

Juventude e drogas: uma abordagem legal*

Paula Nunes Correia**
Teresa Albuquerque e Sousa***

Resumo: Este artigo é genericamente dedicado aos efeitos legais dos actos eventualmente praticados por jovens, tanto menores como já maiores, sob a influência de drogas. Na Parte I, nossa atenção vai para as conseqüências jurídico-civis de tais atos. Assim, começamos por uma breve nota preliminar sobre o conceito de direito civil. Feita tal anotação, entramos no assunto principal para falarmos dos mecanismos legalmente existentes (no âmbito do direito civil) para proteger aquelas pessoas, para

* Este artigo foi escrito para a 22ª Conferência Mundial do International Federation of Non-Government Organizations for the Prevention of Drugs and Substance Abuse (IFNGO), sobre o tema geral “Drogas não são brinquedo de criança. Famílias saudáveis – sem drogas”, realizado em Macau entre 14 e 18 de maio de 2007. Tradução de Karine Salgado.

** Doutoranda na Universidade de Macau, China. Mestre em Direito pela Université Libre de Bruxelles, Bélgica). Bacharelada em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professora assistente da Faculdade de Direito de Macau, responsável pelo curso anual de Teoria Geral do Direito Civil e Teoria Geral do Direito. Coordenadora do Bacharelado em Direito em Língua Portuguesa e membro do Conselho Acadêmico na mesma Faculdade. Membro efetivo do Conselho Superior da Advocacia de Macau.

*** Mestranda em Direito na Universidade de Macau, China. Bacharelada em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, responsável pelo curso anual de Direito Criminal.

cuja finalidade distinguimos entre menores e maiores (ou equiparados a maiores, que é o caso dos menores emancipados pelo casamento): o regime da menoridade, na primeira situação; eventualmente, o regime da inabilitação (uma incapacidade não genérica e permanente), ou até o da incapacidade acidental (não permanente ou transitória), causada pelo consumo de álcool ou drogas, em caso de maioridade (ou equiparado). Na segunda parte, inicialmente, fizemos uma apresentação geral do direito penal, estando essa parte do artigo dividida em duas grandes secções: o tráfico e consumo de estupefacientes e o tratamento jurídico conferido aos menores. Do ponto de vista geral, quando não pode ser feita uma análise da culpa do agente, a lei considera-o como inimputável. Numa perspectiva interna, analisamos os aspectos jurídicos mais relevantes do decreto-lei referente ao tráfico e ao de droga. Uma particularidade desse regime reside no fato de em Macau o consumo de drogas estar criminalizado (artigo 28º), ao contrário do que sucede noutros países europeus, como é o caso de Portugal, desde 2000. Tomamos, igualmente, em linha de conta outras manifestações legislativas em Macau onde a droga desempenha papel crucial, como o caso da contravenção prevista no artigo 68º do Código da Estrada, a qual consiste, dentre outros, na condução sob o efeito de álcool ou estupefacientes (note-se que esse Código foi recentemente alterado pela Lei do Trânsito Rodoviário, a qual entrou em vigor em outubro de 2007). Seguidamente, analisamos o regime dos menores na concreta perspectiva do direito penal.

Palavras-chave: Menores/Maiores – Capacidade jurídica ou capacidade de gozo – Capacidade/Incapacidade de exercício ou de agir – Emancipação – Inabilitação – Assistência – Incapacidade acidental – Ato anulável – *Actione libera in causa* – Culpa – Inimputabilidade – Medidas de segurança/Medidas tutelares educativas.

Youth and drugs: a legal overview

Abstract: This article is generically dedicated to the legal effects of the acts practiced by young people, both minors and those of legal age, under the influence of drugs. In Part I, our attention is called to the legal-civil consequences of these acts. Thus, we shall begin with a brief preliminary note on the concept of civil law. Having noted this, we will examine the main topic to speak of the legally existing mechanisms (within the scope of civil law) to protect those people, and for this purpose, we distinguish between minors and adults (or equated to adults, which is the case of minors who are emancipated by marriage): the minor regime, in the first case, and possibly, the regime of incapacitation (an incapacity that is not generic and permanent), or even accidental incapacity (not permanent or transitory), caused by the consumption of alcohol or drugs, in the case of adulthood (or equated with adulthood). In the second part, initially, we give a general presentation of criminal law, with this part divided into two large sections: the sale and consumption of narcotics and the legal treatment given to minors. From a general standpoint, when an analysis of the agent's guilt cannot be made, the law considers him to be unimputable. From an internal standpoint, we shall analyze the most relevant legal aspects of the Decree-Law referring to traffic and to drugs. One particular aspect of this regime lies in the fact that in Macau, drug consumption is considered to be a crime (article 28), unlike in European countries, like Portugal, since 2000. We shall also take into account other legislation in Macau in which drugs play a crucial role, as is the case of the misdemeanor established in article 68 of the Highway Code, which consists, among other items, in driving under the influence of alcohol or narcotics (note that this Code was recently altered by the Highway Traffic Law, which entered into effect in October 2007). Next, we will analyze the regime applied to minors from a concrete perspective of criminal law.

Key-words: Minors/Adults – Legal capacity or capacity to enjoy – Capacity/Incapacity to exercise or act – Emancipation – Disability – Assistance – Accidental incapacity – Annulable act – *Actione libera in causa* – Guilt – Unimputability – Mandatory commitment measures/Educational guardianship measures.

INTRODUÇÃO

O objetivo com esta apresentação é informar, de modo muito sucinto, os meios pelos quais o sistema legal de Macau lida com o tema “juventude e drogas”. Em outras palavras, quais são os efeitos legais no caso de um menor ou maior de idade (jovem) praticar uma ação que está, de alguma forma, relacionada com as drogas? A resposta é dividida em duas partes principais, de acordo com os diferentes tipos de consequências legais que podem ocorrer: efeitos civis¹ e criminais.²

PARTE I – EFEITOS JURÍDICOS EM ÂMBITO DE DIREITO CIVIL

1 OBSERVAÇÕES PRELIMINARES: O QUE É “DIREITO CIVIL”?

Antes de responder a essa questão, é necessário explicar resumidamente a diferença entre as expressões *Civil Law*,³ com

¹ Paula Nunes Correia é a autora da Parte I: Efeitos jurídicos em âmbito de direito civil.

² Teresa Albuquerque e Sousa é autora da Parte II: Efeitos jurídicos em âmbito de direito penal.

³ No Brasil, a expressão não é traduzida, embora tenha correspondência com outra expressão: sistema romano germânico. (N. T).

letra maiúscula, e direito civil. Referimo-nos ao *Civil Law* sempre que falamos sobre um modelo de direito normalmente oposto ao modelo de *Common Law*. Como é sabido, o sistema legal de Macau faz parte do primeiro modelo, enquanto o ordenamento jurídico de Hong Kong, por exemplo, é parte do segundo. Diferentemente, quando nos referimos ao “direito civil”, com letras minúsculas, conceito que de fato é objeto de nossa análise, uma vez que nos referimos a certa parte do direito no sistema legal. Além do direito civil, temos, por exemplo, o direito comercial, o direito penal e o direito administrativo, dentre outros.

