

Hamilton Gonçalves Ferraz

2.ed

revista, atualizada
e ampliada

prefácio da 1ª edição:

Patricia Gloiche

prefácio da edição em espanhol:

Felipe Villavicencio Terreros

A
culpabilidade
no Direito Penal Juvenil

A **culpabilidade** no Direito Penal Juvenil

Hamilton Gonçalves Ferraz

2.ed

revista, atualizada
e ampliada

prefácio da 1ª edição:

Patricia Glioche

prefácio da edição em espanhol:

Felipe Villavicencio Terreros

A
culpabilidade
no Direito Penal Juvenil





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Hamilton Gonçalves Ferraz.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Letícia Robini

Diagramação Enzo Zaqueu Prates

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Eu não tenho hesitação ao afirmar que se fosse o desejo e objetivo dos magistrados de efetuar a destruição, presente e futura, de jovens delinquentes, eles não poderiam formular um método mais efetivo do que confiná-los tanto tempo em nossas prisões, estas sedes e seminários de ociosidade e todo vício.

John Howard, "The state of the prisons in England and Wales", 4ª Ed., 1792, p. 10-11.

Não vejo como evitar esse prognóstico sombrio de que um mundo que se descuida de suas crianças, que destrói o encanto de sua infância dentro delas, que põe um fim prematuro a sua inocência e que lhes submete a toda sorte de privações e humilhações, efetivamente não tem futuro.

Antonio Augusto Cançado Trindade, Voto Concorrente na Opinião Consultiva 17 – 2002, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

À minha mãe, por ser uma luz permanente em meus caminhos.

Agradecimentos¹

Aprendizado, amadurecimento e entrega. De todas as palavras possíveis, essas três são as que melhor descrevem o período de Mestrado que se concluiu. Não poderia, portanto, deixar de expressar minha imensa gratidão a todos que de alguma forma contribuíram para esta fase acadêmica incrivelmente enriquecedora, concretizada nas ideias defendidas nesta dissertação.

À minha orientadora, Professora Patrícia Glioche, por ter aceitado me orientar e me ajudar ao longo de toda esta jornada, e pelo exemplo de profissional, uma grande professora com quem pude aprender lições acadêmicas inestimáveis.

Aos queridos Professores Nilo Batista, Vera Malaguti, Davi Tange-rino e Ellen Rodrigues, suas contribuições para meus entendimentos de Direito Penal, Justiça Juvenil e Criminologia são fundamentais e pulsam vivas nas linhas deste trabalho.

Ao Professor Artur Gueiros, pelos debates enriquecedores em que tive a oportunidade de participar ao longo de suas disciplinas, pela acolhida respeitosa e cuidadosa em suas disciplinas e pela enriquecedora troca de ideias, que sempre motivarão meus trabalhos futuros.

A todos os amigos de pós, por cada discussão e reflexão que puderam despertar em minhas meditações. Em especial, aos caros Humberto e Lucas, por toda a Dogmática e Criminologia de altíssimo nível; Flora, por nossos diálogos tão caros em Direito Penal Juvenil e

¹ Evitando descaracterizar a obra, escrita ao tempo do meu Mestrado, não alterarei os agradecimentos que seguem. Contudo, insiro aqui meu registro de gratidão a todos os meus alunos e alunas, colegas, amigos e amigas, e à minha família por todo o apoio até aqui.

Matheus, por nossas excelentes discussões dogmáticas, sem as quais a dissertação não teria sido a mesma.

À minha família, meu avô, minha avó e minha mãe, por me trazerem sempre serenidade, força e coragem nos momentos em que mais preciso.

Finalmente, às crianças e adolescentes brasileiros, titulares prioritários de um futuro mais digno e generoso. É dever de uma Academia socialmente engajada fazer suas vozes serem ouvidas e reconhecidas, e lutar por seus direitos fundamentais. É uma honra poder participar desta luta, e espero que o trabalho esteja à altura para esta empreitada.

Nota prévia à segunda edição

Ao longo dos últimos anos, os grandes temas da Justiça Juvenil, dos “adolescentes autores de atos infracionais”, e da “redução da maioridade penal”, que ainda chegam muito superficialmente ao direito e, em particular, às ciências criminais, nunca perderam relevância – embora, é verdade, sua atualidade varie, sendo sensivelmente afetada quase sempre por (alguns poucos e selecionados) casos de impacto ou momentos eleitorais.

Depois de sua primeira edição de 2017, para minha surpresa, a presente obra conseguiu alcançar públicos maiores, viajando para além das fronteiras brasileiras, notadamente a partir de sua tradução para a língua espanhola, promovida pelo amigo peruano Luis Augusto Moncayo Rodríguez². Além disso, ainda este ano, publico, simultaneamente, minha Tese de Doutorado, cujo nome editorial é *Inimputáveis: menoridade e sofrimento psíquico no Direito Penal Brasileiro*, também pela Editora D’Plácido.

