



GABRIELLA GONZÁLEZ JATOBÁ

**ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS CONCERNENTES À POSSIBILIDADE
DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL**

Salvador

2020

GABRIELLA GONZÁLEZ JATOBÁ

**ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS CONCERNENTES À
POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL**

Artigo apresentado ao curso de graduação da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharelado em Direito.

Orientador: Professor Jader Veloso Costa

Salvador

2020

ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS CONCERNENTES À POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Gabriella González Jatobá¹

Jader Veloso Costa²

RESUMO: A discussão sobre a possibilidade de redução da maioria penal no Brasil tem sido bastante recorrente, principalmente no âmbito jurídico, o qual tem trazido propostas para que isso seja efetivado. Com o passar do tempo o número de atos infracionais cometidos pelos jovens menores de 18 anos, tem aumentado no país, demonstrando a necessidade de mudanças na legislação com o intuito de acompanhar a atual realidade em que se encontra. Esse trabalho tem o objetivo de identificar qual teoria foi utilizada nas Propostas de Emenda à Constituição nº 04 e 32 para fundamentar a possibilidade de redução da maioria penal no Brasil. O procedimento metodológico utilizado foi estudo bibliográfico sobre as teorias da culpabilidade e sobre as justificativas apresentadas em cada PEC para a realização das modificações propostas. Com esse estudo foi possível verificar que a teoria utilizada pelas PEC para fundamentar a possibilidade da redução da maioria penal no Brasil foi a Teoria Limitada Pura, uma vez que trata-se da mudança no critério para identificar a existência de imputabilidade no caso concreto, elemento próprio dessa teoria.

Palavras-chaves: Redução da maioria penal; PEC; Jovens infratores; Culpabilidade.

ABSTRACT: The discussion about the possibility of reducing the criminal majority in Brazil has been quite recurrent, especially in the legal sphere, which has brought proposals for this to be effective. Over time, the number of infractions

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: gabriella.jatoba@ucsal.edu.br

² Orientador Professor da Universidade Católica do Salvador. E-mail: jadercosta@gmail.com

committed by young people under 18 years of age has increased in the country, demonstrating the need for changes in legislation in order to keep up with the current reality in which it is located. This work aims to identify which theory was used in Proposals for Amendment to Constitution No. 04 and 32 to support the possibility of reducing the criminal majority in Brazil. The methodological procedure used was a bibliographic study on the theories of culpability and on the justifications presented in each SGP for the proposed modifications. With this study it was possible to verify that the theory used by the PEC to support the possibility of reducing the criminal majority in Brazil was the Pure Limited Theory, since it is the change in the criterion to identify the existence of imputability in the concrete case, an element specific to this theory.

Keywords: Reduction of criminal majority; PEC; Young offenders; Guilt.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	06
2. TEORIAS DA CULPABILIDADE	
2.1. Teoria Psicológica da Culpabilidade	09
2.2. Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade	11
2.3. Teoria Normativa Pura da Culpabilidade	13
2.3.1. Teoria Limitada	14
2.3.2. Teoria Extremada	15
2.3.3. Elementos da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade	16
3. PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO	
3.1. PEC nº 04	18
3.2. PEC nº 32	19
4. TEORIAS ADOTADAS PELAS PEC Nº 04 E 32	21
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	24

1. INTRODUÇÃO

A maioria penal é um instrumento de política criminal, responsável por definir qual é a idade em que o indivíduo já possui capacidade para responder pela violação da lei penal. Isso vem sendo amplamente discutido, uma vez que com o passar do tempo, a sociedade vem mudando e conseqüentemente a maturidade vem surgindo mais cedo na vida das pessoas.

Em vários países, a maioria penal tem sido entendida e previstas de diversas formas. Na Inglaterra, por exemplo, a responsabilidade penal inicia-se a partir dos 10 anos, sendo que a privação de liberdade só é permitida depois dos 15. Isso ocorre, pois a legislação inglesa possui duas categorias que são a “*Child*”, que engloba os jovens de 10 a 14 anos e a “*Young Person*” que engloba aqueles que possuem entre 14 a 18 anos, onde é aplicada a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade distinta das penas que são destinadas aos adultos. Além disso, existe também a faixa etária de 18 a 21 anos que assim como as categorias anteriores, possuem atenuantes em relação as penas aplicadas.

No Brasil, em contrapartida, atinge a maioria penal aqueles que possuem mais de 18 anos de idade, com previsão legal em três diferentes legislações, sendo elas: art. 228 da Constituição Federal de 1988, art. 27 do Código Penal e no art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todas essas normas expressam que ao alcançar essa idade, a pessoa já possui entendimento suficiente para ser responsabilizada pelas condutas praticadas na vida civil, sendo consideradas pelo Direito como imputáveis, ou seja, capazes de entender o caráter ilícito do fato. Dessa maneira, todos aqueles que possuírem menos de 18 anos, pela legislação em vigor, são considerados inimputáveis, incapazes de responder penalmente pelos delitos cometidos, estando, portanto sujeitos apenas às medidas socioeducativas previstas pela lei.

Esse entendimento decorre da culpabilidade, que é conceituada como um juízo de reprovação, o qual reincide sobre o autor de determinado fato típico e antijurídico. Ele poderá ser elemento do crime ou requisito para aplicação da pena, dependendo da teoria que foi dotada. No caso do Brasil, ela é apenas um requisito a ser considerado para a aplicação da pena, pois a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é a normativa pura limitada, a qual entende que as excludentes podem

acontecer por erro de tipo ou por erro de proibição, dependendo do tipo de situação aonde recaia o engano, ou seja, sobre o fato concreto ou sobre os limites da excludente.