Além disso, no modelo de *Civil Law* se distinguem o direito privado e o direito público. O direito privado protege interesses que são predominantemente privados, enquanto o direito público dedica-se àqueles que são essencialmente públicos; ou seja, o direito privado regulamenta relações estabelecidas entre pessoas privadas ou, ainda, entre estes e o Estado ou outras entidades públicas somente se os últimos participam na qualidade de pessoas privadas, *i.e.*, sem o *jus imperium*.⁴ Dito isso, direito civil é direito privado, quer dizer, é direito privado geral ou comum, enquanto direito penal é direito público. O direito civil, por seu turno, ainda contém outros ramos, ou, por assim dizer, subpartes do direito, que são: direito das obrigações, direito real, direito de família e sucessões. Desse modo, sob a influência das drogas, se um jovem menor de idade se casa, ou vende o conjunto de porcelana para chá de sua mãe, ou oferece sua corrente de ouro para seu amigo, é o direito civil que diz se tais atos são válidos ou não. Porém, se o jovem se envolve com o tráfico de drogas ou assalta um banco sob a influência de drogas, por exemplo, deparamos com uma violação de valores jurídicos

⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota *Teoria geral do direito civil*, p. 28-29. Este é chamada critério das matérias.

fundamentais que são também protegidos pelo direito, mas, nesse caso, pelo direito penal, infrações classificadas como crimes, pertencendo os interesses violados à comunidade em geral. A questão é: a despeito de ter praticado tais atos, poderia o jovem ser, de alguma forma, protegido pela lei? Tentaremos responder a essa questão um pouco adiante, mas, antes, precisamos lembrar que ainda temos um ponto anterior sem resposta.

O que, então é “direito civil”? “Civil” vem da palavra latina *cives*, que significa cidadãos. Então, o direito civil se põe na mais íntima e fundamental parte da sociedade.⁵ Ele contém uma gama de normas que regulam os interesses humanos que emergem das relações que os indivíduos estabelecem entre si. Resumidamente, podemos descrevê-lo como uma parte do direito que regula a vida cotidiana das pessoas comuns.⁶ O direito civil regulamenta nossa vida desde o momento em que nos levantamos até a hora em que dormimos: todos estes eventos ordinários da nossa vida diária, como pegar um táxi ou um ônibus para ir trabalhar, ir a um restaurante para almoçar ou jantar, comprar um jornal, fazer compras ou ir ao cinema, mesmo se envolver em um acidente de carro, se você é suficientemente azarado, são regulados por essa parte do direito.

Quando falamos sobre os efeitos jurídicos na seara civil que podem ocorrer em um caso em que um menor, ou mesmo um maior de idade (jovem), pratica um ato jurídico relevante, isto é, um ato que tem consequências, sob a influência de drogas, nos referimos aos efeitos legais que são produzidos no direito civil, evidentemente.

⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota *Teoria geral do direito civil*, p. 44.

⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota *Teoria geral do direito civil*, p. 44.

2 JUVENTUDE E DROGAS: QUAL A PROTEÇÃO?

O direito protege os jovens que podem ter praticado um ato sob os efeitos das drogas de três diferentes modos: pelo regime de menoridade, desde que o jovem seja menor de idade, evidentemente; por meio de um regime de *inabilitação*; ou, ainda, por meio de um regime de incapacidade acidental, no caso de uma pessoa já maior de idade.

3 MENORES E DROGAS

Para começar, o que é um menor de idade para o direito (civil)? Qualquer um até 18 anos de idade é considerado um menor (art. 111 do Código Civil de Macau – CCM⁷).

A princípio, menores, como todas as outras pessoas, têm capacidade jurídica ou legal, isto é, a aptidão para ter o direito a um mais ou menos restrito círculo de relações jurídicas (art. 64). O que os menores não têm, normalmente, é a capacidade para agir, significando, com isso, a aptidão para agir legalmente, pelo exercício de direitos ou cumprimento de obrigações, pessoal e autonomamente, ou mediante uma representação voluntária (art. 112). Essa capacidade de ação é adquirida quando ele/ela se torna maior, isto é, quando atinge a idade de 18 anos (art. 117 e 118). Isso, porém, pode ser alcançado antes, no caso de um menor se emancipar pelo casamento (art. 117, 120 e 121). Considerando sua emancipação, que pode somente ser atingida pela celebração de um matrimônio válido, o menor obtém a completa capacidade de agir como se fosse um maior.⁸ Menores, de ambos os sexo, não

⁷ Todos os artigos mencionados a partir de agora pertencem ao CCM, se não referenciados de outra forma.

⁸ Exceto no caso de ordens especiais previstas no art. 1.521, no qual o menor se casa sem o consentimento dos pais.

têm permissão para casar antes dos 16 anos (art. 1.479, § *a*). Porém, a despeito do fato de eles poderem licitamente casar desde que tenham atingido a idade mínima de 16 anos, eles podem obter de seus pais um consentimento sem o qual o matrimônio é submetido a conseqüências especiais.⁹

Menores que estão desprovidos da mencionada capacidade de agir e no caso de permanente, natural ou genérica incapacidade para agir que atinge todos os atos em geral são automaticamente protegidos pelo regime de menoridade.¹⁰

3.1 Regime de menoridade

Essa proteção consiste no fato de que as transações legais nas quais o menor intervém são, em princípio, negócios inválidos, ou seja, eles podem ser anulados de acordo com as previsões do art. 114.

A despeito dessa incapacidade genérica de agir, há algumas exceções, isto é, alguns atos que o menor pode licitamente praticar ele mesmo e autonomamente, como: aqueles relacionados a benefícios que tiver adquirido com seu trabalho; transações legais, especialmente concernentes à sua vida cotidiana, desde que estejam de acordo com sua capacidade natural e impliquem uma pequena quantidade de dinheiro; transações legais relativas ao trabalho que esteja autorizado a assumir por seu representante legal (art. 116, § 1º, alíneas *a* a *c*).

Por fim, essa incapacidade de agir do menor é sobreposta pela representação legal, isto é, o representante legal do menor deve superar a incapacidade legal do menor pela ação em seu lugar, sob o nome do menor e no interesse do menor: autoridade

⁹ Ver nota anterior.

¹⁰ Arts. 111-121.

parental é o caminho normal para superação da incapacidade geral de agir do menor, enquanto a autoridade tutorial somente prevalece subsidiariamente, *i.e.*, no caso em que parentes, devido a diferentes razões, não podem exercer sua autoridade (art. 1.778). Como um complemento para ambas as oridades, dos pais ou tutorial, a incapacidade do menor pode também ser suprimida pela administração de bens (art. 113, §§ 1º e 2º). Por esse motivo, pais e tutores, e eventualmente o administrador de bens, são todos representantes legais do menor uma vez que agem para suprir a não-capacidade geral de agir do menor, substituindo o menor, sob seu nome e em seu interesse. Os atos praticados pelo representante legal do menor são, evidentemente, válidos.

No caso de um menor praticar um ato para o qual não tem a capacidade exigida, esse ato é, como já mencionado, um ato não válido. Desse modo, seu representante legal, o próprio menor ou qualquer sucessor do menor pode requerer a anulação daquele ato, no prazo de um ano¹¹ (art. 114, § 1º, alíneas *a* a *c*).

Esse regime de menoridade é, por certo, para proteger o menor dada sua incapacidade para agir legalmente.

3.2 Responsabilidade paternal

Filhos estão sob a responsabilidade dos pais até a maioridade, ou antes, até sua emancipação no caso de se casarem antes de atingir 18 anos (art. 1.732). Como afirmado, o pátrio poder é o meio comum para suprir a incapacidade do menor.