Por tudo isso, e por ter desenvolvido novos trabalhos na área ao longo de todo esse tempo, entendi por bem buscar renovar esta que (ainda) é, em grande medida, minha Dissertação de Mestrado defendida em 2016 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na linha de pesquisa de Direito Penal, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Esta nova edição conta com o generoso prólogo oferecido à versão em espanhol pelo Prof. Dr. Dr. H. C. mult. Felipe Villavicencio Terreros, referência das ciências criminais peruanas (e em nossa

² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *La culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil*. Trad. de Luis Augusto Moncayo Rodríguez. Editora Génesis S.R.L.: Lima, 2019.

América Latina) que lamentavelmente nos deixou neste ano, e com meu prefácio àquela tradução.

Ademais, com relação ao conteúdo, procurei evitar um trabalho mais aprofundado de revisão e atualização, sob pena do texto se tornar prolixo ou se descaracterizar a autenticidade da obra. Entretanto, desde 2017, o acréscimo ou alteração de alguns pontos se tornou tarefa imprescindível, a que aqui faço breve exposição: algumas palavras mereciam ser ditas em relação à “colonização da justiça juvenil pela justiça penal adulta” (preocupante fenômeno de que não havia plenamente me dado conta na primeira edição); conferi maior consideração e cuidado no debate com as legítimas preocupações daqueles e daquelas que temem que um “direito penal juvenil” acarrete em legitimação de poder punitivo; atualizei e acrescentei alguns dados empíricos no tocante à realidade brasileira dos adolescentes autores de atos infracionais; e fiz menção ao importantíssimo e histórico Habeas Corpus coletivo 143.988/ES, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu os quadros de superlotação do sistema, buscando sua superação.

Mais gratificante do que ter acompanhado as viagens e andanças da primeira edição, que passou, dentre outros países, por Peru, Colômbia, Argentina, Alemanha e até mesmo Estados Unidos, é poder ter visto o quanto ela auxiliou pesquisas, manuais, dissertações, teses, monografias de conclusão de curso, ajudando não apenas pessoas concretas nas suas reflexões científicas e necessidades acadêmico-profissionais, mas também e principalmente contribuindo para uma escuta mais atenta e a construção de um olhar jurídico-penal mais generoso às crianças e adolescentes brasileiros, em especial, aos submetidos à nossa justiça juvenil.

Agradeço à Editora D’Plácido por acreditar na obra e renovar esta parceria. Que neste difícil ano de 2020, no qual o Estatuto da Criança e do Adolescente completa 30 anos de provações e lutas, esta segunda edição possa somar esforços na resistência, continuidade e aprofundamento de suas promessas, sonhos e projeto de país.

Rio de Janeiro, novembro de 2020.

Hamilton Gonçalves Ferraz

<i>Prólogo à edição peruana</i>	17
<i>Prefácio à edição peruana</i>	23
<i>Prefácio à primeira edição</i>	27
<i>Introdução</i>	31
1. O lugar histórico e jurídico do direito penal juvenil	41
1.1. A infância e a juventude no Ocidente (Europa, Estados Unidos e América Latina).....	41
1.2. A infância e a juventude no Brasil.....	44
1.3. O reconhecimento do Direito Penal Juvenil.....	59
1.3.1. O Direito Penal Juvenil como um subsistema do Direito Penal.....	59
1.3.2. Consequências jurídicas desta categorização à luz da proteção integral.....	68
1.4. A culpabilidade do adolescente autor de ato infracional.....	68
1.4.1. A culpabilidade no Direito Penal comum: retrospectiva histórica e tendências contemporâneas.....	68
1.4.2. A existência de uma culpabilidade do adolescente e seus principais contornos na dogmática penal juvenil predominante.....	80
1.4.2.1. A culpabilidade do adolescente na doutrina nacional.....	80
1.4.2.2. Contribuições estrangeiras para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil.....	85
1.4.2.3. Síntese geral do tratamento dogmático da culpabilidade do adolescente.....	101

