também na Argentina, é inimputável o menor de dezesseis anos.

Na Rússia são considerados inimputáveis os menores de 14 anos; na França e na Polónia a maioridade é atingida aos 13 anos. Na Suécia, na Noruega, na Finlândia e na Dinamarca, a maioridade penal é atingida aos quinze anos. Na Islândia a maioridade penal é atingida aos catorze anos de idade. Podemos ainda citar como exemplos países que possuem alto nível cultural, como a Inglaterra, onde a maioridade penal é atingida aos dez anos de idade. Os E.U.A. também consideram os maiores de 10 anos imputáveis, existindo em alguns estados americanos, limite até inferior a 10 anos. Podemos ainda citar países asiáticos como o Japão e a China, que consideram imputáveis os maiores de catorze anos.

Podemos analisar outros exemplos de países que adotam limites inferiores a dezoito anos no mapa elaborado pelo *UNICEF*, extraído da matéria publicada por Assunção (2007, in: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9809>>), a seguir:

MAPA MÚNDI DA MAIORIDADE PENAL

Brasil em números

Existem no Brasil **39.578** menores cumprindo algum tipo de medida socioeducativa, o que representa **0,2%** da população entre **12 e 18** anos.

13.489 desses menores estão internados em instituições como a Febem.

50% dos menores infratores do país estão no estado de São Paulo. Destes, **41,2%** cumprem pena por roubo e **14,7%** por homicídio.

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente do estado de São Paulo.



Curiosidades

- Na Suécia, em abril de 1997, havia apenas 15 jovens na faixa etária entre 14 e 18 anos cumprindo pena em alguma prisão.
- Na China, adolescentes entre 14 e 18 anos estão sujeitos a um sistema judicial juvenil, e suas penas podem chegar à prisão perpétua no caso de crimes particularmente bárbaros (chamados no Brasil de crimes hediondos).

Fonte: Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) de 2005

6 REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA DETERMINAÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL

Mesmo nas civilizações antigas, existia a preocupação de aplicar aos delinquentes uma sanção proporcional ao ato por ele praticado, levando-se em conta suas condições pessoais. Como exemplo, podemos citar o direito romano, o qual fazia distinção entre a premeditação, a negligência e a acidentalidade, no tocante à aplicação da pena, e ainda valorizava muito o elemento subjetivo na imputação do delito. Todo fato ilegal ou imoral, no qual houvesse dolo, seria considerado crime, ao passo que toda afronta à lei com falta de intencionalidade seria considerada como acidentalidade.

Portanto, para que haja igualdade, deve ser dada mais importância às condições pessoais do agente, tratando de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Para isso, deveria ser levada em consideração a personalidade do criminoso.

No Brasil, em algumas circunstâncias, é dado tratamento diferenciado aos agentes, considerando sua personalidade, como é o caso dos indivíduos que apresentam periculosidade.⁴ A eles não será aplicada pena, mas sim medida de segurança.⁵

Também, após a condenação do agente, já na fase de execução da pena, o ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de individualizar a pena, determina que os sentenciados sejam submetidos a um exame que pretende dar tratamento penitenciário adequado ao condenado, dentro dos limites estabelecidos em lei. Este exame recebe o nome de exame criminológico.

Conforme o magistério de Capez (2005, p. 34):

⁴ “Periculosidade” pode ser definida como a probabilidade que os doentes mentais apresentam de cometer atos violentos (PERES, NERY FILHO e LIMA JUNIOR, 1997, in: <<http://www.pryore.com/psych/perigo.htm>>).

⁵ A medida de segurança é a sanção penal que tem natureza essencialmente preventiva, ou seja, tem o objetivo de evitar que o agente volte a delinquir (PERES, NERY FILHO e LIMA JUNIOR, 1997, in: <<http://www.priory.com/psych/perigo.htm>>).

Para classificar os delinqüentes de acordo com sua personalidade é necessário recorrer a sua biotipologia, que é o estudo da personalidade do criminoso.