Os direitos compreendidos no pátrio poder são especiais, uma vez que são simultaneamente direitos e deveres: eles são, na realidade, denominados “direitos-deveres”, ou “direitos

¹¹ Contado de diferentes momentos, de acordo com a pessoa que requer a anulação do ato.

funcionais”. De fato, tais direitos não são livremente exercidos pelos pais, no sentido de que eles não podem exercê-los se desejarem ou da maneira que desejarem. Tais prerrogativas, que são igualmente obrigações, são necessariamente exercidas no interesse dos filhos. Então, devem seguir os direitos-deveres com vista aos interesses dos filhos: cuidar da segurança e saúde deles, sustentá-los, tratar de sua educação, representá-los e administrar seus bens; por sua vez, filhos têm o dever de obedecer aos pais. Apesar disso, os pais, de acordo com a maturidade dos filhos, devem levar em consideração sua opinião em questões familiares, tanto quanto atribuir-lhes autonomia para estruturação da própria vida (art. 1.733, §§ 1º e 2º).

Resumidamente, o pátrio poder é exercido com vista à pessoa e aos bens dos filhos: em relação à primeira, os pais têm direitos em relação à educação (incluindo o desenvolvimento físico, intelectual e moral), de custódia e respeito mútuo/apoio (moral) (arts. 1.739-1.741 e 1.729); com referência aos bens dos filhos, os pais têm o direito de administrá-los (arts. 1.733, § 1º, e 1.743 e seguinte), além do dever, aliás recíproco, de pensão (art. 1.729, § 2º). Além disso, os pais têm o direito de representação, bem como em relação a sua autoridade e comando dos filhos, como mencionado acima (art. 1.733, §§ 1º e 2º).

Mais genericamente, pais têm o direito e o dever de educar e manter seus filhos (arts. 2º, §§ 2º, 5º e, 7º §§ 2º e 15 da Lei de Bases da Política Familiar, Lei 6/94/M, de 1º de agosto; e art. 18, §§ 1º e 4º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; ver, também, art. 40 da Lei Básica de Macau).

4 MAIORES E DROGAS

A pessoa se torna maior quando atinge 18 anos de idade (art. 111, *a contrario sensu*). A pessoa maior adquire a completa capacidade

de agir juridicamente (art. 118), em outras palavras, adquire a completa capacidade de exercer direitos ou de cumprir obrigações, pessoal e autonomamente, ou por representação voluntária. Apesar disso, essa capacidade pode ser atingida anteriormente no caso de menor emancipado pelo casamento, já que o emancipado se compara com o maior de idade (arts. 117, 120 e 121).¹²

Não mais submetido à proteção do regime de menoridade, o que acontece se o maior de idade (ou uma pessoa menor emancipada) pratica um ato jurídico sob a influência de drogas? Haveria, ainda assim, algum meio de protegê-lo? O fato de ele ser jovem, embora já maior de idade, poderia conferir-lhe especial proteção? A resposta é afirmativa para a primeira questão e negativa para a segunda. Na verdade, não há um, mas dois caminhos para abordar essas questões, independentemente do quão jovem ou velho possa ser aquele que não mais se encontra sob a proteção do regime de menoridade: por meio do chamado regime de *inabilitação*, que oferece alguma proteção no caso de uma permanente e não genérica incapacidade, especificamente causada por um consumo regular de álcool e drogas (arts. 135 e seguinte); pelo regime de incapacidade acidental, que pode também prover alguma proteção no caso de uma não-permanente ou acidental incapacidade especificamente causada pelo uso de álcool e drogas (art. 250).

4.1 Regime de *inabilitação*

Inabilitação corresponde a uma permanente e não genérica incapacidade que pode ser somente judicialmente decidida¹³ em

¹² Cf. item 3.

¹³ E precisa ser judicialmente decidida, sob requerimento, já que tal incapacidade não se opera automaticamente.

três tipos de situações que afetam o maior ou o menor emancipado: anomalia física, surdez e mudez ou cegueira e incapacidades permanentes embora não muito sérias;¹⁴ prodigalidade habitual que afeta a capacidade de administração do patrimônio da pessoa; consumo de álcool e drogas que afetem não somente a personalidade da pessoa, mas também sua capacidade de administrar os próprios bens (art. 135).

Os afetados por essa incapacidade não podem, de modo autônomo, praticar alguns tipos de atos (embora não todos os atos em geral, já que essa incapacidade, diferentemente daquela derivada da menoridade ou da interdição, não é genérica). *Inabilitação* compreende a prática de atos de disposição *inter vivos*, bem como aqueles que podem ser especificados em uma relevante decisão judicial. Com relação à prática de tais atos, no caso de incapacidade não superveniente, eles são atos não válidos já que podem ser anulados nos termos da lei (arts. 114, 123 e 139). Tal incapacidade, porém, pode ser frequentemente superada pela chamada assistência. Além disso, a representação legal no tocante à administração dos bens da pessoa pode também ser decidida pelo Judiciário (arts. 136 e 137). Esse assistente ou curador não irá agir no lugar ou em nome da pessoa assistida, mas simplesmente assistir a pessoa que ainda tem a capacidade de agir pessoalmente, embora não autonomamente: dito isso, o ato jurídico para o qual a pessoa não possui a requerida capacidade de agir, embora pessoalmente praticado por ele, precisa ser autorizado ou ratificado pelo assistente, caso contrário é inválido. Assim, por exemplo, se uma pessoa viciada em drogas é submetida ao regime de *inabilitação*, ele não pode, por sua própria conta, decidir comprar

¹⁴ No caso de uma anomalia física permanente e séria, surdez, mudez e cegueira, o meio adequado para proteger a pessoa afetada se dá por um regime mais adequado, o chamado regime de interdição, que corresponde a uma incapacidade genérica, equivalente à menoridade (arts. 122 e seguinte).

ou vender uma casa: a validade de tal ato depende de uma autorização ou ratificação do assistente.

Sempre que a causa da incapacidade cessa, o regime de *inabilitação* pode ser extinto. Mas, especificamente no caso de consumo do álcool ou drogas, a corte não irá decidir pela extinção do regime antes de um período mínimo de observação¹⁵ sobre a reabilitação da pessoa (art. 138).

4.2 Incapacidade acidental

Por fim, o regime de incapacidade acidental pode oferecer alguma proteção no caso de um maior ou menor emancipado, ao qual não se aplica nem o regime de menoridade, tampouco as normas de *inabilitação*, que pratica um ato jurídico sob o efeito de drogas, desde que algumas condições sejam cumpridas.

Nos termos da lei (art. 250), a declaração transaccional realizada por alguém que, por causa de alguma causa (externa) – dentre as quais podemos incluir intoxicação causada pelo consumo de álcool ou drogas –, tenha acidentalmente ou transitoriamente (não permanentemente) incapacitado ou privado de entendimento ou de agir voluntariamente, é uma declaração anulável,¹⁶ desde que o fato, *i.e.*, a dita perturbação física momentânea, seja notada e sabida pelo destinatário (art. 250, § 1º).¹⁷ Por exemplo, no caso de um maior, momentaneamente sob o efeito de drogas, vender sua moto para seu amigo, há uma chance de esse negócio ser anulado se as condições mencionadas forem comprovadas em

¹⁵ Julgado adequado em conformidade com o *legis artis* (art. 138)

¹⁶ A regulamentação da anulação é tratada nos arts. 280 e seguinte. A anulação pode ser requerida por aqueles cujos interesses são afetados pelo ato e somente no prazo de um ano a contar da sua cessação.

¹⁷ O § 2º desse artigo especifica quando o fato é considerado notório.

juízo: que, no momento em que o negócio foi feito, ele estivesse transitoriamente privado da compreensão de seu significado ou da ação voluntária e que o fato de estar ele fisicamente perturbado fosse conhecido por seu amigo, ou, pelo menos, identificável por uma simples observação por qualquer pessoa que estivesse em seu lugar.