No entanto, com o aumento do número de delitos praticados por menores de 18 anos, muitas discussões tem surgido em relação a possibilidade de redução da maioria penal no país, o que ocasionou o advento no Senado Federal de duas Propostas de emenda à Constituição, as quais tem o objetivo de alterar o art. 228 da Constituição Federal, reduzindo a maioria penal de 18 para 16 anos idade com o intuito de diminuir a prática de atos infracionais cometidos pelos jovens menores de idade. Diante disso, vem à mente a seguinte pergunta: Quais as teorias que estão sendo utilizadas por estas PEC para fundamentar a redução da maioria penal?

Objetivando encontrar uma solução adequada para esse questionamento, esse trabalho acadêmico tem como objetivo geral analisar o teor as Propostas de Emenda à Constituição nº 04 e nº 32 de 2019, com a finalidade de identificar quais são as teorias que foram utilizadas para fundamentar a possibilidade de realizar a redução de 18 pra 16 anos da maioria penal no Brasil, visto que muitos acreditam que essa redução é a melhor maneira de diminuir o número de delitos praticados pelos jovens que possuem idade inferior a aquela prevista na legislação vigente.

Para chegar ao objetivo geral será feita uma análise específica do instituto da culpabilidade e as suas cinco principais teorias, as quais possuem as seguintes denominações: Teoria Psicológica, Teoria Psicológico-Normativa e Teoria Normativa Pura, a qual é dividida em mais duas teorias, a Limitada e a Extremada, a fim de compreender melhor o que cada uma deles defende e também como se caracteriza a responsabilidade penal brasileira.

Com o aumento da criminalidade, principalmente em relação ao número de delitos praticados pelos menores de 18 anos, conforme o rol de justificativas das PEC nº 04 e nº 32 de 2019, existe a necessidade de avaliar a possibilidade de reduzir a maioria penal no Brasil com o intuito de mudar essa realidade. Por esse motivo, encontram-se em trâmite no Senado as PEC citadas acima, que buscam alterar o teor do art.228 da CF/88, modificando a idade prevista de 18 para 16 anos. Essa discussão é importante para o Direito visto que a CF/88 e o CP não sofreram nenhuma mudança que acompanhasse a realidade atual do país, sendo essa portanto a justificativa acadêmica para a escolha desse tema. Já a justificativa pessoal, vem do fato de que o interesse em tratar sobre esse assunto surgiu ao assistir uma aula na faculdade

sobre a teoria da culpabilidade e as inúmeras ocorrências noticiadas na mídia televisiva, culminado, portanto na elaboração do presente Artigo Científico.

O Tipo de Investigação escolhida para a elaboração desse trabalho é a Investigação Pura, uma vez que a finalidade desse artigo científico é apenas verificar quais são as Teorias da Culpabilidade utilizadas pelas PEC nº 04 e 32 como fundamento para a possibilidade de redução da maioria penal no Brasil, inexistindo, portanto, o interesse em solucionar qualquer problema existente nos documentos jurídicos em questão.

A Natureza da Investigação é Exploratória e Descritiva. A Investigação é Exploratória, pois busca-se analisar as Propostas de Emenda à Constituição a luz das teorias da Culpabilidade, afim de responder a problemática do tema proposto. Também é descritiva, uma vez que tem por finalidade descrever as 5 principais teorias da culpabilidade, afim de identificar aquelas que são utilizadas para fundamentar a possibilidade de redução da maioria penal no Brasil.

O Método de Investigação utilizado é o Método Hipotético-Dedutivo, ou seja, análise das teorias, conjecturas e hipóteses afim de responder a problemática, que nada mais é do que, identificar as Teorias da Culpabilidade utilizadas como fundamento pela PEC nº 04 e 32 para a ocorrência da redução da maioria penal no Brasil.

O Tipo de Pesquisa escolhido é a Pesquisa Bibliográfica, ou seja, elaboração do artigo científico através de matéria já publicado, como por exemplo livros doutrinários sobre Direito Penal e principalmente aqueles que tratem sobre as Teorias da Culpabilidade, e também documental, utilização de documentos jurídicos, ou seja as PEC nº 04 e 32, as quais não receberem nenhum tratamento analítico.

A Técnica de Pesquisa utilizada é a Técnica de coleta de dados também denominada de Técnica Indireta de Pesquisa, ou seja, análise dos documentos jurídicos considerados como fonte primária, sendo eles as Propostas de Emenda à Constituição e as Teorias da Culpabilidade por meio de pesquisa bibliográfica e chamada portanto, de fonte secundária.

Por fim, a Abordagem de Pesquisa escolhida é a Abordagem Qualitativa, uma vez que busca-se com esse trabalho científico compreender e avaliar o objeto de pesquisa, ou seja, demonstrar o desenvolvimento interpretativo dos dados obtidos, afastando portanto a existência de hipóteses e perguntas pré-concebidas. Além disso,

vale ressaltar que nesse trabalho, o pesquisador influencia e é influenciado pelo fenômeno pesquisado, o que justifica o tipo de abordagem escolhida.

2. TEORIAS DA CULPABILIDADE

A culpabilidade, considerada por Cezar Roberto Bitencourt (2019, p.448) como categoria sistemática do delito, ao longo do tempo recebeu várias conceituações, trazidas por três teorias distintas, sendo elas: Teoria Psicológica da Culpabilidade, Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade e Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, que ainda se subdivide em mais duas teorias (Limitada e Extremada).