O exame criminológico é uma das espécies de biotipologia. É obrigatório para os condenados à pena privativa de liberdade em regime fechado (art. 8.º, caput, da LEP) e facultativo para s condenados a cumprir pena em regime semi-aberto (art. 8.º, par. Ún.).

[...]

O exame criminológico só poderá ser feito para os réus já definitivamente condenados, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVIII, da CF).

O exame criminológico é composto de exame morfológico, exame funcional, exame psicológico, exame psiquiátrico, exame moral, exame social e exame histórico.

Mirabete (2002, p. 51), melhor explicando a respeito do exame criminológico, diz que:

Compõe o exame criminológico, como instrumentos de verificação, “as informações jurídico-penais (como agiu o condenado, se registra reincidências etc.); o exame clínico (saúde individual e eventuais causas mórbidas relacionadas com o comportamento delinqüencial); o exame morfológico (sua constituição somatopsíquica); o exame neurológico (manifestações mórbidas do sistema nervoso); o exame eletrencefalográfico (não para só busca de “lesões focais ou difusas de ondas sharp ou spike”, mas da “correlação – certa ou provável – entre alterações funcionais do encéfalo e o comportamento” do condenado); o exame psicológico (nível mental, trações básicos da personalidade e sua agressividade); o exame psiquiátrico (saber-se se o condenado é pessoa normal, ou portador de perturbação mental); o exame social (informações familiares, “condições sociais em que o ato foi praticado, etc)”. A perícia deve fornecer a síntese criminológica, “isto implica um enquadramento de cada caso em itens de uma classificação, na seleção do destino a ser dado ao examinado e em medidas a serem adotadas. Os informes sobre a periculosidade (no sentido de “provável” reincidência) e adaptabilidade (em sentido reeducacional) são básicos.

Conforme demonstrado, em nosso ordenamento jurídico é levada em consideração a personalidade do agente tanto no momento da aplicação da devida sanção penal como também na individualização da pena, no momento em que a sanção penal for executada.

Da mesma forma, deveria ser melhor analisada a personalidade do criminoso no momento em que foi praticado o delito, para avaliar a capacidade de entendimento e de querer do indivíduo, para que ele seja ou não considerado imputável. Seria esta uma forma individualizada de atribuir ao agente um fato delituoso, e conseqüentemente responsabilizá-lo por este fato. Esta verificação é

possível de ser realizada através do exame psiquiátrico, que conforme já mencionado, faz parte do exame criminológico.

O exame pericial psiquiátrico é uma avaliação que tem por escopo o esclarecimento a respeito dos fatos em que está sendo questionada a condição intelectual dos envolvidos.

Costa (1997, p. 90) diz que o exame psiquiátrico tem a finalidade de verificar o grau de responsabilidade penal ou imputabilidade do infrator para fins de aplicação da lei penal.

Através dele, é possível diagnosticar a situação mental do indivíduo no presente momento. Avalia-se a presença de alguma alteração ou doença psíquica no momento em que o indivíduo está sendo examinado.

Esta avaliação tem como propósito esclarecer para a justiça o que a medicina reconhece a respeito da condição mental do indivíduo examinado, bem como a forma que a psicopatologia denomina a situação analisada e a entende.

A avaliação da inimputabilidade requer perícia psiquiátrica, visto que se baseia no fato incontestável de que certos transtornos mentais causam prejuízo à capacidade de entendimento, ao controle de impulsos e ainda da aptidão de decidir com total liberdade.

É possível através deste exame ter certeza de que no momento da prática do delito, o agente tinha ou não discernimento a respeito do fato por ele praticado, tinha condições de agir conforme este entendimento e ainda se o agente era ou não mentalmente saudável.

Para fins de averiguação de imputabilidade penal se faz necessária apenas a realização do exame psiquiátrico, não existindo a necessidade de se realizar todos os exames que compõem o exame criminológico.

É portanto fundamental que, ao cometer um delito, seja o infrator submetido ao exame psiquiátrico. A perícia psiquiátrica forense utiliza os mesmos procedimentos da avaliação psiquiátrica clínica comum, podendo, contudo, realizarem-se exames adicionais em casos que haja necessidade.