Entre os três regimes que foram resumidamente descritos, a proteção oferecida pela incapacidade acidental é, compreensivelmente, a mais vulnerável.

Como ponto final, atos (simplesmente) anuláveis tornam-se definitivamente válidos se sua não-validade não for argüida por pessoas legitimamente aptas a requerê-la no prazo legal (de somente um ano, embora contado de diferentes momentos – arts. 280, § 1º, 114, § 1º, alíneas *a* a *c*; 139; e 250). No caso de ato ou negócio jurídico que tenha sido praticado por um menor ou maior de idade sob qualquer dos regimes acima ser declarado judicialmente anulado, o resultado é que tudo o que tenha sido dado precisa ser restituído, ou, no caso de ser a restituição em espécie impossível, seu valor correspondente, já que a declaração de anulação tem efeito retroativo (art. 282, § 1º).

PARTE II – EFEITOS JURÍDICOS EM ÂMBITO CRIMINAL

1 BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

A partir daqui, trataremos em pequena medida do direito penal em uma perspectiva muito particular: por um lado, encontramos o problema do tratamento penal de crimes relacionados ao tráfico e ao consumo de drogas e, por outro, não podemos evitar um tema que é para nós tão familiar e apreciado:

o tratamento legal, em uma perspectiva criminal, de jovens quanto eles cometem não exatamente um “crime” mas uma “ação ilícita tipificada”.

Já que os tópicos relacionados a esta segunda parte estão todos relacionados com o direito penal, é válido fazer uma abordagem geral sobre ele. De fato, o direito penal pode ser visto em ambas as perspectivas, objetiva e subjetiva. Em relação à primeira, podemos dizer que o direito penal pode ser descrito como uma “conjunção de normas jurídicas que fazem a conexão entre alguns comportamentos humanos (crimes) e certas conseqüências legais especialmente ligadas ao direito penal”.¹⁸

São duas tais conseqüências: a pena e as medidas de segurança. Há apenas uma pena quando um crime é cometido. Segundo a teoria do direito, o crime é composto por cinco elementos, que são cumulativos: uma ação, a tipificação (que significa que tal ação é prevista no Código Penal e, de acordo com o princípio da legalidade,¹⁹ claramente descrita tal qual sua conseqüência), o ilícito, a falta e a punibilidade. Somente quando todos eles se configuram em determinada situação a pena pode ser aplicada ao agente e este pode ser afetado em seu patrimônio e em sua liberdade, ambos direitos reconhecidos em uma perspectiva constitucional a todos os cidadãos (*e.g.*, em Macau, podemos levar em consideração o art. 28 e, de certa forma, o art. 103 da Lei Básica). Quando afeta a propriedade, a pena é multa;

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral, t. I, p. 3.

¹⁹ Que pode ser encontrado no art. 1º do Código Penal de Macau, assim como no art. 29 da Lei Básica, e significa que todos os crimes (ações) e penalidades devem ser descritas na lei de modo muito claro, evitando a criação de qualquer dúvida; devem ser exatas, escritas cuidadosamente; e a lei precisa ser já existente no momento em que serão aplicadas – precisa ser anterior à ação e também para a penalidade, com as exceções do art. 2º, que protegem o agente. Esee é o significado da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

quando afeta a liberdade, é prisão. A título de curiosidade, o art. 64 do Código Penal prevê que “se uma pena privativa de liberdade e uma não privativa são alternativamente aplicáveis a um crime, o judiciário deve preferir a segunda sempre que a execução dela seja adequada e suficiente para atingir o propósito da punição”²⁰ e a razão é proteger o agente, levando em consideração o fato de que o direito penal é uma intromissão do Estado nos direitos fundamentais, como veremos a seguir.

Quando o agente do crime é uma criança ou um jovem até 16 anos (ou uma pessoa com doença mental), o legislador corretamente estabeleceu que a análise do dolo não pode ser feita, já que eles não estão aptos a entender as conseqüências de seus atos. De fato, e em consonância com a concepção finalista (que tem suas raízes em Welzel (1904-1977) e é ainda seguida no presente momento por muitos autores²¹), o erro é simples²² apreciação negativa. Como afirma Teresa Beleza,²³ para a moderna escola (a pós-finalista), a falta é composta de dois elementos: por um lado, o agente deve ter a consciência da ilicitude de seu ato e,

²⁰ Tradução do Código Penal Português. Disponível em <http://www.verbojuridico.net/download/portuguese Penalcode.pdf>.

²¹ Segundo essa concepção, “[...] a base da ação humana é que todas as pessoas orientam suas ações com vista a um fim, seus processos são estabelecidos de acordo com as finalidades mentalmente antecipadas, escolhendo seus próprios caminhos [...]”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral, t. I, p. 230). Vale notar que essa não é a concepção adotada por mim, que defendo a concepção pessoal do ilícito (para outras informações, veja também p. 232).

²² Quando é dito que “o dolo é simplesmente uma avaliação negativa”, o significado é que a concepção finalista extraiu a intenção e a negligência do dolo e as inseriu na categoria do crime, porque esta análise é relacionada com o tipo que incrimina a conduta; já que o dolo é uma abordagem pessoal, não há problema se o agente agiu intencionalmente ou com negligência para saber se sua conduta é censurável ou não, porque o que é importante é saber se ele, tendo consciência de que sua conduta foi ilícita, decidiu assumi-la, sendo livre para fazer esta opção.

²³ BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito penal*, v. 2, p. 292-293.

por outro, deve ter a liberdade para decidir agir ou não de acordo com a conhecimento ilicitude mencionado. Assim, é a “avaliação negativa”, de modo que se a pessoa já sabe que sua conduta é contra a lei e é livre para entender seu ato, tendo decidido violar a lei, sua conduta e, da mesma forma, sua personalidade são censuráveis.

Essa é a razão pela qual menores de 16 anos não são imputáveis (penalmente responsáveis), assim como pessoas com problemas mentais: dadas essas circunstâncias, mesmo que eles possam, por qualquer razão, ter a consciência de que o comportamento deles é ilícito (por exemplo, um jovem de 15 anos sabe que matar uma pessoa não é um ato de acordo com a lei, assim como ele sabe que o tráfico de drogas não é lícito), o fato é que eles não têm liberdade para realmente entender que eles podem agir de outra forma, porque a personalidade deles ainda não está formada, ou, no caso de pessoas com doenças mentais, a personalidade delas não é perfeita se comparada com a de alguém que não tem esse tipo de problema. Esta é, enfim, a razão dos arts. 18 e 19 do Código Penal de Macau.

Mas como uma questão de fato ambos podem ser agentes de “crimes” (para sermos corretos, não podemos falar em crimes porque, tecnicamente, essas pessoas não agem com dolo e, como o dolo é um dos cinco elementos acumulativos para se configurar o crime, o que nós temos é uma “ação ilícita e tipificada”) –, a criança de 10 anos pode matar alguém, assim como uma pessoa com problemas mentais; então, como a pena requer que o crime tenha sido cometido – e nestes casos eles não são considerados “crimes” –, a consequência para os atos praticados por essas pessoas é a medida de segurança. A seguir, veremos como menores abaixo dos 16 anos que cometem “crimes” (em particular o tráfico e o consumo de drogas) são tratados pela lei.

Em relação do direito penal, há também uma perspectiva subjetiva que significa que há um *ius puniendi*, um poder punitivo nas mãos do Estado, no sentido de escolher quais os comportamentos humanos podem ser considerados crime e ligar específicas sanções a eles. Então, como o Estado tem esse tipo de poder, há necessidade de criar alguns limites ao legislativo²⁴ no tocante à proteção dos cidadãos que vêem seus direitos afetados.

