

A RESPONSABILIDADE PENAL DOS MENORES DE 18 ANOS

René Bernardes de Souza
Juíz de Direito aposentado

“O artigo a seguir homenageia o homem e divulga o seu legado produto de décadas de serviço idealista e, portanto, árduo pela justiça. O legado consiste no parecer de experiente trabalhador quanto as mazelas que assaltam não só aos jovens infratores, mas a nação brasileira. Posso dizer do amor dedicado ao presente texto que, como um inventário cerrado, só está conhecido de seus beneficiários “pos mortis”. Façamos bom uso da luz e sabedoria do último artigo da vida terrena desse guerreiro.”

René Bernardes de Souza Júnior

A história da criança, ao ser por nós estudada, causa estranheza e espanto, pois só pode ser analisada em razão das sanções que lhe foram impostas.

Com efeito, até o Séc.XVII era a criança um ser transitório, assim considerada especialmente dado a sua alta taxa de mortalidade e pelo fato de que, até o século passado, o infanticídio e os castigos cruéis eram contra ela utilizados de forma habitual.

No estudo da legislação comparada, parece pacífico que a lei norueguesa de 1.896, por já dispor dos critérios e características do direito de menores, apenas hoje vigente no país, foi o documento jurídico mais importante, na história da civilização, sobre as crianças e adolescentes, conforme informa História da Criança – História de seu controle, referindo T.S. Dahl, 1.985, 8.

No Brasil, já as Ordenações Filipinas (1.603 a 1830) dispunham sobre as penas aplicáveis aos menores, inclusive a pena de morte, que apenas não seria aplicada aos menores de 17 anos; surgiu, em 1.830, o Código Criminal do Império,

dispondo sobre a responsabilidade penal, tendo como modelo o Código Penal francês de 1.810.

No entanto, o início do nosso século registrou séria disputa, pois estando até então a criança, assim como os idosos e os expostos, a cargo da Igreja, pretendia a Maçonaria que os critérios para aplicação de qualquer medida ou sanção contra menores deveria obedecer a princípios racionais.

Já em 1.921, por meios impróprios, ao editar a Lei Orçamentária n. 4242, em 05 Jan 21, o Estado autorizou a “organização de serviços de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente” (v. O ATO INFRACIONAL E A JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, de César Barros Leal, in Revista da OAB, ano XXVI, n. 62, jan / jun 1.996).

A codificação da legislação referente às crianças e adolescentes ocorreu com o conhecido Código Mello Mattos (José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro Juiz de Menores da América Latina), o Dec. 17.943-A, de 12 Out 27, que objetivou a consolidação da legislação esparsa até então existente, visando a assistência aos menores e não a repressão ou a punição.

Consideramos já então ultrapassado o conceito higienista, pois vê-se a preocupação do legislador com a assistência, embora a real preocupação jurídico-social, a consciência da realidade, ou sequer a idéia do efetivo diagnóstico causador dos problemas, aflorasse.

Cinquenta e dois anos depois, em 10 Out 79, foi promulgado o Código de Menores Lei 6697, que já revelava a existência da consciência do problema, e vislumbra o diagnóstico; mas isto não era suficiente, e ocorreu intenso movimento social, no sentido de dar ao problema da criança e do adolescente sua real dimensão, para a adoção de medidas que real e efetivamente trouxessem um prognóstico aceitável.

Antes, muito se discutiu sobre a natureza das eventuais sanções aplicáveis aos jovens, mas hoje, ninguém duvida ou discute que qualquer medida a se a eles aplicada deve ter caráter pedagógico.

E por muitos anos se discutiu o problema, inclusive no âmbito das Nações Unidas, sendo de ressaltar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, cujo núcleo veio a constituir o art. 227 da Constituição hoje em vigor, que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, com a Constituição de 1988 foi o problema enfocado em seus termos reais, trazendo para a criança e o adolescente direitos constitucionais, com a compreensão de que são efetivamente as maiores vítimas de um sistema jurídico-social

defeituoso, de uma sociedade que tem uma das maiores distorções econômicas do mundo. E que isso precisa ter um fim.