A respeito do exame psiquiátrico, esclarece Costa (1997, p. 114) que:

O exame psiquiátrico resume-se essencialmente no exame clínico cuja interview constitui a parte principal (interview dirigida e não dirigida – que é uma técnica de receptividade passiva cuja forma fundamental é o método de associações livres, próprio da psicanálise). Além de visar ao caráter subjetivo da entrevista, o exame psiquiátrico é inseparável do indispensável exame neurológico, que permite a avaliação de certos componentes do temperamento e, em particular, a força geral ou tônus, o limiar da sensibilidade, a velocidade temperamental, a regularidade do ritmo, a excitabilidade geral, a estabilidade muscular e a emocional. Em síntese, objetiva a apuração das manifestações mórbidas do sistema nervoso. A eletroencefalograma deve ser rotineira, sendo imprescindível a observação criminológica. A interpretação deve ser feita com apoio na ficha de observação. É evidente que o valor dos exames psiquiátricos como o dos exames médicos exigem conhecimentos científicos, condições materiais, nas quais são executados, enfim, a consciência e o saber dos que o realizam.

A exploração mental efetuada pelo exame psiquiátrico é antes de tudo, orientada num sentido patológico.

Durante a perícia o perito deve procurar colher mais dados possíveis a respeito do examinado, que serão obtidos através de entrevistas, exames, etc.

Parte desta perícia é destinada a examinar o histórico do infrator bem como seus antecedentes.

Estes dados são colhidos através de entrevista com o próprio examinando e também com os seus familiares, amigos e pessoas do seu convívio íntimo.

O perito buscará descobrir se a pessoa examinada usa medicamentos que poderiam ter causado alteração de seu comportamento no momento do crime, se tem antecedentes neuropsíquicos com comprometimento de sua desenvoltura mental, bem como eventuais tratamentos psiquiátricos pretéritos.

Caso o examinado tenha em algum momento de sua vida passado por algum momento de crise existencial, é dada atenção especial a este fato e ao modo como o indivíduo reagiu a estas adversidades. São também investigados os padrões freqüentes de comportamento social, profissional e familiar. Para muitos peritos, a história psiquiátrica da família é de grande relevância.

Outra parte importante desta perícia destina-se à realização de exame clínico. Esta é parte da perícia em que se realiza o exame do estado mental do indivíduo, bem com seu estado físico. Realizam-se os exames clínicos, psicopatológicos e neurológicos do indivíduo, tendo como base os dados colhidos nas entrevistas realizadas.

Caso haja necessidade de realização de exames complementares, como exames funcionais⁶ ou outros testes, estes serão descritos de forma compreensível à linguagem não unicamente técnica.

A parte final desta perícia é o diagnóstico em que o perito concluirá se a pessoa examinada é portadora de alteração ou doença mental. Em caso positivo, deverá o perito de preferência comentar sobre o diagnóstico, comparando-o com outros quadros similares.

Deverá o perito psiquiatra retratar com exatidão o que foi constatado e apresentar conclusões objetivas e exclusivamente técnicas, não podendo exprimir juízo de valor.

Realizada a perícia psiquiátrica, ao se constatar alguma alteração ou doença mental, é necessário analisar se esta anomalia já existia no momento do ato que tornou necessária a realização da perícia ou se aconteceu depois. Melhor esclarecendo, no caso da prática de um delito, é importante ter certeza de que esta anomalia já existia no momento em que o delito foi praticado.

Em alguns casos não é suficiente o estabelecimento de um diagnóstico atual. É necessária nestes casos, uma perícia para determinar a condição psíquica de um indivíduo em momento anterior ao que ele está sendo analisado.

É o que acontece em casos em que ao ocorrer um delito e o seu autor não é encontrado naquele momento. Até mesmo nestes casos é possível através do exame psiquiátrico certificar-se de que, no momento que o infrator cometeu determinado crime, tinha ou não discernimento dos seus atos e ainda poderia se portar conforme seu entendimento. Trata-se de uma avaliação retrospectiva, a qual é realizada de forma indireta, pois são procuradas informações com familiares e amigos, ou ainda, em alguns casos, através de prontuários e fichas médicas e hospitalares.

