

# O Menor e a Responsabilidade Penal

**Alyrio Cavallieri**

*Desembargador aposentado do TJ/RJ.  
Professor da EMERJ e Membro do Fórum  
Permanente da Criança e do Adolescente da  
EMERJ.*

O comandante do navio foi surpreendido com a passagem de uma flotilha em cuja nave capitânea estava o almirante. De acordo com o cerimonial, deveria ordenar a salva de praxe, determinando fossem feitos disparos de canhão. Não o fez e foi acusado de indisciplina. Submetido a julgamento, o juiz auditor deu-lhe a palavra para apresentar a sua defesa. O comandante disse que dispunha de dez razões para se defender. A primeira era: não ordenara a salva de canhão porque não tinha pólvora. O juiz dispensou as outras nove provas e o absolveu.

Tratamos aqui da momentosa questão da responsabilidade penal dos menores, agora tratados sem razão técnica, de adolescentes. Não se pode negar que a delinqüência juvenil, nos últimos anos, tenha crescido em volume e em violência. Além disso, os crimes de violência e tráfico de drogas ultrapassaram de muito aqueles de menor gravidade. O exame das estatísticas das varas especializadas dá conta de que o furto cedeu lugar ao roubo e a posse e ou uso de entorpecente foram ultrapassados largamente pelo tráfico. Quanto à quantidade, no Rio de Janeiro, enquanto em 1995 os processos relacionados a menores entre 12 e 18 anos somaram pouco mais de 2.000, no ano de 2002 o número foi além dos 6.000. A sociedade como um todo – famílias, mídia, políticos – reage emocionalmente, na busca de soluções imediatas que atenuem

a gravidade do problema. Daí a reação que se revela através dos pleitos pela adoção da pena de morte, o recrudescimento das punições e a penalização dos menores. Quanto aos menores, é óbvio que, rebaixada a idade a partir da qual eles se tornam passíveis de processo e pena criminal pelos seus crimes, fixada atualmente em 18 anos, a consequência seria a prisão, uma vez que penas alternativas para adultos já existem e elas correspondem, de certo modo, às medidas socioeducativas impostas aos adolescentes. Como o comandante do navio da anedota, que disse dispor de muitos elementos de prova em sua defesa, também temos muitas razões para a manutenção da idade de 18 anos. A primeira peça da defesa é esta notável obra intitulada *Prisão - Crepúsculo de uma era*, de autoria do mestre César Barros Leal, já vertida para o espanhol e para o esperanto, o que lhe concede abrangência universal. Estamos dispensados de apresentar outras provas. A prisão não é a solução.

No entanto, como recentemente se publicou notícia de que 57% dos magistrados pesquisados manifestaram-se a favor do rebaixamento da idade, o que já foi pior, pois há algum tempo, eles eram 75%. E, considerando que também numerosos legisladores apresentaram no Congresso Nacional projetos naquele sentido, penso ser prudente ir além do argumento da falta de pólvora, argumento indestrutível magnificamente consolidado pelo Mestre César Barros Leal na afirmação definitiva ao final de sua obra: “Saudada no princípio como uma conquista humanizante, a prisão não pode mais sobreviver qual sanção prioritária”, apesar das resistências.

Como foram mencionadas a opinião de juízes e a disposição de parlamentares, enfrentemos o argumento de autoridade. E autoridade por autoridade, temos a nosso favor os congressos de duas respeitáveis instituições de especialistas, a Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude – ABRAMINJ – e a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP – que, em seus congressos, sempre se manifestaram a favor da manutenção dos 18 anos. E há mais, as repetidas recomendações da Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família, com sede em Genebra. O seu 12º congresso, realizado no Rio de Janeiro, com 796 participantes de 34 países foi

peremptório ao proclamar: “A idade da responsabilidade penal do menor deve ser sempre aumentada e jamais diminuída!” Nos congressos que se seguiram, a recomendação tem sido repetida.

Publicação **DelRey Idade da Responsabilidade Penal**, organizada por Heitor Piedade Júnior e César Barros Leal, alinha opiniões calcadas em reconhecido conhecimento científico de Cleonice Maria Resende, Eros Grau, Francisco Clávio Saraiva Nunes, Gercino Neto, Godofredo Teles Júnior, Helena Rodrigues Duarte, João Batista Costa Saraiva, João Benedito Azevedo Marques, Mônica Cuneu, Munir Cury, René Bernardes de Souza, Saulo de Castro Bezerra, Tarcisio Martins Costa, Eduardo Reali Ferrari e dos próprios organizadores – todas defendendo a permanência da idade de 18 anos.