2. A culpabilidade do adolescente e a criminologia..... 105

2.1. Os pilares da culpabilidade no Direito Penal comum e no Direito Penal Juvenil.....	105
2.2. O sujeito culpável: o adolescente autor de ato infracional.....	108
2.2.1. A proteção integral e o sistema penal juvenil brasileiro: vulnerabilidade e seletividade.....	108
2.2.2. Adolescentes e periculosidade.....	117
2.2.2.1. A periculosidade no Direito Penal.....	119
2.2.2.2. Periculosidade e culpabilidade.....	124
2.2.2.3. A periculosidade no Direito Penal Juvenil brasileiro.....	128
2.2.2.4. Síntese geral da periculosidade no Direito Penal Juvenil brasileiro.....	146
2.3. O objeto violado pelo ato infracional: o bem jurídico.....	148
2.3.1. A imagem do bem jurídico e sua desconstrução criminológica.....	149
2.3.2. Bem jurídico e culpabilidade: contribuições das teorias subculturais e do “labelling approach”.....	151
2.3.3. A pluralidade referencial normativa do adolescente: contribuições do pluralismo jurídico.....	156
2.4. A relação entre ato infracional e medida socioeducativa.....	161
2.4.1. A medida socioeducativa entre a pedagogia e a retribuição.....	162
2.4.2. O Direito Penal Juvenil e as teorias da pena: uma correlação necessária.....	164
2.4.3. A teoria agnóstica da pena e sua aplicação no Direito Penal Juvenil: a teoria agnóstica da medida socioeducativa.....	174

3. Em busca de um realinhamento dogmático da culpabilidade do adolescente..... 185

3.1. Fundamentos materiais para a culpabilidade no Direito Penal Juvenil.....	185
3.1.1. Um juízo de responsabilidade.....	186
3.1.2. A responsabilidade no Estado Democrático de Direito.....	192

3.1.3. A alteridade como conteúdo ético-normativo da culpabilidade.....	195
3.2. A culpabilidade como elemento do ato infracional.....	198
3.2.1. Imputabilidade.....	201
3.2.1.1. Inimputabilidade etária.....	205
3.2.1.2. Inimputabilidade por sofrimento psíquico.....	207
3.2.1.3. Inimputabilidade por embriaguez.....	209
3.2.2. Potencial consciência da ilicitude.....	212
3.2.2.1. A potencial consciência da ilicitude como um problema de compreensão.....	215
3.2.2.2. O âmbito de compreensão do injusto.....	216
3.2.2.3. Formas de se obter a compreensão do injusto.....	220
3.2.2.4. O tratamento da dúvida no erro de proibição.....	222
3.2.2.5. Uma nova espécie de erro: o erro de proibição culturalmente condicionado (erro de compreensão).....	225
3.2.3. Exigibilidade de conduta diversa.....	227
3.2.3.1. Coação moral irresistível.....	229
3.2.3.2. Obediência hierárquica.....	232
3.2.3.3. Uma nova causa de inexigibilidade: a falta de motivabilidade.....	236
3.3. A culpabilidade como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa.....	239
3.3.1. Culpabilidade e medida da pena.....	239
3.3.2. A culpabilidade do adolescente na mensuração da medida socioeducativa.....	242
3.3.2.1. Breves linhas sobre a aplicação das medidas socioeducativas no Direito Penal Juvenil brasileiro.....	242
3.3.2.2. Culpabilidade e medida socioeducativa: parâmetros e delineamentos.....	247
Conclusão.....	253
Referências.....	257

“ A imputabilidade etária não é, como afirma Hamilton em seu estudo, somente uma questão de idade do sujeito, assim como a própria culpabilidade também é muito mais complexa. O adolescente que pratica um ato infracional fica sujeito, juridicamente, às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente; mas qual seria a natureza dessas medidas? Apesar de não serem consideradas, tecnicamente, como sanções penais, não deixam de ter consequências gravosas, sendo muitas vezes reprimendas que privam a liberdade de adolescentes como resposta à prática do injusto penal. Assim, como não enxergar a existência de uma culpabilidade, constitucionalmente consagrada, como limitadora dessa consequência eminentemente penal? Vislumbrando essa situação, Hamilton desenvolveu seu trabalho de forma cuidadosa, buscando apontar as questões que envolvem a culpabilidade do adolescente que pratica um fato análogo a crime, inclusive quanto aos elementos constitutivos desta categoria conceitual, que devem também nortear o juiz na aplicação da medida socioeducativa.”

Profa. Dra. Patricia Mothé Glioche Béze

“ (...)la presente obra del autor brasileño resulta de importancia pues contribuye al desarrollo de pautas interpretativas en cuestiones problemáticas como el de la culpabilidad penal de los adolescentes quienes son considerados penalmente responsables. Sin embargo, el proceso que determina tal responsabilidad especial exige contar con las garantías necesarias, con especial atención a su condición de persona, en particular a su situación personal como menor infractor. Esta es también la orientación marcada por la doctrina de la protección integral, plasmada en diversas normas internacionales como la Convención sobre los Derechos de los Niños y otros instrumentos internacionales que orientan a la administración de justicia de menores”

Prof. Dr. Dr. H. C. mult. Felipe Villavicencio Terreros



ISBN XXXXXXXX