O direito penal pode ser dividido em duas perspectivas: uma doméstica, relacionada ao direito criado e aplicado em determinado Estado ou território (como Macau), e uma internacional. Com relação a este último ponto, que tem crescido desde o século XX, há muitas normas que são aplicadas em Macau como, *e.g.*, a Declaração de Direitos Humanos (veja a Declaração Compartilhada, anexo 1, para sua aplicação em Macau), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que continuam sendo aplicados em Macau dado o art. 40 da Lei Básica. O § 2º deste último artigo prevê que as restrições aos direitos dos residentes em Macau podem ocorrer somente como consequência da lei que não pode opor prescrições aos mencionados Pactos.

Levando em consideração esses Pactos, destacamos o art. 24 do primeiro e o art. 10, § 3º, do segundo, para esclarecer que os Estados podem criar medidas especiais de proteção às crianças ou jovens que precisem ser protegidos, especialmente aqueles que vêm de famílias problemáticas. Em nossa opinião, como será visto em seguida, essas crianças podem ser distinguidas daquelas que cometem “crimes” e o regime legal pode ser diferente, o que, infelizmente, não foi a decisão tomada pelo legislador em alguns países no passado.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral, t. I, p. 6.

Por fim, e fazendo a transição para o ponto a ser estudado, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, assinado em 1988 e aplicada em Macau desde 14 de julho de 1998, pode ser destacada, por causa do Decreto do Presidente da República Portuguesa ordenando a extensão a Macau dessa Convenção.

Considerando essa Convenção, gostaríamos de mencionar alguns pontos diretamente relacionados aos jovens e às drogas. Uma das preocupações que estiveram na raiz foi “[...] o fato de que crianças são usadas em muitas partes do mundo como um mercado consumidor de drogas e para fins de produção, distribuição e comércio ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas [...]”. Assim, os artigos da Convenção estabelecem que as condutas devem ser consideradas infrações (como, *e.g.*, a produção, o oferecimento, a distribuição e a venda de drogas, assim como a posse de drogas para consumo próprio no caso de princípios constitucionais e conceitos fundamentais do sistema legal permitirem às partes incriminá-los), e o mesmo artigo (3), § 5º, alíneas *f* e *g*, prevê que a vitimização ou o uso de menores e a lesão causada na instituição educacional ou na sua vizinhança ou em outros lugares onde crianças em idade escolar e estudantes frequentam para atividades educacionais, esportivas e sociais podem ser levados em consideração pelo Tribunal, com vista à transformação das ofensas previamente estabelecidas em “ofensas particulares graves”.

Isso significa que a Comunidade Internacional tem uma percepção real do perigo que representa o uso de crianças no processo de tráfico de drogas, bem como a introdução delas no mundo das drogas. De fato, o tráfico de drogas é um submundo capaz de destruir a base do Estado, originando e tendo já em sua base o crime organizado e a lavagem de dinheiro, além da

corrupção e da subversão dos mais importantes princípios que foram conquistados com a história da evolução e da conservação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Usar menores para esse propósito é perigoso. Muito perigoso, de fato, porque a personalidade deles não está ainda formada e eles não podem distinguir os bons dos maus valores, não podem entender qual é a melhor escolha para a vida deles e preferirão o caminho mais fácil – especialmente se não tiverem a chance de ter uma estrutura familiar sólida (e mesmo aqueles que a têm são “iscas” muito boas para os grandes “peixes” que nadam no mesmo mundo). Por outro lado, como todos nós sabemos, drogas criam o vício e, se eles começam como pequenos consumidores aos 14 anos, não é difícil imaginá-los como pequenos ou grandes vendedores de drogas alguns anos mais tarde. Essas são as mais importantes preocupações que, em conexão com nosso objeto de estudo, podem claramente ser encontrados nessa Convenção.

2 TRÁFICO E CONSUMO DE DROGAS

Fazendo a transição da perspectiva internacional para a doméstica, em Macau, o Decreto-Lei n. 5/91M, de 28 de janeiro, é um exemplo de onde o regime legal de tráfico e consumo de narcóticos e substâncias psicotrópicas pode ser encontrado, assim como algumas medidas com vista à erradicação do vício em drogas. Primeiramente, no art. 1º, o legislador estabeleceu que a interpretação das normas desse decreto-lei deveriam ser feitas em acordo com as convenções relacionadas a esse tema que estão em vigência em Macau, enfatizando o reconhecimento de que essa matéria é realmente muito especial e importante e a luta contra as drogas está sendo travada em nível internacional. Então, para melhores resultados, mesmo se essa é já uma consequência desses princípios internacionais, ele sentiu a necessidade de reforçar a idéia.

No segundo capítulo, intitulado “A prevenção, tráfico e penalidades”, encontramos muitas “notícias” (as quais são artigos descrevendo e incriminando condutas e prevendo penalidades, em muito clara concordância com o dito princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*), como, *e.g.*, o art. 8º, no qual “o tráfico e as atividades ilícitas” são passíveis de punição. No § 1º, aquele que, sem autorização, *e.g.*, produz, fabrica, prepara, oferece, vende, compra ou possui ilicitamente as substâncias descritas nos incisos I a III, e não sendo o caso de posse para consumo, será punido com pena restritiva de liberdade de 8 a 12 anos e, também, com uma multa (§ 1º); se as substâncias envolvidas são aquelas estabelecidas pelo inciso IV, a penalidade de prisão variará de um a dois anos e também uma multa poderá ser aplicada (§ 3º). A penalidade pode variar, também, de 12 a 16 anos de prisão e multa no caso previsto no § 2º (a pessoa que tem a autorização dada pelo art. 6º e age de modo ilegal, abusando dessa autorização).

Então, do ponto de vista geral, a penalidade varia de 8 a 12 anos, o que é muito alto comparando-se, por exemplo, com o homicídio simples, cuja pena varia de 10 a 20 anos (art. 128 do Código Penal), e sem desconsiderar que a vida humana é o mais importante valor para o legislador. Isso mostra como o problema é importante e como reflete em todos os países. O Executivo e o Legislativo estão usando as penas não somente para afastar esses agentes da sociedade e reintegrá-los, mas também para desestimular os cidadãos ou residentes de um Estado ou território a praticar tais condutas.

O art. 9º estabelece que se os atos descritos no art. 8º forem relacionados a pequenas quantidades (o que é equivalente a não mais que três dias de consumo de um indivíduo) e se forem aqueles dos incisos I a III, a penalidade variará de um a dois anos de prisão e uma multa, e, se referir ao inciso IV, ela não será superior a 1 ano de prisão e multa.

Um importante artigo que demonstra que menor é a verdadeira preocupação também para o legislador doméstico é (como visto no art. 3º, § 5º da já mencionada Convenção) o art. 10, *a*, em termos de crescimento das penalidades previstas nos artigos anteriores no caso de substâncias serem entregues a um menor ou a uma pessoa com problemas mentais.

O art. 11 se refere a qualquer ação executada na forma descrita pelo art. 8º com o único propósito de ter as substâncias para uso pessoal. Em tais casos, a pena é consideravelmente menor, tendo o limite de dois anos de prisão e multa (e, no caso de substâncias mencionadas no inciso IV, a pena de prisão pode ser convertida em multa ou ser suspensa no caso do dependente de drogas se submeter a tratamento médico – § 2º).