Ainda no setor de opiniões favoráveis à posição aqui assumida, a manutenção da idade atual, mas é imperativo citar o parecer do Conselho Federal da OAB, redigido por Nabor Bulhões e a irretocável preleção de César Barros Leal aprovada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de dezembro de 2000. Aditem-se os pareceres do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Manifesto da Associação dos Juízes para a Democracia e outras 27 entidades, a posição do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – o pronunciamento da CNBB e incontáveis posicionamentos.

Vencido o argumento de autoridade, verifica-se que todas as proposições existentes no Congresso Nacional, na linha do rebaixamento da idade, repetem o argumento “se pode votar, pode ir para a cadeia”. E foi repetido pelo insigne Desembargador Fernando Whitaker, conforme citação da Desembargadora Áurea Pimentel Pereira (*Revista EMERJ*, vol. 9 nº. 33). Este argumento é o pano de fundo das inúmeras propostas de emenda constitucional (PEC), pois a corrida para a mudança pretendida tem que passar pela alteração da Constituição Federal. O argumento a favor de tratar-se de cláusula pétrea é duvidoso, não confiemos nele. Esta frase é refrigério para os adversários, reconhecemos, mas a honestidade intelectual é soberana e assim é citado. A Proposta de Emenda Constitucional - PEC de número 171 refere-se ao “desenvolvimento mental dos jovens de

hoje". A de número 91 menciona "a capacidade de avaliar as conseqüências de seus atos". A PEC 301 refere-se a que o menor "aos 16 anos já possui discernimento suficiente para avaliar os danos que causa". Na proposta 386 está escrito: "a juventude, nos tempos atuais alcança ampla maturidade física e psicológica". Uma outra, de número 426, afirma: "hoje, os jovens já estão suficientemente amadurecidos". A enumeração é cansativa. E é óbvio que 'eles' sabem o que fazem.

Na origem, tal posição estriba-se no discernimento. Acontece que este argumento é o mais frágil de todos. E simplesmente porque o sistema legal no tocante a aquisição e perda do exercício de direitos de forma imperativa, não se baseia, em princípio, na capacidade de entendimento, mas, antes da capacidade, na idade. Tanto é assim que o jovem vota com 16 anos, mesmo sendo analfabeto. Nunca se pergunta se ele sabe votar, assim como não se indaga da senhorita de 16 anos se ela sabe casar. Ademais, o deputado federal mais votado do país não pode se candidatar a senador, nem a vice, nem a presidente da República se não tiver completado 35 anos. Do mesmo modo, o mais hábil motorista não obtém sua habilitação legal antes dos 18 anos. A capacidade vem depois da idade, o critério é etário, sem exceção. Até aqui falamos de aquisição de direitos. Mas também pelo implemento da idade, perdem-se direitos. Assim é que o mais competente e sábio desembargador despe sua toga, deixa de lado seu martelo virtual e não mais julga, um dia após completar 70 anos. E discute-se a elevação para 75 anos. Primeiro, a idade, depois, a capacidade. É o sistema universal. E aplica-se, também, àqueles que praticam crimes.

Este sistema não é justo, nem científico, mas baseado em critério de conveniência, tanto que é variável a fixação de uma idade. Não é justo porque a perda ou aquisição de direitos é definida por uma medida de tempo, até mesmo mínima, minutos, segundos. Coautores de um crime, o mesmo delito, idêntica participação, terão destinos absolutamente diversos se entre eles, o minuto da meia-noite de seus aniversários dos 18 anos os separou irremediavelmente. O sistema também não é científico, pois que nenhuma ciência do mundo foi convocada para a fixação daquele instante indefectível.

Repetimos, o critério é o da praticidade, imaginando-se que até os 18 anos, provavelmente, a possibilidade de ressocialização é maior. Injusto, não científico, no entanto, o sistema etário tem a seu favor ser radical, abrangente, *erga omnes*, obrigando a todos sem exceção. O ideal seria utilizar-se o critério justo do discernimento, pelo qual a capacidade, a qualidade, a habilitação da pessoa ficaria na dependência de uma perícia, uma avaliação. No entanto, esta é falível, o juiz não está adstrito ao laudo, e, sobretudo absolutamente impraticável pela impossibilidade de submeterem-se todos os indivíduos sob julgamento, a uma apreciação técnica.

Com relação aos menores, o sistema do discernimento foi abandonado no Brasil em 1921 e substituído, de forma absoluta, pela certeza etária.

Ora, aceitos os argumentos expostos, porque ainda nos dias atuais os motivos para a pretensão do rebaixamento da idade ainda estão na esfera estreita do "sabe o que faz, deve ir para a cadeia"?