Isso mostra portanto que a culpabilidade sofreu uma evolução em seu entendimento, o qual será demonstrado ao longo deste tópico a partir do estudo detalhado de cada uma das teorias acima citadas, esclarecendo todas as modificações sofridas por essa categoria. Além disso, será explicada também os elementos que compõe a culpabilidade, os quais surgiram com o advento da Teoria Normativa Pura.

2.1) Teoria Psicológica da Culpabilidade

A Teoria Psicológica da Culpabilidade, também conhecida como Causalista, considera a culpabilidade como uma relação subjetiva entre o autor e o fato, ou seja, é a existência de um vínculo psicológico subjetivo que une o autor ao resultado produzido por sua respectiva ação.

Para entender melhor essa teoria, é necessário a compreensão de que dentro da concepção psicológica, o dolo e culpa eram considerados como as duas únicas espécies de culpabilidade, sendo portanto sua totalidade, uma vez que para essa teoria, a culpabilidade não possuía nenhum outro elemento constitutivo, adotando como único pressuposto a imputabilidade, a qual era considerada como a capacidade do indivíduo ser culpável pelos atos cometidos. Essa concepção, era derivada da distinção entre externo e interno, a qual é explicada por Cezar Roberto Bitencourt (2019, p.457) em seu livro Tratado de Direito de Direito Penal, da seguinte forma:

De um lado, a parte exterior do fato punível – aspecto objetivo -, que era representada, primeiramente, pela antijuridicidade e, posteriormente, também pela tipicidade, e, de outro lado, sua parte interior, isto é, seus componentes psíquicos – aspecto subjetivo -, representada pela culpabilidade (BITENCOURT; 2019, p. 454, grifo do autor)

Logo, essa teoria entende que, a culpabilidade, é um elo entre o agente e o fato criminoso, o qual possui natureza anímica e psíquica, contendo portanto, apenas elementos considerados subjetivos. Possui opinião similar o autor Guilherme de Souza Nucci, que em seu livro intitulado Curso de Direito Penal, parte geral, explica que:

[...] para essa corrente, ao praticar o fato típico e antijurídico (aspectos objetivos do crime) somente se completaria a noção de infração penal se estivesse presente o dolo ou a culpa, que vincularia, subjetivamente, o agente ao fato por ele praticado (aspecto subjetivo do crime).” (NUCCI, Guilherme, 2019, p.446)

Desta forma, a culpabilidade, é para essa teoria, um elemento do crime de grande importância, uma vez que possui com aspectos subjetivos o dolo e a culpa.

A teoria Psicológica da Culpabilidade, portanto, entende que só seria possível afastar a culpabilidade caso exista o erro, o qual é responsável por extinguir o elemento intelectual, ou a coação, causa responsável por excluir o elemento volitivo do dolo, o qual, para essa teoria possui incidência apenas da vontade e da previsão, elementos puramente psicológicos, é o que explica Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 454). Além disso, Guilherme de Souza Nucci (2019, p.446) também afirma, que “a imputabilidade penal é, apenas, pressuposto de culpabilidade, portanto somente se analisa se alguém age com dolo ou culpa, caso se constate ser essa pessoa imputável (mentalmente sã e maior de 18 anos).”

Essa Teoria foi considerada dominante em boa parte do século XIX e do século XX, sendo superada pela Teoria Psicológico-Normativa, pois com o passar do tempo a Teoria Psicológica passou a apresentar falhas significativas. A principal falha identificada nesta teoria, segundo Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 446) é o fato de que, por conta da não realização de um juízo de valor acerca da conduta típica e antijurídica, é impossível demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa. A justificativa para isso, Guilherme de Souza Nucci também revela no seguinte trecho retirado do seu livro Curso de Direito Penal, Parte Geral:” Assim, aquele que é

imputável e atua com dolo, por exemplo, ainda que esteja sob coação moral irresistível, poderia ser considerado culpável, o que se afigura ilógico” (NUCCI, 2019, p.446).

Outra falha existente na Teoria Psicológica é a dificuldade de demonstrar de maneira satisfatória a existência de gradualidade da culpabilidade, ou seja, segundo Cezar Roberto Bitencourt, aa ocorrência de causas que possibilitem a exclusão ou diminuição da responsabilidade penal, como é o caso do seguinte exemplo mencionado por ele em seu livro Tratado de Direito Penal:

[...] por exemplo, estado de necessidade exculpante, emoções, embriaguez, enfim, as causas de exculpação, onde a presença do dolo é evidente. Ocorre que, nessas circunstâncias, isto é, na exculpação, apesar da existência de nexos psicológico entre o autor e o resultado, representado pelo dolo, não há culpabilidade. Esse aspecto somente poderia ser explicado se renunciasse à identificação da culpabilidade como vínculo psicológico entre o autor e o seu ato. (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2019, p.456)

Devido a evidente escassez comprovada da Teoria Psicológica da culpabilidade, visto que a culpabilidade nesta teoria não possui uma conceituação, mas apenas um dos seus elementos, tornou-se impossível evitar o advento de um conceito mais integral de culpabilidade, o qual é denominado de Psicológico-normativo, pelo fato de preservar alguns elementos de natureza psicológica.

2.2 Teoria Psicológico-Normativa

A Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade tem como principal precursor, Reinhard Frank, o qual é considerado como fundador dessa teoria. Frank trouxe com essa teoria uma nova concepção de culpabilidade, que na Teoria Psicológica não existia, ou seja, passou a considerar a culpabilidade como uma reprovabilidade, sem afastar dela o dolo e culpa. Além disso, Frank também foi o primeiro a indicar que o aspecto psicológico em evidência no dolo e na culpa não define a totalidade do conteúdo da culpabilidade, a qual deverá ser passível também de reprovabilidade.

