

A MENORIDADE PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

PATRICIA HELENA MASSA

Procuradora do Estado — Mestranda em Direito
pela Universidade de São Paulo

1. A realidade infracional da criança e do adolescente. 2. A evolução da legislação penal brasileira. 3. A Constituição Federal.

A sociedade vem vivendo situações de insegurança provocadas pela ocorrência endêmica de crimes contra o patrimônio, especialmente roubos e furtos, não raro praticados por menores de dezoito anos.

Este quadro produz respostas sociais que geralmente imputam ao tratamento jurídico diferenciado ao menor de dezoito anos a razão para a criminalidade acentuada verificada nas ruas, sob a alegação de “estímulo” à delinquência juvenil. Assim, vivemos um momento de ressurgimento de demandas, partindo de vários segmentos sociais, no sentido de se ver reduzido o limite legal de imputabilidade penal para 14 ou 16 anos, pleiteando, bem assim, a criação de estabelecimentos correccionais específicos para o cumprimento de pena dos condenados na faixa etária de 14 a 18 anos ou, se a partir dos 16 anos, sua simples inserção nos estabelecimentos prisionais existentes.

Dentre as considerações trazidas, elenca-se uma série de fatores prontos a justificar o pedido, como a crescente participação de menores entre 14 e 18 anos nos crimes praticados no país; o dinamismo dos serviços de informação e o acesso aos veículos de comunicação como bastantes para afastar o “benefício da irresponsabilidade penal”; e a “desa-

gregação social que inicia em elevado índice menores entre 8 a 14 anos nos descaminhos do crime e do vício”.

Menciona-se, também, a “inadequação da legislação vigente para a reeducação de menores delinquentes e abandonados e seu encaminhamento no campo do trabalho produtivo, social e familiar”; “o despreparo dos funcionários que prestam serviços destinados à reeducação do menor”; “a inexistência de separação em estabelecimentos apropriados entre menores infratores e abandonados pela família ou sem família” e, ainda, o “descumprimento das normas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, estimulando a perversão e maior agressividade dos menores”.

Na análise dessas considerações, devemos ponderar — conquanto legítima tal preocupação que reflete o que vai no sentimento da sociedade já tão oprimida por um sem número de males e misérias — que o trato da realidade social no âmbito do Direito deve operar-se sem paixões e sem resvalar nos redemoinhos do senso comum, sempre imediatista e individualista. Cumpre aos que se incumbem a abordagem jurídica do tema separar minuciosamente as verdades das crenças e verificar as conseqüências da implantação das sugestões ora analisadas no universo das crianças e dos

adolescentes, na sociedade como um todo e na estrutura do Estado, em face dos deveres constitucionais e das possibilidades efetivas. Este procedimento preliminar torna-se necessário na medida em que o impacto desejado da norma penal na sociedade deve ter correspondência com a efetividade material e eficácia alcançadas.

As informações que chegam à população transmitidas pelos meios de comunicação dão conta de que a grande massa de menores abandonados que circulam nas grandes capitais do país se introduzem no consumo de drogas muito precocemente e passam, não raro, a constituir alvos de adultos inescrupulosos, que deles se utilizam para a prática de crimes variados. E todos concordam que a presença de uma família e a escolarização destes menores solucionaria boa parte do problema da delinquência juvenil.

1. A realidade infracional da criança e do adolescente

No entanto, uma pesquisa realizada pela Socióloga Célia Melhem,¹ do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas da UNICAMP, com apoio do Centro Brasileiro da Infância e da Adolescência (antiga FEBEM), com base nos processos abertos no período de um mês em duas das três varas especiais da Infância e da Adolescência da Capital, concluiu que o referencial utilizado pela sociedade e pelo Estado para administrar o problema do menor, segundo o qual os menores infratores são em sua maioria nordestinos, negros, sem família e nunca frequentaram escola é estereotipado e distante da realidade. Segundo a pesquisa efetuada, os menores infratores da Capital são majoritariamente paulistas, brancos, moram com a mãe ou a família e frequentaram a escola mais de quatro anos.

Evidenciou-se, ainda, que os infratores são minoria entre os menores que

vão parar na Justiça e que menos de um quarto deles (23%) tinham cometido algum ato tipificado como crime. Dos 140 casos acompanhados pela pesquisa, somente 17% voltaram a cometer crimes no período de dois anos, o que revela o alto índice de eficácia da estrutura implantada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente se confrontarmos com a reincidência verificada junto aos maiores de 18 anos que cumpriram pena em estabelecimento do sistema prisional nacional, que atinge a média assustadora de 80%,² mais do que suficiente para evidenciar a impropriedade de inserção de pessoas de 14 ou 16 anos nesse universo de alimentação no crime.