Tentamos uma explicação. Toda a desgraça começou em 1940, quando, ao explicar o novo Código Penal, o Ministro Campos, ou alguém por ele, como dizem desafetos, tenha afirmado que os menores de 18 anos, porque IMATUROS, ficavam fora da lei criminal. Lá está escrito, em negrito, na Exposição de Motivos, datada de 4 de novembro de 1940. E todos nós, a partir de nossos professores, e toda a comunidade fomos infectados, aceitamos e repetimos essa enormidade, a afirmação de que TODOS, TODOS os brasileiros abaixo daquela idade eram imaturos. O erro foi repetido na Constituição de 1988, com outras letras (a referência à imputabilidade), artigo 228, no Código Penal atual, artigo 27 e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 104. Todos os citados diplomas legais repetem as palavras "são penalmente *inimputáveis* os menores de 18 anos". Vamos repetir dois conceitos científicos, a fim de fundamentar a argumentação. Não há discordância em que *imputabilidade* é a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento. E *responsabilidade* é a obrigação de arcar com as conseqüências jurídicas do ato praticado, o que pode resultar no cumprimento de uma pena criminal. Abstemo-nos de mencionar doutores que firmaram estes

conceitos, pois nos dirigimos a juristas que bem os conhecem. Note-se a contradição do Código Penal: depois de firmar-se na maturidade psíquica, mental, fixa uma idade. O Código Penal consagra sua crassa erronia quando, no Título III da Parte Geral, trata da Imputabilidade Penal. Mete no mesmo balaio da inimputabilidade o doente mental, o bêbado completo e fortuito e, pasme-se! o menor de 18 anos. E temos convivido com tal absurdo. Enquanto os dois primeiros sujeitos são irresponsáveis por causas nosológicas, o terceiro – o menor - está fora do sistema penal por uma causa cronológica, a sua idade. E todo o mundo e seu pai, juristas e políticos, contaminando o povo, continuam na litania: pode votar, pode ir para a cadeia. Sabemos muito bem que os juristas tentaram justificar a erronia, ao inventarem uma “presunção de inimputabilidade”. Ora, não há presunção diante da certeza. Todos “eles” sabem o que fazem, a partir de uma idade mesmo reduzida. Já no século dezenove, Tobias Barreto defendia a tese do discernimento da criança, para os seus atos infantis. Como o povo, não me refiro aos cultos, aceitaria uma inimputabilidade presumida diante de um homem de 17 anos que, empunhando uma arma, mata um semelhante? Ele não sabe o que faz? Se não souber, estará incluído num dos outros dois grupos, elencados pelo Código Penal. Embriaguez completa e fortuita e doença mental.

Há a considerar que dois rebaixamentos de idade ocorreram: aquele que reduziu de 21 para 18 anos a idade da capacidade civil plena e o que resultou na fixação nos 16 anos a capacidade eleitoral. É inegável que tais editos trouxeram, para o mundo civil, um maior número de cidadãos e aumentou o contingente dos eleitores. Pode-se perguntar se ocorreu algum ganho para os contemplados, mas esta é outra discussão. E surge o paradoxo: reduzida a idade da responsabilidade, o aumento será da população carcerária, pois os delitos praticados pelos adolescentes, em maior quantidade, estão na classe da criminalidade aquisitiva – furto, roubo, tráfico – aos quais é cominada pena de prisão, quando praticados por responsáveis. Imagine-se a multidão de jovens entre 16 e 18 anos que aumentaria a superlotação das cadeias.

É hora de se perguntar aos adeptos do rebaixamento da idade se a cadeia é a solução. Sabe-se que a comunidade, diante do au-

mento da criminalidade e o recrudescimento da violência, reage emocionalmente. E pleiteia-se a pena de morte, o endurecimento das penas, a diminuição da idade. O segundanista, no passado, hoje o do segundo período de Direito, aprende que a pena criminal tem três finalidades: recuperativa, intimidativa, retributiva (o castigo). Em sua consciência, é forçoso reconhecer que só restou um atributo: o castigo. Quanto ao aumento das penas, impõe-se a verdade histórica: a primeira lei que puniu o traficante de drogas fixou a pena máxima em reclusão em 5 anos; a seguir, ela foi aumentada para 7 e, agora, é de 15 anos, além de multa colossal. Diminuiu o tráfico? E nem se fale em impunidade, pois os grandes traficantes, no Rio de Janeiro, estão nos presídios de segurança máxima.

Esgotada a problemática, passemos à *solucionática*.