Outro autor importante no surgimento dessa teoria foi James Goldschmidt (1930), o qual citado por Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 457), afirmou que “o fundamento do conceito normativo de culpabilidade deve ser buscado na diferença que há entre “norma jurídica” e “norma de dever””. James (1930), citado por Cezar

Roberto Bitencourt (2019, p.457), diferenciava norma jurídica e norma de dever, explicando que “a norma jurídica relaciona-se com o injusto, sendo de caráter objetivo e geral; a norma de dever, por sua vez, relaciona-se com a culpabilidade, sendo de caráter subjetivo e individual”.

Logo, fica evidente, que para Goldschmidt, a culpabilidade sendo modalidade do fato antijurídico, o que possibilita a sua condução à uma motivação reprovável. Além dos autores já citados, podemos citar também Freudenthal, todos esses trouxeram com essa teoria, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2019, p.458), “um critério de caráter eticizante e de nítido cunho retributivo”. Diante disso, é possível observar, que o dolo e a culpa na Teoria Psicológica-Normativa, deixaram de ser caracterizados como espécies da culpabilidade, passando a serem considerados elementos da culpabilidade, porém não são exclusivos, uma vez que ainda necessita de alguns outros elementos para atingir uma certa perfeição. Segundo essa teoria, portanto, o dolo poderá existir sem que haja a culpabilidade, como pode ser observado nos casos em que exista causas de exculpação, ou seja, a conduta, apesar de ser dolosa não será censurável, visto que existe por exemplo uma legítima defesa.

Ademais, os elementos da culpabilidade segundo a Teoria Psicologico-Normativa são a imputabilidade, que ao invés de ser pressuposto da culpabilidade, passou a ser um de seus elementos; Dolo e culpa que também passaram a ser elementos; e a exigibilidade de outra conduta, que segundo Cezar Roberto Bitencourt (2019, p.459), é o “poder agir de outro modo”. Desta mesma maneira, entende Guilherme Nucci, que no seu livro Curso de Direito Penal, traz o seguinte entendimento:

[...] Dando ênfase ao conteúdo normativo da culpabilidade, e não simplesmente ao aspecto psicológico (dolo ou Culpa), acrescentou-se o juízo de reprovação social ou de censura que se deve fazer em relação ao autor de fato típico e antijurídico, quando considerado imputável (a imputabilidade passa a ser elemento da culpabilidade e não mero pressuposto), bem como se tivesse agido com dolo (que contém a consciência da ilicitude) ou culpa, além de haver prova da exigibilidade e da possibilidade de atuação conforme as regras do direito. (NUCCI, Guilherme, 2019, p.447)

Por fim, a Teoria Psicológico-Normativa da culpabilidade, com o tempo passou a apresentar algumas falhas, dentre elas podemos citar, o elemento da consciência da ilicitude, o que causou sérios problemas, uma vez que para essa teoria, o que importava primeiramente para a censura era a personalidade do agente, ou seja, seu

caráter, ou sua conduta social, ficando o fato da prática de determinado ato por ele e a forma como foi realizado, em segundo plano. Por conta disso, segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Toda vez que perdemos de vista uma certa objetividade, ou seja, o fato em si, e nos detivermos fundamentalmente no autor do fato, surge a possibilidade bastante grande de aumentar o arbítrio estatal, ocorrendo um enfraquecimento das garantias individuais. (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2019, p. 460)

Por conta dos impasses que a Teoria Psicológico-Normativa apresentava ao longo do tempo, acabou sendo superada pela Teoria Normativa Pura, a qual tinha como base a Teoria Finalista, ganhando importância e domínio no continente europeu e na América Latina.

2.3 Teoria Normativa Pura da culpabilidade

A Teoria normativa Pura tem como base a teoria finalista. Com o advento dessa teoria, surgiu um novo entendimento, ou seja, o dolo e a culpa passaram a fazer parte do tipo penal, modificando a culpabilidade, visto que a partir disso, ela passou a está concentrada apenas nas circunstâncias relativas a reprovabilidade da conduta divergente do Direito, ficando o objeto da ação enquadrado no próprio injusto.

Portanto, é possível verifica que a Teoria Normativa Pura passou a classificar o tipo penal em tipo doloso ou culposos, sendo o dolo e culpa não mais considerados espécies, entendimento pertencente a Teoria Psicológica, ou elementos da culpabilidade como era entendido pela Teoria Psicológico-Normativa, apenas tornou-se um componente da ação. Com isso, o fundamento da Teoria Normativa Pura da culpabilidade é que só será possível realizar um juízo de culpabilidade para com o autor, caso a ele seja possível o reconhecimento do injusto, estando o seu proceder de acordo com esse conhecimento.

Logo, a conduta para essa teoria é algo corpóreo, o qual é praticado de maneira consciente e voluntária, possuindo portanto, uma finalidade, ou seja, quando o indivíduo pratica um determinado ato, ele será analisado com a finalidade de determinar se ele é culposos ou doloso. Por isso, para fazer a correta tipificação de determinada conduta, é necessário uma correta análise da finalidade da ação ou da omissão praticada pelo agente, além de identificar a existência de dolo ou culpa, visto que são elementos da tipicidade e não da culpabilidade.

A Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, entende portanto, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 468), que “A responsabilidade pelo fato (primeiro grau de atribuíbilidade) é requisito mínimo para a medida de segurança, enquanto que a aplicação de pena requer a presença indispensável da culpabilidade (segundo grau da atribuíbilidade)”. O primeiro grau de atribuíbilidade, também chamado de responsabilidade pelo fato é o não cumprimento das exigências atribuídas ao homem pela Lei, ou seja, é o proceder do indivíduo na sociedade de maneira diferente dos outros.

Por sua vez, o segundo grau de atribuíbilidade é a culpabilidade, a qual possui um certo envolvimento com a responsabilidade pelo fato, analisando de maneira específica, se o indivíduo é imputável, ou seja, possui a capacidade de entender o teor antijurídico da conduta praticada. Logo, a culpabilidade neste caso é um juízo de reprovação social, conforme verifica-se no trecho do livro de Guilherme de Souza Nucci, que diz o seguinte:

[...] Nessa ótica, a culpabilidade é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato típico e antijurídico e seu autor, agente esse que precisa ser imputável, ter agido com consciência potencial da ilicitude (esta não mais inserida no dolo) e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o direito. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2019, p. 447)

Diante disso, a culpabilidade possui de acordo com Teoria Normativa Pura, três elementos, sendo eles: Imputabilidade, Consciência da Ilcitude e Inexigibilidade de Conduta Diversa, os quais serão analisados separadamente e de maneira específica a seguir. Além disso, a Teoria Normativa Pura é subdividida em mais duas teorias, a Teoria Extremada e a Teoria Limitada, as quais também serão analisadas nos próximos tópicos.

2.3.1 Teoria Limitada da Culpabilidade

A Teoria Limitada da Culpabilidade é uma variação da Teoria Normativa Pura. Para essa teoria, segundo Fernando Capez (2020, p.) quando o erro incidir sobre a situação de fato, ou seja uma discriminante putativa, ele será considerado erro de tipo. Entretanto, quando o erro incidir sobre a existência ou limites de uma causa de justificação, ele será caracterizado como erro de proibição.

Essa teoria é a adota pelo Código Penal Brasileiro, uma vez que ele adota as duas formas básicas do erro, conforme previsão no rol de motivos nº 17, o qual prevê o seguinte:

É todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirritum). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade”. (BRASIL, Código Penal, 2020, p.466)

Diante disso, é possível verificar que toda a Legislação penal Brasileira vigente está baseada no entendimento trazido pela Teoria Normativa Pura Limitada da Culpabilidade, a qual prevê como é analisada a culpabilidade pela Lei Penal Brasileira.

2.3.2 Teoria Extremada da Culpabilidade

Assim como a Teoria Limitada, a Teoria Extremada da Culpabilidade, também conhecida como Teoria Estrita, é uma variação da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, apenas divergindo da Limitada em relação ao tratamento das discriminantes putativas.

Essa teoria, a qual é representada no Brasil por Alcides Munhoz Neto e Mayrink da Costa, entende que toda espécie de discriminante putativa, sendo ela tanto sobre limites autorizadores da norma, ou seja por erro de proibição, quanto incidente sobre situação fática pressuposto de uma causa de justificação, neste caso erro de tipo, será sempre caracterizada como erro de proibição. Diante disso, segundo Munhoz Neto citado por Fernando Capez (2020, p.420) “evita-se desigualdade no tratamento de situações análogas”.

2.3.3 Elementos da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Como já citado acima, a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, é composta por três distintos elementos: a Imputabilidade (elemento antropológico), a Consciência

da Illicitude (elemento caracteriológico) e a Inexigibilidade de Conduta Diversa (elemento categorial).

A imputabilidade, considerada como elemento antropológico, é a capacidade de querer e entender, ou seja, aptidão para ser culpável. Segundo Welzel, citado por Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 468), “a culpabilidade é a reprovabilidade do fato antijurídico individual e o que se reprova “é a resolução da vontade antijurídica em relação ao fato individual””. Para a análise da imputabilidade é necessário observar a existência de alguns elementos, os quais são: o elemento etiológico (estudo da origem), elemento criminológico (estudo do tempo), elemento consequencial (estudo da consequência em razão da prática do ato) e o elemento quantitativo.

O responsável por fazer essa análise e verificar a existência desses elementos é o psiquiatra Forense, o qual vai analisar de maneira detalhada o indivíduo para saber se ele é imputável, ou seja capaz de entender a antijuridicidade do fato e querer praticá-lo. A partir dessa análise o indivíduo será enquadrado em um dos grupos da imputabilidade. O primeiro grupo é dos indivíduos imputáveis, sob os quais será aplicada pena, uma vez que são considerados capazes de entender a ilicitude do fato. O segundo grupo, por sua vez, é composto pelos inimputáveis, aqueles que não possuem capacidade para entender a ilicitude do fato, com previsão nos art. 27, do Código Penal, o qual traz a seguinte determinação: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1984), sendo aplicada nesses casos a medida de segurança.

O terceiro e último grupo é composto pelos Semi-inimputáveis, ou seja, aqueles que são parcialmente capazes de entender o teor ilícito do fato, como por exemplo os doentes mentais, que quando não estão em crise psicótica, conseguem entender a ilicitude do fato. Entretanto, quando estão em crise, ou seja, com todos os sintomas da doença mental que possui, passa a não ter capacidade de entender e reconhecer a ilicitude do fato, tornando-se inimputável. Esse é o entendimento do Direito Penal, previsto no art. 26 do CP, o qual traz a seguinte determinação:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1984)

O Brasil, com o objetivo de dar o correto tratamento, criou o Sistema Vicariante, o qual determina que poderá ser aplicado ao semi-inimputável, a pena ou medida de segurança, conforme a avaliação feita pelo Psiquiatra Forense, que analisará a existência dos 4 elementos acima citados, para escolher então a sanção cabível.