No que respeita à presença familiar, a surpresa é ainda maior, pois os resultados da pesquisa revelam que 84% moram com a família — 44% moram com a mãe e 41% moram com a mãe e o pai ou padrasto. Ainda, os cruzamentos efetuados demonstram que os que moram com o pai e principalmente com o padrasto são mais violentos do que os que moram somente com a mãe, apesar de conviverem com renda familiar mais elevada.

Os dados coletados nesta pesquisa, efetuada com a maior seriedade, nos possibilita perceber um pouco da realidade do adolescente infrator da cidade mais populosa da América do Sul, do seu perfil, de sua reincidência na prática de crimes. Ainda que necessitando ser mais extensa para permitir a melhor abordagem criminológica, já basta para esclarecer a satisfatória efetividade material da legislação em vigor.

Se a legislação se mostra adequada, o mesmo não podemos dizer do aparato que cuida de seu fiel cumprimento. Este aspecto, entretanto, não pode servir, sob a perspectiva da lógica, para embasar a alteração e o recrudescimento da legislação.

Ademais, profissionais que lidam com a realidade psicossocial da criança e do

adolescente reconhecem que, ao contrário do adulto, a transgressão de uma norma severamente apenada ou o desacato a todo tipo de autoridade lhes serve de instrumento de auto-affirmação perante seu grupo, o que vem a exigir do Estado uma forma diferente de abordagem para a delinquência juvenil, como a já adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. A evolução da Legislação Penal Brasileira

Inspirado no Código Penal Francês de 1810, nosso Código Criminal do Império de 1830 adotou o sistema do discernimento. O menor de *quatorze anos* não era de se considerar criminoso, salvo se tivesse obrado com discernimento, devendo, então, ser recolhido às casas de correção, pelo tempo determinado pelo juiz, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos. Por este critério, o “discernimento” poderia ser descoberto até mesmo em uma criança de oito anos e um adolescente de quinze anos poderia ser condenado à prisão perpétua, o que se dava, efetivamente, conforme criticava Tobias Barreto.³

O Código Penal Republicano de 1890 estabelecia não ser criminoso o menor de *nove anos* completos. Admitia, ainda uma causa de inimputabilidade condicionada, dispondo que o maior de nove anos e menor de quatorze anos que tivesse obrado sem discernimento não se consideraria criminoso. O critério do discernimento sempre trouxe problemas para o aplicador da lei, já tendo sido chamado por Evaristo de Moraes como o “critério da adivinhação psicológica”. A verificação da aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir o menor relativa lucidez para orientar-se segundo as alternativas do lícito e do ilícito era das mais difíceis para o juiz, que quase invariavelmente

decidia em favor do menor, proclamando-lhe a ausência de discernimento, conforme ensina Basileu Garcia.⁴ Desde o Código de 1890, a matéria vem passando por uma constante evolução, tendente a mitigar o sistema da responsabilidade, pois, segundo informa Aníbal Bruno,⁵ “nos fins do século XIX outra ordem de motivos veio influir na matéria — motivos de natureza criminológica e de política criminal, segundo os novos conhecimentos sobre a gênese da criminalidade e a idéia da defesa social, que impunha deter os menores na carreira do crime. Daí nasceu o impulso que iria transformar radicalmente a maneira de considerar e tratar a criminalidade infantil e juvenil, conduzindo-a a um ponto de vista educativo e reformador”.

De fato, o dispositivo do CP de 1890 foi expressamente revogado no orçamento de 1921 — Lei 4.242, de 5.1.21, art. 3.º, que autorizou o Governo da República a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente, construindo abrigos, fundando casas de preservação, etc., para, finalmente, estabelecer no § 20: “o menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, será submetido a processo especial”.

Rompendo definitivamente com o sistema anterior, o Código Penal de 1940, “inspirado principalmente por um critério de política criminal, colocou os menores de 18 anos inteira e irrestritamente à margem do direito penal, deixando-os apenas sujeitos às medidas de pedagogia corretiva do Código de Menores. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores, declarando-os por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsa-

bilidade penal, isto é o entendimento ético-jurídico e a faculdade de autogoverno⁶. Nelson Hungria prossegue afirmando que ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício. E externa, em longo e fundamentado trecho, sua preocupação com a causa da delinquência juvenil, o *abandono moral*, muito mais do que o abandono material.