Esse artigo deve ser distinguido do art. 28, inserido no Capítulo III, intitulado “Consumo e dependência de drogas”, o qual estabelece que, exceto no caso do art. 11, a aquisição ilícita ou a posse de substâncias de qualquer dos incisos é sancionada com pena de prisão superior a três meses e multa (*a*), ou se a substância tiver finalidade terapêutica (somente) com pena de multa (*b*). Então, isso significa que, diferentemente das recentes tendências em alguns países europeus como, *e.g.*, Portugal desde 2000 (Lei 30/2000, de 29 de novembro), onde o consumo de drogas não é mais crime, mas uma infração pertinente ao direito administrativo, em Macau o legislador ainda submete o consumidor a um Tribunal e, eventualmente, à prisão. Mas é preciso esclarecer que em Portugal o consumo de drogas não é livre, não é matéria irrelevante para o legislador: de acordo com o princípio da intervenção subsidiária do direito penal – levando em consideração os efeitos e a proteção dos mais relevantes valores – ele decidiu transferir a matéria para outro ramo, o qual é competente e suficiente para lidar com isso e proteger os valores da sociedade pertinentes.

Finalmente, destacamos dois dos crimes remanescentes relacionados com o tráfico de drogas que estão presentes nesse decreto-lei: a indevida posse de tubos, seringas ou outros materiais com intenção de uso de drogas, no art. 12, porque não é difícil imaginar menores que são dependentes na posse desses materiais, cuja pena de prisão (para imputáveis, naturalmente) é superior a um ano ou multa. O outro artigo a ser mencionado é o 16, § 4º, *a*), no qual o legislador prevê um aumento da penalidade pela incitação ao uso de substâncias narcóticas ou psicotrópicas, no caso de o agente agir em prejuízo do menor ou de pessoa com doença mental (ou outro caso previsto na mesma alínea). Isso significa que as preocupações do legislador com os menores, já destacadas no direito internacional, são as mesmas do legislador doméstico.

3 OUTROS CRIMES E INFRAÇÕES DIRETA OU INDIRETAMENTE RELACIONADOS A DROGAS

Depois de ter avançado por uma perspectiva geral sobre os crimes de tráfico e consumo de drogas, é hora de abordar alguns crimes especiais nos quais a droga desempenha papel importante (direção perigosa de um meio de transporte – art. 277 do Código Penal; e direção perigosa de veículos – art. 279 do Código Penal). Por outro lado, há uma infração particular no Código de Estradas: dirigir sob efeito de álcool, narcóticos ou substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito similar. Por exemplo, podemos imaginar um jovem de 15 anos dirigindo uma motocicleta depois de consumir drogas. Sua conduta se configura como crime ou como uma infração? E deveria alguma medida especial ser tomada contra ele?

A real distinção entre o art. 277 e o art. 279 do Código Penal é um meio utilizado para a prática de determinada conduta: na primeira situação, a pessoa está dirigindo uma aeronave (um avião

ou um helicóptero, por exemplo), um veículo náutico (*e.g.*, um barco) ou de linhas férreas (*e.g.*, um trem) e, na segunda situação, a pessoa está dirigindo um veículo (carro ou moto) com ou sem motor em via pública. Mesmo tendo o art. 279 especificado, claramente, na alínea *a* do § 1º, em quais situações a pessoa dirige um veículo sem as necessárias condições para tanto (por exemplo, bêbados ou pessoas sob efeito de drogas) e o art. 277 não faz esse tipo de especificação no § 1º, Paula Ribeiro de Faria defende que “[...] em relação a este fato, todas as circunstâncias que afetem o motorista são propensas a afetar a segurança [...]”,²⁵ como, *e.g.*, a extrema fadiga, a embriaguez ou a influência de drogas ou remédios – ou mesmo ambos, isto é, conjugação de álcool com medicamentos.

Então, o que é relevante em ambas as situações é que o agente, dirigindo tais veículos não estando em boas condições para fazê-lo em segurança (por exemplo, dirigindo-o depois de ter consumido drogas e isso afetar a requerida segurança para dirigir em boas condições) e, conseqüentemente, criando um risco para a vida ou integridade física de outra pessoa ou para bens patrimoniais de elevado valor, será punido. Assim, em ambas as situações nós temos um crime de perigo concreto, o que significa que, com sua conduta, o agente criou também um risco para os mencionados bens.

A pena varia em cada situação. No caso de direção perigosa de um meio de transporte, a pena de prisão oscila entre um e oito anos, e no caso de direção perigosa de um veículo particular a pena de prisão pode alcançar três anos ou simplesmente ser uma multa. A razão dessa diferença pode ser facilmente compreendida com este exemplo: a situação de um piloto de aeronave que a

²⁵ FARIA, Paula Ribeiro de. Notation to article 289 of the portuguese criminal code. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário conimbricense do código penal* – Parte especial, t. III, p. 1.065.

pilota após ter consumido haxixe é completamente diferente daquela de um motorista dirigindo um carro depois de ter consumido a mesma substância: o perigo criado para os bens envolvidos no primeiro caso é, sem dúvida, maior que o perigo criado no segundo.

Mas uma questão pode surgir: como pode o art. 279 ser distinguido do art. 292 do Código Penal português – dirigir um veículo em situação de embriaguez ou sob o efeito de drogas –, levando em consideração que aqui a pena é menor que aquela do art. 291 (este correspondente ao nosso 279)? A questão é importante porque, se no momento essa conduta é somente uma infração em Macau, parece que ela se transformará em crime em um futuro próximo.

O art. 292 do Código Penal português incrimina a conduta de dirigir um carro tendo uma taxa similar ou superior a 1,2 grama por litro de sangue, fazendo isso com, no mínimo negligência, ou sem boas condições para tanto, dado que sob efeito de drogas. Em ambos os casos a pena de prisão tem o limite de um ano ou multa, “[...] se uma pena severa não puder ser aplicada em consequência de outra previsão legal”. Isso significa que, por um lado, essa previsão legal deveria somente ser aplicada no caso de nenhuma outra ser cabível.

Por outro lado, essa hipótese não é tão grave quanto aquela do art. 291 (art. 279 do Código Penal de Macau) porque, neste último, não somente o motorista está levando adiante uma conduta perigosa por si mesma, mas também cria um risco à vida, à integridade física e a outros bens. No caso do art. 292, podemos ver que há mero comportamento que é punível por si mesmo, criando um risco abstrato para certo número de bens, mesmo se ninguém estiver em risco. Por exemplo, art. 291 (equivalente ao art. 279 do Código Penal de Macau) não deve ser aplicado se James, 15 anos de idade, dirige sua moto depois de ter usado droga – e não estando, por este fato, em condições de fazê-lo de modo

seguro – mas não há nenhum outro carro na rua, nem pessoa ou objeto que pudesse ser danificado (por exemplo, se acontece durante a noite em uma rua de Coloane). Mas, se tivéssemos uma previsão legal similar no Código Penal de Macau, uma medida especial poderia ser aplicada a ele (se outros pré-requisitos estivessem também presentes), porque ele teria praticado uma “ação ilícita”, levando em consideração o art. 292 do Código Penal português.

E o que dizer se isso acontece de fato em Macau? Mesmo se em Macau tal conduta não é considerada crime, ela é uma infração. Assim, o legislador considerou (pelo menos até o presente momento) que essa situação é ilícita, embora o direito penal não seja necessário para proteger os bens envolvidos.