⁶ Os resultados desses exames são coloridos e tem tornado possível traçar mapas cerebrais. Esses mapas de cores mostram as regiões do cérebro ativas, em outras palavras, mostra as regiões onde existem células trabalhando mais do que em seu estado de repouso, com um metabolismo mais ativo dependendo das cores exibidas. Portanto, esses exames não mostram apenas a anatomia cerebral, mas também mostram, principalmente, o funcionamento cerebral. Por isso, são chamados exames funcionais (BALLONE, 2005, in: <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?sec=42ecomercialart=359>>).

As perícias psiquiátricas também se destinam a fazer avaliação prognóstica em situações especiais como, por exemplo, em casos em que é questionada a cessação da periculosidade de internos que estejam reclusos por medida de segurança.

Conforme demonstrado, o exame psiquiátrico tem grande valor na solução de questões no campo de atuação do direito penal, visto que é realizada uma análise detalhada da personalidade dos infratores. Deste modo, poderia este exame ser mais valorizado quando da verificação da imputabilidade.

Caso o legislador brasileiro assim o fizesse, com certeza teríamos um critério mais eficiente de aferição da imputabilidade penal. Seria possível punir criminosos que atualmente são protegidos pela lei que lhes aplica sanções desproporcionalmente brandas em relação aos atos por eles praticados.

Infelizmente, o Poder Legislativo brasileiro continua de braços cruzados, nos deixando a mercê de bandidos de alta periculosidade que cometem crimes cruéis, os quais muitas vezes causam grande comoção e indignação da sociedade que não agüenta mais tão pouco caso no que tange à punição destes criminosos.

É indiscutível que um ser humano não atinge total maturidade de um instante para o outro como supõe nossa legislação.

Entre a imaturidade e a maturidade plena, existe uma zona na qual os indivíduos que nela estejam não devem ser considerados imaturos por um critério puramente objetivo. Cabe esta análise ao exame pericial psiquiátrico, ou seja, cabe à medicina avaliar o grau de entendimento e determinação de um sujeito para que a este seja atribuído eventual delito por ele praticado, e que ainda responda por ele.

7 CONCLUSÃO

Conforme já estudado, o artigo 228 da Constituição de 1988 determina, através de um critério exclusivamente biológico, que os menores de dezoito anos são inimputáveis, reproduzindo o que já determinava o artigo 27 do Código Penal.

A respeito da discussão da possibilidade ou não da redução da maioria penal, entendemos que é juridicamente possível, tendo como principal argumento o fato de que não está este artigo protegido contra mudanças, uma vez que não se trata de cláusula pétrea.

É evidente que, caso o legislador constituinte não quisesse permitir a alteração deste direito, o teria previsto dentro do artigo 5.º da Constituição, onde estão presentes os direitos e garantias fundamentais.

Decidiu o legislador inserir a imputabilidade penal na Constituição, apenas para assegurar que, para alteração do referido direito, a única maneira é através de Emenda Constitucional.

Teve, desta forma, o legislador apenas o cuidado de obrigar maior análise da mudança com relação à imputabilidade.

Ainda com relação à possibilidade jurídica de mudança da maioria penal, é incontestável o argumento de que, mesmo que fosse a imputabilidade penal considerada cláusula pétrea, ao analisarmos o texto do artigo 60 da Constituição percebemos a possibilidade de sua alteração. Como se verifica no texto constitucional, é proibida apenas a abolição de um direito e não sua alteração.

Não devem ser permitidas apenas as alterações que ataquem os princípios presentes na Constituição, a ponto que esta perca sua essência.

Assim, não restam dúvidas que, é juridicamente possível a alteração do artigo 228 da Constituição Federal, porque ainda que se tratasse de uma cláusula pétrea, poderia ser objeto de alteração, por exemplo, reduzindo-se termo inicial da imputabilidade para uma idade inferior aos dezoito anos de idade.

Assim, concluímos ser plenamente possível e constitucional a redução da maioria penal.

Também não se pode negar que esta alteração é necessária.