A solução está na implementação de medidas de prevenção de primeiro grau, aquelas que atinjam as raízes da anomia, como na metáfora do candidato que mostrava os cinco dedos da mão – educação, saúde, emprego, seguridade, habitação e mais dedos, lazer, salário e agora os dedos já são sete. Ou adotar as sugestões do sociólogo Michel Misse, anunciadas no dia 19 de março de 2003, perante o Congresso Internacional “Violência - Frente e Verso”, da Escola da Magistratura Federal e da Fundação Konrad Adenauer: começar com as crianças pequenas, oferecer alternativas culturais, provocar a auto-estima nas crianças num ambiente em que convivam com a baixa auto-estima, incentivar a formação de lideranças jovens, apoiar e integrar a família, seja com cestas básicas, seja com visitas regulares aos seus domicílios, adotar educação para a realidade das crianças com currículo que contemple soluções para problemas do seu dia-a-dia, oferecer ensino profissionalizante, estabelecer programas de reabilitação do jovem que pretenda largar o tráfico. Aqui está todo um programa de governo, perfeitamente realizável, preconizado por Michel Misse.

Mas é necessário atender aqui e agora, à sociedade, premida pelo aumento da delinquência e da violência e algo deve ser feito no âmbito da legislação. A manutenção da idade penal de 18 anos significa uma gloriosa e possível utopia, a crença em que a reeducação é o caminho, postura assumida em nosso país, desde os anos vinte. Na esteira de uma legislação específica que vem desde o

Código de Menores de 1927, dispomos, hoje do Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidação de misto de lei programática e de conflito, com o que se distancia das leis anteriores. Os códigos anteriores eram leis de conflitos e não leis programáticas, como em uma das divisões das normas. Não se trata de crítica somente de forma, mas, e, sobretudo, de fundo. Valeria reclamar de uma política de terra arrasada com relação ao passado. Autor da primeira consolidação, em 1927, quando o país convivia com três códigos (Comercial, Penal, Civil – 1850, 1890, 1916), ao redigir lei que se destinava a uma porção do povo, menores de 18 anos, e mesmo este contingente, limitado aos abandonados e delinqüentes, Mello Mattos, simbolicamente, chamou-a de Código, colocando-a no patamar dos diplomas existentes. Os reformistas contentaram-se com “estatuto”. Esta denominação foi criticada por Eduardo Mayr, por inadequada (Falhas do ECA, Ed. Forense, pág. 3). E acrescentamos, indica desprestígio. Mas aí está. Dezesesseis anos após sua sanção, o Estatuto clama por uma atualização, ditada pela experiência em sua implantação e já reclamada por seus próprios autores, os quais propõem a edição de uma lei de aplicação das medidas socioeducativas, alterando o texto da lei original. Mas que as modificações não sejam tópicas, para não se desorganizar a lei, uma consolidação de normas. Mônica Labuto, insigne magistrada fluminense, colecionou, da existência de um rol de 47, mais de uma centena de projetos de leis ordinárias, em trânsito no Congresso Nacional, todos propondo alteração do ECA. Guaraci Vianna, titular do juizado dos infratores, menciona o número de 142 projetos. –Proclamo, com humildade, mas em alto e bom som – SALVEM O ESTATUTO! O trabalho deve ser consignado ao CONANDA (Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente) adjunto do Ministério da Justiça, congregador de uma plêiade de especialistas. Deve adiantar-se ao Congresso. Seria saudável, ademais, examinar se as 92 pessoas que formularam 395 objeções à lei, no livro Falhas do Estatuto e do Adolescente, edição Forense de 1995, têm alguma razão.

Temos que sustentar a gloriosa bandeira da responsabilidade aos 18 anos. A sociedade a aceitará se oferecermos algumas correções da lei, tais como a adoção do verdadeiro sentido das medidas socioeducativas que, no momento, com seus prazos de vigência

determinados, assemelham-se a penas criminais, o que é incompatível com a intenção educacional - ECA, artigos 122 (internação), 118 (liberdade assistida); a correção dos casos de internação que, agora impedem a privação de liberdade no caso de traficante armado, artigo 122, a eliminação da inconstitucionalidade consistente em subtrair do Judiciário a apreciação do delito em que exista lesão ou ameaça de direito praticado por menor de 12 anos (artigo 105 e outros). Qualquer que seja a idade da mão que perpetra um furto, o ato é lesão de direito. Esta excrescência tem levado os traficantes a aliciarem as crianças, conforme denúncia do Promotor Márcio Mothé, do Rio de Janeiro. Em outro setor, seria louvável que, ao lado das 54 vezes em que a palavra direito/direitos aparece no Estatuto, enquanto a palavra dever/deveres só surge 9 vezes e esta nunca dirigida a menores - houvesse uma compensação: o artigo 124 refere-se aos 18 direitos dos adolescentes internados e nenhuma obrigação, nenhum dever. A referida contagem deve-se ao magistrado Jessé Judá Bragança, com base em seu computador.

Se se admitir que a cadeia não é a solução, aí está um caminho para a salvação do ideal da manutenção da idade da responsabilidade penal e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

E acabamos de ouvir os nove argumentos dispensados da defesa do marinheiro, para garantir a tese da falta de pólvora. ☹