

Tratamento Jurídico da Menoridade.

Henny Goulart

Livre Docente de Direito Penal na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

SUMÁRIO: I. *Introdução.* II. *Evolução histórica.* III. *Direito Penal Moderno.* IV. *Legislação Penal Brasileira.* a) *Ordenações;* b) *Código de 1830;* c) *Código de 1890;* d) *Projeto Virgílio Sá Pereira;* e) *Projeto Alcântara Machado;* f) *Código de 1940;* g) *O Projeto Nelson Hungria e o Código de 1969;* h) *Legislação Penal Militar.* V. *O Código de Menores e os Novos Projetos.*

I. Introdução.

O interesse pela delinquência juvenil e a preocupação com a pesquisa dos fatores responsáveis pelo seu surgimento e desenvolvimento, além do tratamento e assistência ao menor, somente se fixaram a partir de meados do século XIX. Embora tivesse havido manifestações anteriores, elas se constituíram, podemos dizer, em protestos ou realizações isoladas, esporádicas, que não chegaram a um aprofundamento das idéias ou a uma sistematização das normas então existentes.

Exemplo disso podemos encontrar nas chamadas “Casas de Correção”, edificadas pelos burgueses protestantes de Amsterdã, no século XVI, tendo por finalidade a emenda dos criminosos pelo trabalho obrigatório, disciplina severa e assistência religiosa. Nesses primitivos institutos foi criada em 1600 uma seção para menores incorrigíveis, ali enviados pelos próprios pais para instrução geral. Na segunda metade do século XVII, surgiu em Florença o Hospício de San Felipe Neri, destinado à correção de meninos vagabundos, embora nele fossem também recolhidos jovens de vida dissoluta. As normas aí aplicadas eram rigoroso confinamento individual em celas, trabalho e assistência religiosa. E no século XVIII, destacou-se a iniciativa do Papa Clemente XI, que fez construir em Roma, em 1703, o Hospício de São Miguel, destinado aos jovens como casa de

correção, sob o regime de isolamento noturno, trabalho em comum durante o dia, vigorando a regra do silêncio, e disciplina rigorosa, servindo também aos órfãos e anciões como asilo. Os bons resultados obtidos motivaram a criação de novo instituto, nos mesmos moldes, para mulheres, em 1775¹.

No século XIX, surgem nos Estados Unidos os reformatórios que, durante muitos anos, ostentaram grande renome, tendo como instituição modelo o Reformatório de Elmira, no Estado de New York, criado em 1876. Com base no regime progressivo, os reformatórios recebiam jovens delinquentes entre 16 e 30 anos, primários, condenados a penas relativamente indeterminadas. Aplicava-se o sistema das marcas ou vales, concedidas pelo trabalho, boa conduta e instrução religiosa. O aprendizado de um ofício era obrigatório, assim como os exercícios do tipo militar. Na terceira fase podia ser obtido o livramento condicional, ocasião em que o reeducando recebia um pecúlio para as primeiras necessidades. Tal sistema obteve, a princípio, os melhores aplausos, sendo imitado por outros estados americanos e países europeus. A partir de 1920, entretanto, o entusiasmo decresce e o movimento pela edificação de novos reformatórios declina, pela constatação de que o sistema era demasiadamente severo, aplicável a pequena faixa de delinquentes, funcionando como prisão de segurança máxima onde, na realidade, não se podia obter a reforma dos internos.

Mas, como nota CALON, ainda que no século XVIII, figuras de grande relevo como BECCARIA e HOWARD tivessem formulado candentes protestos como o Direito Penal vigente e o regime imperante nas prisões, sendo justo sublinhar que essa tomada de posição muito contribuiu para que as legislações penais perdessem, em grande parte, sua tradicional dureza, fossem abolidas muitas das penas cruéis e o homem que existe em todo delinquente passasse a ser mais respeitado e contar com maiores garantias, na verdade esses grandes reformadores não se preocuparam especialmente com a sorte dos menores nos cárceres da época².

Somente a partir do século XIX é que o interesse pelas crianças e jovens moralmente abandonados, delinquentes ou

1. CALON, E. CUELLO, *La Moderna Penologia*, Barcelona, 1958, t. I, p. 307; NEUMAN, ELIAS, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários*, Edic. Pennedille, B. Aires, 1971, p. 32, 34 e 134; SUTHERLAND, EDWIN, *Princípios de Criminologia*, trad. Asdrubal Mendes Gonçalves, Liv. Martins Editora, S. Paulo, 1949, p. 473.