Outro elemento da Culpabilidade é a Consciência da Ilicitude do Fato também conhecido como possibilidade de conhecimento do fato, o qual é chamado de elemento caracteriológico. Está previsto no Código Penal (BRASIL, 1984) art. 21, CAPUT, que “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta pena; se evitável, poderá diminuir-la de um sexto a um terço”, ou seja, a lei presume que todos são culpáveis, sendo que caso o erro seja inevitável, o indivíduo será isento de pena, e caso o erro seja evitável o indivíduo terá sua pena reduzida de um sexto a um terço, como se verifica no parágrafo único do próprio art. 21, o qual determina o seguinte: “Parágrafo único – Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias ter ou atingir essa consciência” (BRASIL, 1984)

Diante disso, segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves (2019, p. 108), o erro inevitável sobre a ilicitude do fato, a que se refere o art.21, é o erro de proibição, o qual afasta do agente a consciência da ilicitude, excluindo conseqüentemente a culpabilidade e a aplicação de pena. Logo, não há a existência de uma relação com o desconhecimento, ou seja, é referente apenas ao erro sobre a ilicitude do fato, o que pode ser verificado também no seguinte trecho:

[...] o agente conhece a lei, mas se equivoca, entendendo que determinada conduta não está englobada por ela. Há uma errada compreensão acerca do significado da norma. O agente tem perfeita compreensão do fato, mas entende que este é ilícito. (GONÇALVES, Victor Eduardo rios, 2019, p. 108)

Em contrapartida, caso ocorra erro de tipo, existirá erro quanto ao próprio fato, ou seja, o objeto alheio é próprio, como por exemplo, a mulher casada é solteira, ou o homem é um animal, entre outros. Em outras palavras, o erro de tipo é o erro evitável, o qual ao invés de excluir a culpabilidade, vai diminuir a pena.

Por fim, o último elemento da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, o qual tem como fundamento o princípio de que as condutas puníveis são aquelas possíveis de se evitar, logo, sendo inexigível ao indivíduo uma conduta diversa da que ele praticou, a culpabilidade será excluída, não aplicando portanto a pena. É possível

verificar que, segundo Fernando Capez citado por Victor Eduardo Rios Gonçalves (2019, p.108) “a inevitabilidade não tem a força de excluir a vontade, que subsiste como força propulsora da conduta, mas certamente a vicia, de modo a tornar incabível qualquer censura ao agente”.

Ademais, a inexigibilidade de conduta diversa, só poderá ser excluída apenas em caso de incidência dos seguintes motivos: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, ambas previstas pelo art. 22 do Código Penal, que determina o seguinte: “Art.22 – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestadamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem” (BRASIL, 1984).

Todos esses elementos são de grande importância para identificar a existência da culpabilidade, uma vez que o indivíduo só será punível caso seja verificado a existência de todos elementos citados e explicados anteriormente, podendo cominar em aplicação de pena ou medida de segurança conforme o caso concreto.

3. PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Atualmente, vem sendo amplamente discutido no âmbito jurídico a possibilidade de redução da maioria penal no Brasil, com o intuito de acompanhar a atual realidade do país. Diante disso, o Senado Federal recebeu em 2019 duas Propostas de Emenda à Constituição, que buscam alterar o art. 228 da Constituição Federal, o qual prevê que a maioria penal é alcançada pelo indivíduo ao completar 18 anos. Por isso, será trazido neste tópico um estudo detalhado sobre essas duas propostas, explicando o rol de justificativas de cada uma delas, afim de entender os fundamentos que os autores de tais propostas utilizaram para justificar tal modificação.

3.1 Proposta de Emenda à Constituição nº 04

No dia 12 de fevereiro de 2019, o Senado Federal recebeu a Proposta de Emenda à Constituição nº 04, de autoria do Senador Márcio Bittar. Essa PEC tem por objetivo modificar o teor do art. 228 da Constituição Federal de 1988, o qual determina

que os indivíduos com menos de 18 anos de idade são penalmente inimputáveis, estando sujeitos às normas da legislação especial. Logo, serão imputáveis, ou seja penalmente capazes de sofrer punição pelos crimes cometidos, todos aqueles que possuem idade a partir de 18 anos. Essa proposta visa reduzir a maioridade penal de 18 para 16 anos de idade, com a finalidade de reduzir a violência, hoje em alta no país.

Essa mudança justifica-se primeiramente pelo fato de que tem aumentado no Brasil o número de crimes principalmente com causa mortis, sendo que, segundo o rol de justificativas dessa PEC apenas 8% dos homicídios são desvendados, o que nos mostra que 92 % desses homicídios ficam impunes pelo fato da impossibilidade de determinar a autoria desses homicídios. Além disso, é comum ouvir tanto a mídia quanto os discursos políticos afirmarem que o infrator é vítima da sociedade em que vive, da polícia e do sistema carcerário, tirando dele a responsabilidade pelo crime cometido e culpando a polícia pelo grande número de mortes de pobres e negros.

Entretanto, o culpado pelo aumento do número de mortes no Brasil, é o narcotráfico, o qual é praticado pelas facções criminosas com muita violência e assassinatos dos jovens pobres residentes da periferia das cidades brasileiras. Essas facções utilizam de jovens menores de idade para a prática de seus crimes, pois sabem que caso sejam pegos pelo polícia, não serão presos, visto que a legislação em vigor determina que apenas os maiores de 18 anos são penalmente puníveis, o que de certa maneira encobre todos crimes praticados por essas facções.