Com efeito, nada indica que a idade de dezoito anos seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação.⁷ É, entretanto, um limite razoável de tolerância recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, tanto que podemos afirmar ser o limite de 18 anos praticamente regra internacional, sendo adotado pela maioria dos países, ou com pequenas variações para mais ou para menos. Dentre outros países, esse mesmo limite mínimo de idade para a imputabilidade penal é adotado na Áustria, França, Colômbia, México, Peru, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Holanda, Tailândia, Argentina, Cuba, Venezuela, Irã, Turquia, Equador, Luxemburgo e República Dominicana. E, se por um lado, o Haiti adota o limite de 14 anos e a Índia, o Paquistão e o Iraque, 15 anos, por outro lado, o Chile, a Suécia, Ilhas Salomão e alguns estados norteamericanos adotam o limite para imputabilidade penal a idade de 21 anos, conforme apontam Júlio Mirabete e Jorge Mucillo.⁸

Por este novo critério incorporado ao Código Penal o método biopsicológico (doença mental, desenvolvimento mental retardado e desenvolvimento mental incompleto em relação aos silvícolas inadaptados), encontra aqui uma exce-

ção à regra: o “método biológico”, desenvolvido especialmente para o menor de dezoito anos, tornando-o irresponsável e inimputável, por absoluta presunção legal, afastadas quaisquer indagações sobre o nexo que o delito possa ter com o seu efetivo desenvolvimento espiritual.⁹

O mais interessante é que o art. 33 do CP de 1969, que não chegou a entrar em vigência, voltou a adotar o critério biopsicológico, possibilitando a imposição de pena ao menor entre 16 e 18 anos, se revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. Em outras palavras, o legislador tentou ressuscitar o discernimento.

No entanto, ante o movimento surgido entre juízes de menores, suas ponderações e as de significativa parcela de estudiosos, o Código de Menores de 1973 novamente elevou o limite para dezoito anos.

Mantido no art. 27 da *Nova Parte Geral do Código Penal* o limite de dezoito anos, foi assim justificado o suporte fático na Exposição de Motivos:

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

3. A Constituição Federal

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 estatui em seu art. 228: "São inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". O dispositivo inova o Direito brasileiro ao elevar a nível de garantia constitucional à criança e ao adolescente o limite de idade para fins de imputabilidade penal, consagrando as exigências da melhor Doutrina e da produção jurisprudencial. É de se mencionar, inclusive, que o dispositivo mencionado revogou o Código Penal Militar quanto a idade penal para fins de imputabilidade. O CPM, decretado no mesmo dia que o CP de 1969, mas, ao contrário do diploma comum, vigente em seguida, adotava o sobredito sistema do discernimento para menores entre dezesseis e dezoito anos.

Sob a dimensão da Constituição Federal, encontramos efetivamente diante de uma garantia constitucional, ainda que topograficamente situada em *locus* diverso do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Não podemos, a propósito, olvidar do § 2.º do art. 5.º, que refere a todos os direitos e garantias expressos na Constituição e, muito menos, que a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços, ou seja, não se apresenta como mero agregado de normas, como sempre lembra Eros Roberto Grau. Efetivamente, o art. 228 encontra-se inserido em capítulo da Constituição especialmente desenhado para assegurar — nos termos do *caput* do art. 227, "com absoluta prioridade" — os direitos da criança e do adolescente e, neste conjunto, esse artigo se destaca no que toca à estatuição de direito e de garantia individual, qual seja, a de se ver o ato infracional eventualmente cometido tratado na conformidade com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do agente, propiciado, aliás, pela sociedade, família e Estado brasileiros.

Na medida em que o limite constitucional da menoridade penal se revela como uma garantia individual, revela-se também sua característica de *cláusula pétrea*, ou seja, não se a pode alterar por emenda, como também por revisão constitucional. De fato, dispõe o § 4.º do art. 60 da Carta Magna:

Art. 60. ...

§ 2.º: A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

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

IV — os direitos e garantias individuais.

Pelo texto constitucional que acabamos de apresentar, evidencia-se a impossibilidade de alteração do dispositivo que consagra a garantia do limite de 18 anos para fins de menoridade penal pela via da emenda à Constituição.

Em contraponto à possibilidade de emenda constitucional, coloca-se a hipótese da revisão constitucional. Segundo o art. 3.º do ADCT, sua aprovação dar-se-á com o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Ora, se três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, não pode alterar por emenda a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes ou os direitos e garantias individuais, então a maioria simples do Congresso Nacional em sessão unicameral reunida para rever a Constituição também não o poderá.