Por isso atualmente vige o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 Jul 90, em obediência ao determinado no art. 227 da Constituição Federal de 1.988, que mudou radicalmente os conceitos até então vigentes, dizendo:

“Art. 227. – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Peço venia para que se anote e se tenha sempre em mente este dispositivo, pois ele, além de fundamental para o nosso estudo, é fundamental para a manutenção da própria sociedade, para a garantia do futuro nosso e de nossos filhos, para a garantia, mesmo, da existência de um futuro.

Estas considerações iniciais são muito importantes para que se possa embasar uma opinião racional sobre o problema da responsabilidade penal dos adolescente.

Tem suscitado discussão ultimamente o problema da delinquência juvenil, com muitas opiniões sobre a eventual redução da idade para considerar imputáveis menores de 18 anos.

Infelizmente estas opiniões na sua quase totalidade vêm expostas de maneira apaixonada e sem estudo de qualquer aspecto que demonstre, sequer, o conhecimento da realidade do problema, ou de seus aspectos técnicos, sem a busca do verdadeiro diagnóstico, sem o qual não é possível a escolha de qualquer caminho, remédio, medida ou solução e, por conseguinte, sem esperança de qualquer prognóstico.

A análise da imputabilidade em se tratando de ilícitos penais depende sempre da capacidade do autor do fato de compreender sua ilicitude e de agir conforme esse entendimento, de modo que quem não tem essa capacidade é inimputável, inexistindo culpabilidade.

O Código Penal vigente, em seu art. 26, é categórico na aceitação desse entendimento:

“Art. 26. – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de

determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Este dispositivo é complementado pelo art. 27, que presume o desenvolvimento mental incompleto dos menores de 18 anos.

Assim é que, contrariamente ao que entendem outros países, como Inglaterra e Estados Unidos da América, o Brasil considera inimputáveis os menores de 18 anos, presumindo seu desenvolvimento como incompleto; naqueles países procura-se determinar mediante exames periciais este desenvolvimento e a eventual capacidade de determinar seu comportamento.

Temos inicialmente que reconhecer o fato de que as crianças e adolescentes que cometem fato típico são, em sua quase totalidade, crianças sem qualquer assistência familiar e que desde a mais tenra idade vagueiam pelas ruas procurando sobreviver, como é notório, e em sua grande maioria são dependentes de drogas. São, com efeito, as maiores vítimas de uma insustentável situação social, que só tende a se degradar cada vez mais, especialmente considerando-se a desagregação familiar, a situação do desemprego, da má distribuição de rendas no país, e outros fatores do conhecimento geral, mas que nem por isso têm merecido atenção de quem quer que seja, a não ser por meios demagógicos, sem a adoção de medidas cabíveis.

E não nos enganemos: este comportamento irresponsável já garantiu um substancial aumento da criminalidade e da insegurança, especialmente nas grandes cidades, pelos próximos 20 anos ou mais; por isso, muito justa a preocupação com o aumento da criminalidade, e especialmente quando envolve crianças ou adolescentes.

Mas não será, absolutamente, a redução da idade para considerar imputáveis os menores de 18 anos, hoje, que diminuirá estes índices, nem em alguns anos, quando então se pleiteará a redução para 14, ou depois...

É claro que o estabelecimento deste idade de 18 anos, além de arbitrário traz desvantagens, pois no dia imediato ao seu aniversário, como por milagre, estará o “jovem adulto” penalmente imputável, e será amontoado, com mais algumas dezenas de outros, nas prisões infectas e degradantes de todos conhecidas, sem assistência, sem educação, sem preparo, sem profissão, sem emprego, analfabeto e com a certeza de que, tão logo seja solto (eu quase disse “quando obtiver a liberdade”, mas seria falácia) incidirá no crime com maior violência, com mais ódio, sem o respeito pelos demais seres humanos, pois ele próprio nunca foi tratado como tal, coisas que desconhece, pois não lhe foram ensinadas, sem qualquer condição de se ressocializar, pois ninguém teve com ele esta preocupação.

Mas o estabelecimento desta idade, de 18 anos, para se presumir a inimputabilidade, é necessária e não apenas em razão de nossas conhecidas deficiências, e veja-se que o legislador, ao editar o Código Penal, ou sua reformulação, pela Lei 7.209/84, deixou claro na Exposição de Motivos, em razão da pressão que já então se fazia:

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

Veja-se o critério técnico, e veja-se, principalmente, que o legislador de 84 (referindo-se ao Código de Menores, não ao ECA), deu realce à educação e isto não foi por acaso.