De fato, crimes e infrações são, ambos, “um tipo de infração criminal” e, de acordo com Germano Marques da Silva, a diferença entre eles é que o

[...] o elemento objetivo do ilícito que, na infração, é só a desobediência a previsões preventivas de leis ou regulamentos. Não é o dano ou o risco de dano a um bem que está no foco do objetivo legal da infração, mas a mera possibilidade que uma ação ou omissão, desconsiderando o direito, cause eventual ou mesmo perigo não determinado, perigo que as normas, estabelecendo as infrações, querem prevenir – a infração é essencialmente o desrespeito à regra imposta pelo direito.²⁶

A penalidade para esse tipo de conduta (em geral) é especialmente a multa e, em casos de prisão, o limite legal é de seis meses (art. 123, § 3º, do Código Penal). Então, é um ilícito criminal menor e tem um regime legal específico.

²⁶ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português* – Parte geral, I, p. 113.

Assim, respondendo à questão acima, se isso acontece em Macau e o agente é imputável, ele irá cometer uma infração prevista no art. 68, § 5º, do Código de Estradas, sendo sua conduta punível com multa de 3 mil a 15 mil patacas.

4 MENORES EM UMA PERSPECTIVA JURÍDICO-CRIMINAL

4.1 Inimputabilidade devido à idade – Tendências recentes em outros sistemas legais

A razão pela qual o direito penal estipula que menores até certa idade não podem ser imputáveis é que eles não têm maturidade suficiente. De fato, eles estão construindo sua personalidade e em tal idade eles não são, usando as palavras de Teresa Beleza,²⁷ tão livres para entender as conseqüências de seus atos e não são capazes de opor eles próprios a determinada tendência ao cometimento do crime.

Consequentemente, eles não podem ser tratados da mesma forma que outras pessoas que têm a citada maturidade, assim como pessoas com doenças mentais que são também consideradas inimputáveis de acordo com o art. 19 do Código Penal (igualmente porque essas pessoas não têm liberdade para decidir não agir, mesmo se eles têm consciência da ilicitude da ação deles²⁸).

Há outra razão para a não-imputabilidade dos menores até certa idade. De um lado, o princípio da humanidade,²⁹ dado que o Estado ou território deveria evitar que a pena, especialmente de

²⁷ BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito penal*, v. 2, cit.

²⁸ BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito penal*, v. 2, cit.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral, p. 548.

prisão, pudesse ser aplicada a uma criança, porque esta não pode entender o real significado de tal pena, o propósito e a razão pela qual ela seria privado de sua liberdade dessa forma. Por outro lado, seria muito pior se a criança fosse a uma prisão, vivendo com outros presos que iriam ensiná-la sobre o crime, de tal modo que, quando saísse da prisão, seria realmente uma criminosa.

Em Macau, o legislador considerou que a idade dos inimputáveis vai até 16 anos (menos um dia) – assim como, *e.g.*, em Portugal. Mas, de fato, há outras legislações em que a idade dos inimputáveis é mais baixa – por exemplo, na Alemanha e na Itália,³⁰ onde a imputabilidade pode começar ao 14 anos, mas até os 18 anos será determinada em cada caso. Ou o (inacreditável) caso de Hong Kong, onde uma criança de 10 anos de idade pode ser considerada imputável, e o de Singapura, onde essa idade é de 7 anos. No momento, há uma discussão em Macau no sentido de analisar a eventual diminuição da idade da imputação para 14 anos de idade, sob o argumento de que um jovem de 14 anos já pode distinguir o “bom do ruim”.

A nosso ver, mesmo se levarmos em consideração o fato de que a criminalidade está crescendo em muitos países do mundo e não raramente os protagonistas são crianças ou jovens, há uma grande confusão em relação ao problema. A questão é que não podemos baixar tanto a idade da imputabilidade de tal modo que a razão para tal inimputabilidade desaparecesse em um incompreensível “movimento” do direito, usando valores que não podem ser tocados para a luta contra a criminalidade, porque nós não podemos nos esquecer de que crianças e jovens que não são considerados imputáveis por uma lei justa que leva em consideração sua maturidade estão ainda sendo punidos – mas não com uma pena de prisão. Quem pode imaginar uma criança de 14 anos de idade em uma prisão, em companhia de adultos e alguns grandes “peixes” da criminalidade?

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral, p. 552.

É em decorrência disso que há um regime legal aplicado às crianças até 16 anos de idade que cometem crime, que é adequada a elas, como analisaremos em seguida. Nós podemos apenas pensar no caso do Brasil, onde a taxa da criminalidade infantil é tão alta e, contudo, a idade da inimputabilidade vai até os 18 anos de idade³¹ (porém, há uma discussão sobre a diminuição da idade para 16 anos).

4.2 Alguns aspectos do regime legal aplicado a menores

O Regime Educativo aplicado aos menores de 12 a 16 anos de idade que cometem crimes é, hoje, previsto no Decreto-Lei n. 65/99/M. “Hoje” porque há uma nova lei (Lei n. 2/2007) que se tornará aplicável em outubro e regulamentará a matéria de modo diferente (de modo melhor, é verdade, porque esta última lei protege melhor o menor, esclarecendo seus direitos e deveres, *e.g.*, estipulando claramente que eles podem ser defendidos por um advogado – o que não é tão claro no art. 22 do citado decreto-lei, no qual podemos ler que “a intervenção de um advogado não é obrigatória, exceto em caso de apelação” – ou que eles podem apelar independentemente de sua idade – e este é um direito conferido apenas a menores com idade superior a 14 anos, pelo art. 39, § 2º, do citado decreto-lei).

O problema desse decreto-lei é que ele não dá as mesmas garantias que o direito processual criminal dá aos imputáveis, o que ilustra a idéia de proteção pelo Estado, o que poderia ser negado dada sua falta de legitimidade.³²

³¹ Art. 27 do Código Penal do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>.

³² Para maiores detalhes, cf.: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*, p. 549-550 e RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, Antônio Carlos. *Comentário da lei tutelar educativa*, p. 11 *et seq.*

Por outro lado, este decreto-lei regulamenta muitas matérias, como o regime aplicado aos menores supracitados, o regime de proteção aplicado aos menores com idade inferior a 12 anos que tenham cometido um crime e menores que tenham problemas sociais – como aqueles que são vítimas de maus-tratos, que estão se prostituindo ou consumindo álcool, etc., e, finalmente, alguns procedimentos relacionados à menoridade – por exemplo, a adoção. Isso pode ser considerado de modo separado e as citadas crianças que precisam de uma proteção real não poderiam ser apresentadas a um Tribunal, mas, sim, acompanhadas por instituições específicas, no nosso ponto de vista.

Em relação às medidas aplicáveis aos menores entre 12 e 16 anos que cometeram crime, elas constituem a advertência (o juiz faz uma advertência formal ao menor, censurando-o pela sua conduta e orientando-o para a correção, de acordo com o art. 9º), a imposição de determinadas condutas ou deveres, como a obrigação de reparar danos causados ou se desculpar (art. 10), o acompanhamento educativo ou o semi-internato ou o internato, quando nenhuma das medidas anteriores é suficiente. Em tais casos, ele será encaminhado a um Instituto de Menores e, dependendo do caso, pode permanecer lá apenas uma parte do dia – saindo para ir à escola ou para trabalhar e retornando ao fim dessas atividades – ou durante o dia inteiro. A principal finalidade dessas medidas é uma prevenção específica em termos de ressocialização ou educação do menor com vista aos valores legais válidos no sistema legal de Macau.

4.3 O problema dos jovens entre 16 e 21 anos de idade

Depois de visto o regime legal aplicado aos menores, há duas conclusões a destacar. De um lado, se o menor cometeu um crime estando em idade entre 12 e 16 anos (menos um dia), uma medida

educativa será aplicada mesmo se o processo começar quando ele já se encontrar com 21 anos (art. 16 do mencionado decreto-lei³³). Por outro, se o menor comete um crime a partir do dia em que completa 16 anos, ele é automaticamente considerado imputável pelo direito (art. 18 do Código Penal) e, se o Tribunal considerá-lo culpado e aplicar a pena de prisão, ele será encaminhado a uma prisão.