Este simples exercício de lógica dedutiva demonstra, desde logo, a absoluta impossibilidade de alteração de todos os dispositivos constitucionais que disciplinam direitos e garantias individuais pela via da revisão constitucional e, inclusive, do dispositivo do art. 228 de que vimos tratando.

A legislação editada para regulamentar a Constituição no que refere à proteção da criança e do adolescente obedece não somente à Constituição em si, mas também à "Convenção Sobre os Direitos da Criança", adotada pela Res. L. 44 da Assembléia-Geral das Nações Unidas, de 20.II.89.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assim editado em julho de 1990, coloca a questão da criança e do adolescente infrator dentro dos parâmetros determinados na Constituição e em conformidade com a Convenção Internacional, de forma a considerar sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento. A simples leitura do Tít. III do Estatuto é esclarecedora quanto à sua propriedade e adequação na disciplina da prática de ato infracional, afastando qualquer crítica que se lhe imponha.

Ainda, apesar de recentíssimo demais para ser sepultado e considerando que a reorganização da estrutura outrora existente para o correto tratamento dos problemas que envolvem o menor encontra-se em fase de implantação em todo o país, os resultados já alcançados com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente indicam seu sucesso, não merecendo, em absoluto, substituição por qualquer diploma draconiano que pretenda conferir abordagem de delinqüente convicto a pessoas que naturalmente são anti-sociais e encontram-se em fase de afirmação da personalidade.

Conferir ao menor de dezoito anos tratamento específico, mantendo-o fora do sistema penal e carcerário é opinião defendida pelos mais afamados nomes da doutrina brasileira. Basileu Garcia, Nelson Hungria, Délio Magalhães, Heleno Fragoso, Júlio Fabbrini Mirabete, Francisco de Assis Toledo, e muitos outros, de um modo ou de outro, glorificam a evolução do direito penal no tocante à menoridade penal, mas sempre

e por isso mesmo conscientes, cada uma à sua época, "da crescente criminalidade juvenil".

A propósito, Francisco de Assis Toledo observa que, na verdade, os seres humanos, sem exceção, socializam-se após o nascimento, cumprindo um processo de aprendizado relativamente longo, se comparado com o tempo de duração da vida. E não é estranhável que, no curso desse processo, cometam, com certa naturalidade, atos anti-sociais e até mesmo criminosos. O não infringir o Código Penal, nesse período é, conforme já se disse, uma questão de pura sorte. Prossegue o eminente jurista afirmando veementemente, que isso justifica o limite de idade consagrado, visto como salta aos olhos que o menor deve realmente ter um tratamento especial, mediante legislação especial.¹⁰

Se essa legislação estiver desatualizada ou apresentar deficiências, a questão é aprimorá-la e não, como por vezes se proclama, reduzir-se os limites para uma simplista extensão do reconhecidamente falho sistema penitenciário que aí está aos que ainda se encontram na puberdade, a respeito dos quais, por princípio, recusamos admitir um juízo de prognose cético, definitivo. E, como arremata Júlio Mirabete, a redução do limite de idade no direito penal representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinqüentes contumazes.¹¹

Considerando que o direito penal é a *ultima ratio* do Direito, que a alteração do limite de idade não gera efeitos significativos quer de *prevenção geral* quer de *prevenção especial* e, ainda, que política criminal não pode ser reduzida a simples política penal, e, finalmente, diante das ponderações desenvolvidas no presente excuro, não se pode admitir racionalmente o retrocesso do limite de idade para fins de menoridade penal.

NOTAS

1. *Jornal da Tarde*, ed. de 6.1.93, p. 7.
2. Percival de Souza, *Jornal da Tarde*, ed. de 30.10.92, p. 12.
3. *Menores e loucos em direito penal*, pp. 46-8.
4. *Instituições de Direito Penal*, 1/335, t. 1.
5. *Direito Penal* — Parte Geral, t. 2, p. 543.
6. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 1/359 e ss., t. II.
7. Francisco de Assis Toledo, *Princípios Fundamentais de Direito Penal*, p. 308.
8. *Manual de Direito Penal*, 1/217 e *O Menor e o Direito*, 1961, pp. 76-8, respectivamente.
9. Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, 1/341, t. 1.
10. *Princípios Fundamentais de Direito Penal*, p. 309.
11. *Manual de Direito Penal*, p. 218.