Cabe, assim, um retorno ao texto Constitucional vigente (art. 227), em que se diz ser obrigação ou dever:

...da família, da sociedade e do Estado.

Nesta ordem.

E a respeito, cabe aqui transcrever o que a respeito disse o Juiz Eduardo João Lima Costa, do 3º Juizado da Infância e Juventude, de Porto Alegre:

“É preciso que se faça um investimento maciço na área social, de apoio junto a famílias desestruturadas, que geram os infratores. Caso contrário, vamos perder esta guerra.”

Veja-se que é usual a reclamação de que o Estado não faz isto ou aquilo; no caso em estudo, antes do Estado o dever de assegurar aqueles direitos à criança cabe à família e à sociedade.

E temos informação de que há quem se preocupe com isto, podendo dar como exemplo o caso do Rio de Janeiro, em que funciona um Núcleo de Psicologia das Varas da Infância e da Juventude, onde são realizadas reuniões com o objetivo de fornecer aos pais de jovens com problemas, informações sobre o comportamento dos filhos, especialmente em razão da idade, vale dizer, sexualidade, fases

por que passa o adolescente, drogas, compreensão, estabelecimento de limites, direitos e deveres de pais e filhos.

Desta maneira temos que, fundamentalmente, a criminalidade, a insegurança, e todos os problemas atribuídos aos jovens, tem sua origem na desagregação familiar, e não falo aqui de renda familiar ou desemprego apenas. falo em falta de informação; não se fale apenas em miséria, fale-se em miséria social: o uso de drogas, o abandono, a criminalidade, são oriundos da desagregação familiar, da paternidade ou maternidade irresponsáveis, do abandono da criança, pelo que, aqueles setores da sociedade que combatem a redução da idade de imputabilidade, deveriam pensar um pouco melhor, para constatar que, realmente, a criança é a maior vítima.

Na realidade o que pretendem os defensores da redução da idade para considerar imputáveis menores de 18 anos é a redução da violência, da criminalidade, praticada já por um alarmante percentual de adolescentes. Mas será esta uma solução?

Creemos que não, mas que, ao contrário do que se pretende, isto virá agravar ainda mais a criminalidade, além de constituir um verdadeiro crime contra as crianças e adolescentes.

E a respeito, temos em mãos trabalho de Maurício Vian, Presidente do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Rio Grande do Sul, que nos permitimos reproduzir, na íntegra, por tratar da legislação comparada, no encarar o mesmo problema:

“Em 55% dos países a maioridade penal é aos 18 anos. Apenas em 19% é aos 17 anos. Em 13% aos 16 anos. Em 4% a maioridade penal é aos 21 anos. Nos Estados Unidos, em 7 anos de endurecimento de sentenças aplicadas a jovens, o resultado foi a triplicação de crimes entre adolescentes. Lá são 75.000 jovens infratores. Aqui, 25.000. Proporcionalmente nossa situação é melhor. A Espanha voltou atrás na decisão de reduzir a maioridade para 16 anos. A Alemanha, além de retornar a maioridade para 18 anos, está criando uma justiça especializada em crimes cometidos por pessoas de 18 a 21 anos.”

Veja-se que entre os jovens de 16 a 18 anos apenas um percentual muito pequeno pratica ou praticou fatos delituosos graves; a maioria absoluta pratica apenas pequenos furtos, mas a redução da idade viria trazer a contaminação carcerária para todos, e depois do ingresso numa prisão a reincidência, nos níveis atuais, dada nossa incapacidade de programar a ressocialização dos presos ou até de dar-lhes um local decente como prisão, elevaria os índices de criminalidade.

Na realidade, várias são as funções da pena privativa de liberdade, sendo a

primeira o temor causado pela pena estabelecida na norma, mas o sentido de punição hoje praticamente tem poucos adeptos.

E não se diga que crianças e adolescentes, por estarem sujeitos a uma legislação protetora, estariam impunes.

Hoje a pena privativa de liberdade é vista, fundamentalmente, como tentativa de ressocializar o autor de fato delituoso, reinserindo-o na sociedade, dando-lhe condições de disputar o mercado de trabalho para não mais delinquir; no que respeita às crianças e adolescentes isto é obtido pela sua reinserção na família, dando-lhes possibilidade de completar sua instrução e encontrar uma ocupação lícita, que lhes garanta a subsistência.