O problema é que, em Macau, não há regime especial para jovens adultos. O que poderia ser levado em consideração é o fato de que eles têm menos maturidade em comparação a maiores com mais idade; em consequência – e não ignorando que a prisão é a “escola do crime” –, a pena de prisão poderia ser evitada sempre que possível e, quando aplicada, isso poderia ser particularmente mitigado.³⁴ Seria também muito positivo se esses jovens adultos pudessem ser presos em uma prisão especial para eles ou em um setor especial de uma prisão comum, evitando o contato com outros adultos.³⁵

5 IMPUTABILIDADE – ALGUMAS PARTICULARIDADES

Finalmente, depois de fazer uma abordagem ao sistema aplicado a menores até 16 anos (menos um dia) que cometem “crimes”, é hora de concluir nossas idéias, mas não antes de perguntar o que acontece com um agente imputável que consome drogas e comete um crime nessa situação. Se ele o comete em tais circunstâncias em que não tem a necessária capacidade para avaliar a ilicitude de sua conduta

³³ Quando a Lei 2/2007 tornar-se válida, o dito limite será de 18 anos (art. 31).

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral, p. 553.

³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da lei tutelar educativa*, p. 19.

ou, mesmo tendo avaliado, não consegue conformar sua conduta com a sua apreciação,³⁶ ele pode ser considerado como inimputável, de acordo com o art. 19, § 1º, do Código Penal.

Todavia, uma pessoa imputável pode criar intencionalmente – ou por negligência – uma situação de inimputabilidade voluntária e, nessa situação, cometer um crime. Para todos nós, aplicar o mencionado artigo soa como um abuso. E de fato o é. Se, *e.g.*, um homem, Pitter, idade de 35 anos, quer matar sua mulher, mas não tem a coragem suficiente para fazê-lo sóbrio, ele pode ir a um bar e beber muito, em tal circunstância chegar em casa e matá-la, mas não será beneficiado (nós podemos perguntar se seria realmente um benefício ir a um Instituto voltado para pessoas com problemas mentais e não ter limite para o fim da medida de segurança em detrimento da pena) pelo regime do art. 19. De fato, ele será tratado como se tivesse cometido o crime sem qualquer desordem mental – como se pode depreender do § 4º do mesmo artigo.

Essa é a matéria da *actiones liberae in causa*, que significa que o caso no qual o autor, em um primeiro momento, era livre para se colocar em uma situação de inimputabilidade com o propósito de cometer, em um segundo momento, o crime. Como ele teve essa liberdade de decidir o que fazer, como cometer o crime, essa é uma decisão tomada por ele do mesmo modo que a de cometer o crime. Assim, se Pitter consome heroína com o propósito de ter a coragem necessária para matar sua mulher, ele será punido pelo crime de homicídio previsto no art. 128 do Código Penal e será submetido à pena de prisão de 10 a 20 anos.

Essa é a consequência de um crime cometido em tais circunstâncias que, tendo o autor decidido colocar-se em tal situação intencionalmente (pelo menos com a direta ou necessária intenção

³⁶ Considerando a expressão usada em inglês da tradução do Código Penal português acima citado.

– art. 13, § 1º e 2º), ele comete o mencionado crime (ou outro qualquer). E o que dizer se o autor cometeu o mesmo ato, mas com a eventual intenção ou só com negligência (art. 13, § 3º, e art. 14)? Nesses casos, Américo Taipa de Carvalho³⁷ esclarece que ele pode ser punido de acordo com o art. 284, intitulado “Alcoolismo e intoxicação”. Isso significa que, *e.g.*, se Pitter estiver pensando, por um longo tempo, em matar sua esposa e soubesse que ele nunca teria coragem para fazê-lo e, a despeito de não ter consumido drogas com o propósito, mas ainda sabendo que há um risco para outros bens quando ele está sob esta influência (ele pensa: “Sei que eu me torno perigoso quando consumo drogas; mas eu realmente acredito e tenho certeza de que nada irá acontecer com minha esposa), mas, de fato, ele a mata sob efeito de drogas, ele está agindo com negligência e deve ser punido com a pena de prisão superior a cinco anos e não somente superior a três anos, de acordo com o art. 134, § 1º, relacionado ao homicídio por negligência.

Esses são alguns aspectos relativos aos “imputáveis e drogas” que não poderíamos evitar abordar neste momento, dada a delicadeza da matéria, e não se esquecendo de que Pitter poderia ser não um homem de 35 anos, mas um jovem de 17 – e a consequência seria a mesma, porque, a partir dos 16 anos, ele é imputável do ponto de vista do direito criminal (exceto se, naturalmente, ele tiver algum problema mental).

CONCLUSÃO

No que concerne aos efeitos jurídico-civis, pode-se resumidamente, concluir que uma pessoa, agindo sob o efeito de

³⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. Notation to article 295 of the portuguese criminal code. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário conimbricense do código penal* – Parte especial, t. III, p. 1.112.

drogas, tem alguma proteção legal, o que pode ser mais ou menos compreensível, dependendo de ser a pessoa ainda um menor (não emancipado) ou um maior (ou menor, embora emancipado): o primeiro é automaticamente protegido pelo regime de menoridade, enquanto o último pode apenas obter alguma proteção por meio do regime de *inabilitação*, judicialmente requerido e decidido sob circunstâncias específicas, ou via estrita regulamentação da incapacidade acidental, dependendo de ser a incapacidade causada pelo uso de drogas permanente ou apenas transitória. De qualquer modo, a proteção conferida pelos regimes dessas incapacidades é limitada à anulação dos atos praticados pela pessoa incapacitada.

Com referência aos efeitos jurídico-criminais, ambos, menoridade até 16 anos e consumo de drogas, têm um tratamento legal. Por um lado, os menores até essa idade não são considerados agentes imputáveis porque eles não são tomados como tendo agido com culpa. Conseqüentemente, se um menor consome drogas, ele será apresentado ao Tribunal – não a um Tribunal Penal, mas para um de Família e Menores –, para que uma das mencionadas “medidas (educativas) de segurança” seja aplicada. Por outro, se uma pessoa que consome drogas é ainda menor do ponto de vista jurídico-civil, mas já criminalmente responsável porque tem 16 anos ou mais e assume tal conduta, ele será apresentado ao Tribunal Penal, e a pena pode, então, ser aplicada. Todavia, se, por exemplo, a pessoa for forçada a consumir drogas e, sob tal circunstância comete crime, ele não será punido nem por crime de consumo de drogas (porque ele não teve a intenção), tampouco pelo crime praticado, porque a pessoa será considerada como inimputável e só a medida de segurança pode ser aplicada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997,1998. v. I e II.

BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito penal*. Lisboa: AAFDL, 1980. v. 2.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário coimbricense do código penal – Parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. 3.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I.

CARVALHO, Américo Taipa de. Notation to article 295 of the portuguese criminal code. *In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). Comentário coimbricense do código penal – Parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. III.

FARIA, Paula Ribeiro de. Notation to article 289 of the portuguese criminal code. *In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). Comentário coimbricense do código penal – Parte especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. III.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código civil anotado*. 4. ed. rev. e atual. com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. v. I.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da lei tutelar educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português – Parte geral*, I: Introdução e teoria da lei penal. Lisboa: Verbo, 1997.