2. CALON, E. CUELLO, *Criminalidad infantil y juvenil*, Bosch Casa Edit., Barcelona, 1932, p. 64 e segts.

viciados, se acentua, passando os juristas a propor medidas para suavização do regime penal dos menores, e os sociólogos, pedagogos e médicos aos estudos e pesquisas dos menores anormais e do aumento da criminalidade juvenil e seus fatores, procurando demonstrar que esses menores não podiam ser responsabilizados por infrações e vícios, impulsionados como eram, muitas vezes, por tendências congênicas, meio hostil e falta de cuidados e tratamento adequado. E assim, firmado nos sentimentos de respeito e simpatia humanitária pela sorte dos menores em perigo, desenvolveu-se o movimento de proteção social e jurídica, reforçando-se a convicção de que aos menores não podiam ser impostas penas com sentido retributivo e expiatório como as aplicadas aos adultos, mas unicamente medidas de proteção, reeducação e assistência de toda a ordem.

Modernamente, esse movimento alcançou uma fase que tem sido denominada de científica, pois a atuação empírica foi substituída por estudos aprofundados sobre o menor. Demonstrou-se que toda conduta humana é motivada, repousando os motivos desencadeantes das condutas consideradas anti-sociais e criminosas tanto em fatores físicos e psíquicos, como nas influências decorrentes do meio social em que o agente vive e se desenvolve. A condução foi pela necessidade de neutralização desses fatores e de um trabalho de recuperação dos menores transviados ou inadaptados, carenciados ou em perigo, pela imposição de assistência e amparo e não de pena.

As conseqüências dessas conclusões foram, antes de mais nada, a retirada do menor da órbita de atuação do Direito Penal, pelo fundamento de que não se poderia mais falar em responsabilidade moral nem em expiação da falta cometida, e sua colocação no âmbito da pedagogia corretiva; depois, o surgimento de legislação especial aplicável aos menores; a criação de sociedades e associações dedicadas à assistência e proteção da infância; o incremento e sistematização dos tribunais tutelares, que surgiram nos fins do século XIX; a idéia de serviços auxiliares desses tribunais, como as clínicas para tratamento e os institutos de orientação; e, por fim, até a terminologia usada modificou-se, passando as expressões “menores delinquentes ou criminosos” e “delinqüência infantil ou juvenil” a ser substituídas por “menores difíceis” ou “menores problemas” e “conduta anormal ou irregular”. Atualmente, os estudiosos das questões menoristas aceitam a expressão “menores em situação irregular”, englobando todas as designações anteriormente empregadas, no sentido de evitar-se o etiquetamento do menor.

II. Evolução Histórica.

A Lei das XII Tábuas já fazia distinção entre os púberes e impúberes, fixando-se, posteriormente, três categorias de menores: os infantes, até 7 anos, período em que se considerava a criança completamente irresponsável; e os próximos à infância, até 10 anos e meio para os meninos, e 9 anos e meio para as meninas. A partir daí até a fase da puberdade, fixando-se as idades em 14 e 12 anos, respectivamente, entendia-se que a incapacidade decorrente da idade podia ser suprida ou avivada pela malícia e, por isso, a irresponsabilidade só podia ser declarada provando-se a ausência do discernimento de acordo com o arbítrio do juiz. Declarada a existência do discernimento, cabia pena atenuada.

Para o Direito Germânico, a idade tinha escasso valor, pela consideração de que a finalidade da pena era o ressarcimento do dano. Posteriormente, levou-se em conta o elemento subjetivo, tido como involuntário o ato do jovem privado do discernimento, fixando-se a responsabilidade a partir dos 12 anos.

O Direito Canônico, por sua vez, procurou estabelecer com maior exatidão o critério da responsabilidade dos menores, aprofundando, segundo JORGE MUCCILO, a questão do discernimento: irresponsáveis eram os menores até 7 anos, período em que não se poderia falar em malícia; dos 7 aos 14 anos, ficavam sujeitos à investigação do discernimento, aceitando-se o critério de que a malícia supre a idade, com aplicação, conforme o caso, de pena diminuída; a partir da puberdade, ou 14 anos, entravam para a fase da responsabilidade penal.