E note-se, esta é uma obrigação da família.

E o descumprimento destas obrigações, com o abandono moral ou material da criança, é crime, é fato típico, e sem dúvida, poderemos anotar, de logo, que cabe ao Estado exigir este cumprimento, por parte da família.

É natural, então, que a legislação específica, protetora, dê preferência à manutenção da criança e do adolescente no seio da família, porém, no caso de cometimento de fatos graves eles ficam sujeitos a pena privativa de liberdade até que completem 21 anos.

E isto, conforme o Estatuto, em estabelecimento em que deverá haver, necessariamente, a separação por idade, pela gravidade do fato praticado, pela agressividade, pela compleição física, e outros fatores.

Desta forma, o adolescente que pratica fato típico grave fica sujeito à internação e, após completar os 18 anos, poderá permanecer ainda internado até os 21 anos; e além disso, está sujeito à liberdade vigiada.

E durante o internamento deve receber assistência médica, instrução, é obrigado a freqüentar as aulas e obter aproveitamento, receber assistência psicológica e orientação, além de cursos profissionalizantes.

Pelo menos, é o que deveria receber, conforme a lei e a regulamentação das unidades em que estão recolhidos. Estas medidas devem ser postas em prática, de logo.

Como se vê, as sanções que implicam cerceamento de liberdade, para os adolescentes, são mais graves que as aplicáveis aos adultos, pois no que se refere aos fatos praticados em conluio, entre adolescentes e maiores, temos notado que a quase totalidade dos adolescentes ou jovens adultos ainda estão internados, enquanto os de maior idade já obtiveram liberdade.

Infelizmente, como veremos adiante, os maiores entraves para a efetiva im-

plantação do ECA são a falta de locais apropriados, e a falta de pessoal habilitado, como vem, repetidamente, acontecendo.

Efetivamente, nenhum dos Estados do Brasil vem cumprindo com suas obrigações, nesse sentido, como se tem constatado com frequência em São Paulo; dificilmente compreendo que o Estatuto estaria sendo obedecido, com a separação de que falei, quando vemos a fuga simultânea de centenas de menores, ou de mais de mil, como recentemente aconteceu.

E o fato de se estar usando os chamados “cadeiões” para o uso da FEBEM, no qual estão internadas algumas centenas de adolescentes e jovens adultos, é situação insustentável.

Ainda no dia 24 de abril de 2000, ocorreu rebelião no chamado Cadeião de Santo André, onde estão internados 231 adolescentes, com invasão do chamado “seguro” onde 8 (oito) adolescentes foram esfaqueados, o presídio foi inteiramente destruído, depois incendiado, com um saldo de um morto e 34 feridos, inclusive 13 funcionários, um dos quais teve o olho vazado por estilete, exigindo a intervenção da tropa de choque e do Corpo de Bombeiros.

No início do mês de maio de 2000, durante praticamente semanas, ocorreram várias rebeliões de internos da FEBEM, ocasião em que o Secretário do Bem Estar Social do Estado foi aos meios de comunicação e culpou os funcionários pelos fatos e estes, por sua vez, deram ao Governo um prazo de 10 dias para a solução do problema sob ameaça de greve.

Como se vê, a implantação do ECA está ainda muito longe de ser uma realidade, e a solução do problema, cada vez mais distante.

É verdade que o atual governo está envidando esforços no sentido de solucionar esta situação, como verificamos ao estudar e acompanhar a evolução do problema.

Aliás, dia 21 de março de 2000, pela televisão, assistimos a entrevista dada pelo Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social do Estado de São Paulo, EDSON ORTEGA MARQUES, durante a qual ele falou da preocupação do Governo na descentralização da FEBEM, com a construção de novas unidades, com 8 separações, com capacidade para 60 adolescentes cada.

Sabemos que a FEBEM de São Paulo tem 43 unidades, abrigando cerca de 3.500 jovens, e conta com cerca de 4.300 funcionários para isso; mas o Sr. Secretário nos informa da descentralização sem esclarecer a razão pela qual se está construindo uma unidade em Franco da Rocha com capacidade para 960 internos, nem como será efetivada a separação necessária, com obediência ao Estatuto, pela

idade, agressividade, comportamento, fato delituoso cometido, reincidência, compleição física e outros.