Um forte argumento é o fato de o menor de dezoito anos poder participar da escolha da pessoa que governará sua cidade, seu estado ou até mesmo seu país.

Se um indivíduo tem maturidade para ajudar a escolher qual destino tomará a nação, porque não pode responder pelos atos por ele praticados?

Tem maturidade para votar, mas não tem maturidade para assumir seus próprios atos?

Conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, há necessidade de alteração no texto constitucional, visto que ora trata os menores de dezoito anos como maduros, ora como imaturos, o que macula a constituição com contradição e desarmonia.

Deveria o legislador adotar a redução da maioria penal e acabar com este paradoxo existente.

Ainda com relação à necessidade de alteração do termo inicial da maioria penal, temos como argumento a grande evolução pela qual a sociedade passou. É inaceitável que a lei dê um tratamento mais brando a um infrator, apenas levando em consideração a sua idade.

Deve existir proporcionalidade entre o delito praticado e respectiva punição para este ato.

O critério de aferição da imputabilidade deve sofrer alterações, para permitir uma aplicação mais justa da lei.

Poderia o legislador continuar adotando o sistema biopsicológico para aferir a imputabilidade penal.

No entanto, além da redução da idade, deveria o legislador estabelecer que, ao cometer um delito, o indivíduo deveria ser submetido a um exame psiquiátrico, para averiguar sua capacidade de compreensão a respeito do delito praticado e ainda se era capaz de agir conforme este entendimento.

Sugerimos que a maioridade penal fosse rebaixada para treze anos, sendo considerados inimputáveis apenas os que estivessem abaixo deste limite. Quanto ao limite dos treze anos, este não foi escolhido aleatoriamente. A própria ciência admite que o indivíduo na faixa etária entre treze e dezoito anos já possui certo nível de discernimento.

O desenvolvimento humano acontece de forma gradual não sendo admissível o atual tratamento que a lei dá aos criminosos, tornando-os imputáveis de um minuto para o outro.

Procedendo dessa forma, estaremos realizando a análise de indivíduos que estão numa região fronteira entre a maturidade e a imaturidade, permitindo, desta forma, que recebesse uma sanção proporcional ao seu entendimento.

Além da redução da maioridade penal para treze anos, sugerimos ainda que esta presunção de inimputabilidade ao menor de treze anos não seja absoluta, o que possibilitaria responsabilizar até mesmo um infrator menor de treze anos, caso se verificasse que, eventualmente, era suficiente maduro para lhe ser imputada a prática de um delito.

Evidentemente, a redução da maioridade penal e alteração do critério de aferição para a maioridade penal, não resolverão totalmente a questão da violência e marginalidade existente nos dias atuais. Talvez, caso fossem realizadas estas alterações, não haveria uma melhora imediata da criminalidade. Nenhuma mudança surtirá efeitos da noite para o dia, mas com certeza estaremos dando o primeiro passo rumo à uma nova fase no direito brasileiro.

Estas mudanças deveriam ser realizadas juntamente com outras medidas por parte do governo como, por exemplo, melhores condições de emprego, educação, saúde, etc.

O que não se pode negar é que este é um dos passos a ser dado para ajudar a combater a criminalidade, e que já deveria ter sido dado há muito tempo.

Estas mudanças possibilitariam dar tratamento adequado aos delinqüentes, não apenas no aspecto de submeter-lhes a sanções com maior isonomia, como também atender aos anseios da sociedade que não agüenta mais este caos que está tomando conta do nosso país.

O Poder Legislativo poderia refletir e alterar as leis objetivando dar maior proteção a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ASSUNÇÃO, José Ribamar da Costa. Responsabilidade social do jovem e maioridade penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1397, abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9809>>. Acesso em: 18 out. 2008.