O Código Penal, vale ressaltar, não consegue controlar de maneira total a velocidade com que tem aumento da violência no país, visto que para sua elaboração foram utilizados fundamentos psicológicos e sociais da década de 1940, os quais não se adequam nos dias de hoje. Além disso, os jovens da atualidade são completamente diferentes, ou seja, com o surgimento e evolução da tecnologia, Segundo Marcio Bittar (2019, p.3) têm sido mais fácil a esses jovens o acesso de informações, modificando mentalidades e tornando-os capazes de avaliar as suas condutas conforme o previsto nas leis. Por isso, é necessário que as leis sejam eficazes segundo a realidade atual brasileira.

Diante disso, de acordo com o teor das justificativas da PEC nº04, se o jovem de 16 anos de idade possui capacidade para eleger através do voto, seus representantes, conforme art. 14 da Constituição Federal, poderia também ser responsabilizado pelas condutas ilícitas praticadas. Infelizmente, esse contrassenso

existe e precisa ser extinto, ou seja, é necessário que haja uma modernização na legislação para que ela possa acompanhar de forma adequada a evolução da sociedade e então contribuir para a diminuição da violência hoje existente.

3.2 Proposta de Emenda à Constituição nº 32

Além da PEC nº 04 descrita acima, o Senado também recebeu no dia 26 de março de 2019 a Proposta de Emenda à Constituição nº 32, elaborada pelo Senador Flávio Bolsonaro. Essa PEC tem por objetivo, além de modificar o art. 228, CAPUT da Constituição Federal de 1988, alterando a maioridade penal de 18 para 16 anos, incluir o parágrafo 1º, o qual vai passar a determinar que a idade que trata o CAPUT vai ser de 14 anos se os jovens praticarem crimes considerados hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, organização criminosa, associação criminosa e outros previstos em lei.

Foi feita essa propositura, pois não existe nenhum tipo de norma que busque punir de maneira mais severa as ações criminosas praticadas pelos menores de idade. Vale lembrar que maioridade penal e responsabilidade penal possuem sentidos distintos, ou seja, a maioridade penal é a idade em que o indivíduo já possui maturidade para ser responsabilizado penalmente cometidos conforme a legislação penal vigente. Por sua vez, a responsabilidade penal refere-se ao dever de responder por todos os delitos que tenham previsão de sanções aplicáveis a cada caso concreto, podendo ela incidir inclusive, sobre um indivíduo que tenha idade inferior a 18 anos e que consequentemente sofre uma pena diferenciada.

Entretanto, no Brasil, essa distinção causa confusão, visto que a própria Constituição Federal não diferencia responsabilidade penal de maioridade penal, pois nela há a previsão de que os menores de 18 anos são inimputáveis, ou seja, não podem ser responsabilizados penalmente pelas condutas praticadas. Diante disso, é possível observar que essa determinação, datada de 1940, não tem acompanhado a evolução da sociedade, perdendo ao longo do tempo sua eficácia.

Isso ocorre, pois, com a evolução da tecnologia e o acesso com mais facilidade as informações, os jovens e adolescentes tem adquirido uma nova mentalidade, tornando-se capazes de avaliar suas próprias condutas conforme a Legislação em vigor. Diante disso, segundo Flávio Bolsonaro (2019, p. 4), responsabilizar

penalmente a partir dos 14 anos de idade em casos de práticas de crimes considerados de grande gravidade, como por exemplo aqueles definidos como hediondos, organização criminosa e associação para prática de crimes, não pode ser considerada como um exagero, uma vez que “[...] ao anuir para a prática de fatos tão graves não há como negar que houve a conjunção de consciência e vontade para pautar sua conduta”.

Além disso, outro argumento presente no rol de justificativas dessa PEC, é o fato de que se um jovem com 16 anos possui capacidade para eleger seus representantes por meio do voto, conforme art. 14 da Constituição Federal, ele também poderia ser responsabilizado pelas condutas ilícitas praticadas, porém esse paradoxo ainda não foi dirimido.

Vale lembrar que, como os adolescentes tem a consciência de que não serão presos, sentem uma maior liberdade para cometer crimes, algo que ocorre de maneira frequente nas cidades brasileiras e que são noticiados pela mídia televisiva. Por isso, segundo a PEC nº 32 a aplicação de sanção aos jovens que possuem idade de 14 anos para delitos considerados graves, contribuirá para uma diminuição da quantidade de crimes praticados pelo mesmos, uma vez que a não punição colabora para que condutas criminosas venham ocorrer.

Ademais, a redução da maioridade penal para 16 anos também é vital, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação específica que trata sobre os direitos e deveres dos adolescentes e das crianças, não são suficientes. O ECA, estabelece punição máxima de 3 anos de internação para todos os menores infratores, inclusive aqueles que cometeram crimes considerados hediondos pela lei. Ocorre que ao completar 18 anos sem ser considerado reincidente, e como não podem ser condenados, da mesma maneira que os adultos, acabam por ter a ficha limpa ao atingir a maioridade prevista por lei, algo que é visto hoje em dia como uma falha no sistema.

Portanto, é necessário, segundo o rol de justificativas da PEC que a redução da maioridade de 18 para 16 e em casos de prática de crimes considerados hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, organização criminosa e associação criminosa, de 18 para 14 anos, uma vez que essa decisão envolve inúmeros elementos de cunho jurídico, social psicológico, econômico, ideológico e de segurança pública.