Este complexo, depois de parcialmente instalado, ainda na primeira quinzena de maio foi parcialmente destruído por várias rebeliões.

De qualquer maneira, alguma preocupação existe, especialmente no que respeita à ênfase no caráter preventivo e na preparação de funcionários, problema que sabemos de difícil solução, especialmente pela informação que temos do aumento da agressividade dos internos, anotada nos últimos três anos.

No Rio Grande do Sul, como sabemos, a FEBEM está melhor estruturada, embora tenha recebido inúmeras críticas, especialmente pelo despreparo de funcionários, o que é um problema de todos os Estados.

Mas lá ocorreu e está ocorrendo algo que falta em São Paulo, a regionalização; enquanto em São Paulo a cidade de Campinas, por exemplo, que mandou 310 menores para a FEBEM, se recusa a receber unidades, no Rio Grande do Sul estão sendo criados Centros de Juventude para a descentralização e para a reinserção dos menores na sociedade.

Verdade é que em Porto Alegre as unidades da FEBEM também não têm conseguido obter resultados satisfatórios no que respeita a evitar a reincidência, sendo grande o percentual de retorno, e isto pela falta de descentralização, de pessoal capacitado e da superpopulação.

Por razões de ordem pessoal conhecemos em Porto Alegre, onde conta a FEBEM com cerca de 25 unidades, uma que cuida dos jovens adultos, com 18 a 21 anos, e que praticaram fatos de maior gravidade, e vemos que, pela regulamentação a que está sujeita, tem efetiva condição de recuperar e ressocializar os internos; o acompanhamento deste resultado pode trazer importantes subsídios para nosso estudo.

E pedimos venia para ressaltar que a aplicação do preceito de separação, como já reiterado (ECA, art. 123), separação essa que deverá ser rigorosa, pelos critérios de idade, compleição física, e outros, é de fundamental importância para a efetiva aplicação de medidas sócio-educativas, tornando inúteis todos os esforços exercidos em outros sentidos.

Faz falta, igualmente, um modelo de casa ideal para o atendimento do jovem infrator, pois as experiências realizadas nesse sentido restaram infrutíferas, já que não se conseguiu agregar a estrutura física com recursos humanos qualificados e suficientes, seja na monitoria seja no atendimento técnico e terapêutico, seja, sequer, na necessária segurança.

Por tudo o que se disse, poderíamos concluir dizendo que, para a adoção real das medidas preconizadas, dever-se-á, inicialmente, buscar junto ao Legislativo a adoção de novo pacto federativo, pois desde a Constituição de 1988, que redistribuiu atribuições à União, Estados e Municípios, não se procedeu a uma redistribuição de receitas que lhes permitisse fazer face aos deveres assumidos.

E aplicar o ECA de forma efetiva, certamente implicará em recursos, especialmente no que respeita à criação de novas unidades e preparação de pessoal técnico especializados, especialmente visando sanar as falhas existentes, já conhecidas.

Sebendo que os problemas advindos do comportamento dos jovens são fruto de desagregação familiar, da miséria social de que todos somos vítimas, devem ser tomadas medidas, mesmo a longo prazo, para procurar uma justa redistribuição de renda, fixar as famílias no campo, evitando a migração e o êxodo rural, buscar um modelo de desenvolvimento econômico compatível, e que permita emprego a todos, enfim, deve o Governo buscar a implantação de uma sociedade mais justa e mais racional.

Aquele investimento na área social, de que falou o Dr. Lima da Costa, é básico, sem dúvida.

Mesmo a curto prazo, é fundamental a implantação do ECA, instrumento de que dispomos e que ainda não conseguiu as mudanças que ele se esperava, mas que apresenta importantíssimo potencial, justificando as expectativas.

Desta maneira, e apenas desta maneira, baseando nossa atividade na adoção de medidas sócio-educativas para os jovens, e buscando a estabilidade familiar, orientando a sociedade para seus deveres, e acionando o Estado para atuar nas falhas, se poderá ganhar esta guerra.

E, pelo amor de Deus, não tentemos aplicar aos jovens, “soluções” que até hoje apenas agravaram os problemas, não funcionando nem para os adultos.