BALLONE, Geraldo José. Perícia Psiquiátrica. **PsiquWeb**, Internet, [s.l.], mar. 2005. Disponível em: <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?sec=42ecomercialart=359>>. Acesso em: 18 out. 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, 638 p. ISBN 85-02-04007-3.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários a Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. VIII, 1144 p.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil. In: **Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância (CIESPI)**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. Decreto n.º 5.083 de 01 de dezembro de 1926. Institui o Código de Menores. In: **Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância (CIESPI)**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/baselegis_view.php?id=37>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. Decreto-lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Presidência da República**, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. Lei n.º 4.242 de 06 de janeiro de 1921. Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. In: **Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância (CIESPI)**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/baselegis_view.php?id=164>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Turma, 5. **Recurso em Habeas Corpus** n.º 3358/RJ, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 1994/0001418-0. Relator: Ministro José Dantas. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 1994, DJ 07 de março de 1994, RSTJ vol. 66, p. 145. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=sido%20o%20il%EDcito%20cometido%20em%20hor%E1rio%20anterior%20ao%20seu>>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.º 2395. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2395&classe=ADI>>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. _____. Turma, 2. **Habeas Corpus** n.º 73883/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 24 de junho de 1996, DJ 04 de outubro de 1996, EMENT VOL 01844-01, p. 138. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo47.htm>>. Acesso em: 18 out. 2008.

CAPEZ, Fernando. A questão da diminuição da maioria penal. **Site do Fernando Capez**, São Paulo, fev. 2007. Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1807>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. ISBN 85-7693-004-8.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Exame criminológico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN 85-02-01881-7.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN 978-85-7147-638-7.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. ISBN 85-309-1810-X.

DUARTE, Ruth; DUARTE, Frederico. Dos argumentos simbólicos utilizados pela proposta reducionista da maioria penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2495>>. Acesso em: 12 out. 2008.

D'URSO, Luíz Flávio Borges. A questão da maioria penal e a FEBEM. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1653>>. Acesso em: 23 out. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-020-6095-1.

FIGUEIREDO, Talita. Adolescente suspeito de matar menino acobertou irmão, diz mãe. **Folha Online**, Rio de Janeiro, fev. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u131661.shtml>>. Acesso em: 18 out. 2008.

FOLHA ONLINE. **Criança morre depois de ser arrastada por carro durante assalto**. São Paulo, fev. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u131469.shtml>>. Acesso em: 18 out. 2008.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimizabilidade no direito penal**. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 85-7420-222-3.

Gaio. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**. São Paulo: RT, 2004. ISBN 85-203-2545-9.

GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia forense**. 2. ed. refundida e atual. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1958.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Redução da maioria penal. **Iuspedia**, [s.l.], 2008. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. v. I, 785 p. ISBN 978-85-7626-260-2.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I, 744 p. ISBN 85-02-01997-X.

JORGE, Éder. Redução da maioria penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3374>>. Acesso em: 13 out. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-07006-6.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. ISBN 85-86310-25-5.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de A. **Direito penal da emoção: a inimizabilidade do menor**. São Paulo: RT, 1992. ISBN 85-203-1053-2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN 85-224-3970-2.

_____. **Execução penal: comentários à lei n.º 7.210, de 11-7-1984**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002. ISBN 85-224-3287-2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 85-224-4316-5.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. ISBN 85-224-4319-X.

_____. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. ISBN 85-224-4282-7.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. ISBN 85-02-02198-2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. ISBN 978-85-203-3056-2.

_____. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. ISBN 85-203-3036-4.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense civil e penal**. São Paulo: Atheneu, 2003. ISBN 85-7454-078-1.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. ISBN 85-7604-093-X.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio; LIMA JUNIOR, Alberto Soares. A estratégia da periculosidade: psiquiatria e justiça penal em um hospital de custódia e tratamento. **Psychiatry On Line Brazil**, [s.l.], set. 1997. Disponível em: <<http://www.priory.com/psych/perigo.htm>>. Acesso em: 18 out. 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. ISBN 85-203-1810-X.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001. ISBN 85-224-3036-5.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. ISBN 85-203-3033-3.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. ISBN 85-7348-270-2.

UNICEF. **As crianças têm direitos**. Portugal, [200-?], Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111&m=2>>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. Mapa Múndi da Maioridade Penal. In: ASSUNÇÃO, José Ribamar da Costa. Responsabilidade social do jovem e maioridade penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1397, abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9809>>. Acesso em: 18 out. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. ISBN 978-85-203-3107-1.