4. TEORIA ADOTADA PELAS PEC Nº 04 E 32

As PEC nº 04 e 32 adotam como fundamento para justificar a possibilidade de redução da maioridade penal no Brasil, a Teoria Normativa Pura, visto que tem por objetivo modificar a maioridade penal, ou seja capacidade de responder pelas condutas ilícitas praticadas, elemento da Teoria Normativa Pura conhecido com imputabilidade.

Tanto para a PEC nº 04 quanto para a PEC nº 32, o art. 228, CAPUT, o qual prevê que são inimputáveis os menores de 18 anos de idade, não está sendo eficaz no combate ao aumento do número de casos de crimes praticados pelos jovens e adolescentes, pois como os jovens com menos de 18 anos são considerados por lei inimputáveis, não respondem pelas condutas ilícitas cometidas, sofrendo a penas medida de segurança. Ademais, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê para os menores infratores, inclusive aqueles que cometeram crimes de grande gravidade, punição máxima de três anos de internação, determinação essa que também é ineficaz, pois como não podem ser condenados, ao alcançar a maioridade acabam ficando com a ficha limpa e livres para cometerem novos atos infracionais, já que a punição é mais branda.

Vale salientar que com o avanço da tecnologia os jovens da atualidade mudaram suas mentalidades, passando a ter capacidade de avaliar suas ações de acordo com a lei, existindo portanto a conjunção de consciência e vontade para disciplinar sua conduta. Com isso, tornou-se necessário modificar a idade em que o indivíduo é considerado inimputável afim de acompanhar as mudanças da sociedade ao longo do tempo.

A PEC nº 04 propôs a redução de 18 para 16 anos, alterando o CAPUT do art. 228, assim como a PEC nº 32, que além dessa mesma mudança, também propôs a inclusão do parágrafo 1º o qual determinará que nos casos em que o jovem ou adolescente tiver cometido crime considerado hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, organização criminosa e associação criminosa essa idade reduziria para 14 anos.

Com isso, ocorreria uma mudança no elemento da imputabilidade elemento vital para verificar a existência de culpabilidade no caso concreto, mais especificamente na organização dos grupos desse elemento, ou seja incluirá no grupo

de imputáveis os jovens e adolescentes com 16 anos ou mais, adequando a culpabilidade conforme as mudanças da sociedade.

As duas propostas de Emenda à Constituição portanto, adotaram a teoria Normativa Pura Limitada, pois continuou defendendo que a culpabilidade deve manter-se concentrada nas circunstâncias relativas a reprovabilidade de condutas opostas ao Direito, além de entender que o erro ao incidir sobre a situação de fato, ou seja, uma discriminante putativa, será considerado erro de fato. Em contrapartida, nos casos em que incidir sobre a existência ou limites de uma causa de justificação, o erro será considerado como erro de proibição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi explicado e desenvolvido ao longo deste artigo científico, foi possível verificar que a redução da maioria penal é um assunto amplamente discutido no Brasil, principalmente no Âmbito jurídico. Além disso, foi possível observar que ao longo do tempo, a maioria penal prevista no art. 228 da Constituição Federal de 1988 não tem sido eficaz no combate ao aumento no número de crimes praticados por menores de 18 anos, fez com que fossem elaboradas pelos Senadores Márcio Bittar e Flávio Bolsonaro as Propostas de Emenda à Constituição nº 04 e 32.

A PEC nº 04, foi proposta com o objetivo de modificar o art. 228, CAPUT da Constituição Federal, alterando a maioria penal de 18 para 16 anos, alegando que os jovens da atualidade já possuem capacidade para avaliar as condutas que praticam segundo o que prevê a legislação, e que se possuem capacidade para votar e eleger seu representantes, podem também responder pelos atos infracionais que cometerem. A PEC nº 32, por sua vez, além de propor a redução da maioria de 18 para 16 anos, também propôs a inclusão de um parágrafo determinando que nos casos em que houver a prática de crimes considerados hediondos, e outros crimes graves, a maioria penal passará a ser 14 anos.

Ademais, foi constatado que a teoria utilizada pelas Propostas para fundamentar a possibilidade de redução Penal no Brasil, foi a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, visto que vislumbraram a necessidade de alterar a imputabilidade penal, elemento essencial da culpabilidade penal, o qual surgiu com o advento dessa

teoria, a qual determinou que o dolo e a culpa faz parte do tipo penal, ficando a culpabilidade concentrada nas circunstâncias relativas a reprovabilidade da conduta que diverge do Direito.

Por fim, nota-se que a redução da maioria penal no Brasil é uma possibilidade bastante discutida no Brasil, a qual muitos acham necessário, pois desde o advento do Código Penal, datado de 1940, não houve nenhuma alteração em relação a esse quesito, não acompanhando portanto a evolução da sociedade ao longo do tempo. Logo, o art. 228 da CF tornou-se ineficaz, necessitando ser modernizado para conseguir dar conta da realidade atual do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 25ª Ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2019.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 de dez. 2020.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 de dez. 2020

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 24ª Ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Geral**. 24ª Ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 7ª Ed. São Paulo –SP: Atlas, 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 8ª Ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª Ed. Rio de Janeiro – RJ: Forense, 2019.

SOARES, Ribamar. **A Maioridade Penal no Brasil e em outros países**. Brasília – DF, 2006. Disponível em: <http://www.bd.camara.gov.br>. Acesso em: 21 de set. 2020.