Durante os séculos XVI, XVII e até no século XVIII, afirma CALON, surgem em alguns países disposições benéficas a respeito dos jovens delinquentes, preceituando educação e reforma, mas o que podemos realmente identificar nessa época são períodos alternados de suavidade e crueldade, com aplicação ora de penas reduzidas e colocação dos menores infratores em instituições hospitalares, ora submetendo-os a penas de extrema gravidade, como os açoites, galeras, expulsão do território, ou recolhimento aos cárceres, na desmoralizadora companhia de perigosos infratores adultos, imposições essas adotadas na Espanha, França, Alemanha e Inglaterra, onde até a pena de morte era imposta.

A Escola Clássica, fundamentando a imputabilidade na responsabilidade moral derivada do livre arbítrio e da vontade de cometer o ato do delituoso, estimou que o desenvolvimento intelectual do menor se fazia de forma paralela ao seu desen-

volvimento físico e, assim, desde que a inteligência lhe permitisse discernir o bom do mau, o justo do injusto, o ato praticado passava a ser reprovado como delito e o castigo se impunha, proporcional à idade. CARRARA, ensinando que o grau de imputabilidade correspondia ao grau de desenvolvimento físico e psíquico, estabeleceu quatro etapas na vida do ser humano: a infância, período de irresponsabilidade absoluta, até os 12 anos; a adolescência, de responsabilidade condicional, de 12 a 18 anos, devendo o juiz examinar se o menor agiu ou não com discernimento; a maior idade, a partir dos 18 anos, de responsabilidade plena; e a velhice, de responsabilidade modificável em seus resultados, devendo-se considerar a imputabilidade atenuada³.

Os Códigos Penais que aceitaram a doutrina clássica passaram, de forma geral, a fixar um período de irresponsabilidade absoluta para, em seguida, estabelecer etapas condicionadas ao “discernimento”, bastante discutidas e censuradas pelos doutrinadores como fórmula vaga, imprecisa e de conceituação difícil. As idéias das diversas correntes podem, entretanto, ser assim reduzidas: o “discernimento moral”, ou inteligência suficiente para distinguir o bem do mal, o justo do injusto, pregado por CARRARA, ROSSI, ORTOLAN e CHAVEAU; o “discernimento jurídico”, ou capacidade do menor para compreender o que é legal ou ilegal, ou o entendimento da antijuridicidade do ato, aceito por VON LISZT; o “discernimento moral e jurídico”, consistente no entendimento do justo e injusto e na faculdade de compreender a ilegalidade do ato praticado, no dizer de HAUS; e o “discernimento social”, no sentido de que a criminalidade juvenil tem suas fontes não somente no caráter e instintos do menor, mas também no meio social em que vive; de acordo com esse meio e com base na educação recebida, pode ter ele discernimento.

Durante o século XIX, grande parte da legislação penal assinalou a menoridade considerando três períodos, embora com variações na idade: um de completa irresponsabilidade, até os 7 (Sérvia), 8 (Peru, Rumânia, Salvador), 9 (Espanha, Itália) ou 10 anos (Alemanha, Áustria); outro período em que deveria ser examinado o grau de discernimento do menor no momento da prática do ato delituoso, impondo-se-lhe pena

3. MUCCILLO, JORGE, *O menor e o Direito*, p. 30; CALON, E. CUELLO, *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 86; GARRAUD, RENÉ, *Droit Pénal Français*, Recueil Sirey, Paris, 1913, I, p. 721; CARRARA, FRANCESCO, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Tip. Giusti, Lucca, 1877, parte geral, v. I, §§ 218-223.

bastante atenuada se declarado responsável, até 14 anos (Portugal, Itália), 15 (Espanha, Dinamarca), 16 (Hungria e vários cantões suíços) e 17 anos (Alemanha); por fim, um período de responsabilidade atenuada, fixado em alguns códigos em 18 anos (Espanha, Dinamarca), enquanto outros assinalavam 20 (Hungria, Portugal, Rumânia), 21 (Itália) ou 23 anos (Cantão de Valais).

Outras legislações, entretanto, destacaram apenas dois períodos: um de completa irresponsabilidade, até 10 anos (Turquia), após o qual era necessária a investigação do discernimento, passando-se em seguida à plena responsabilidade; ou um período de responsabilidade duvidosa, com levantamento do grau de discernimento, e outro de responsabilidade atenuada, sem menção à fase de absoluta irresponsabilidade (França e Bélgica).

A partir dos fins do século XIX, a Escola Positiva passa a destacar a necessidade de ser o delinqüente considerado, sustentando o respeito devido ao menor e pregando que este chegava ao delito impulsionado por fatores internos, as taras hereditárias, e fatores externos ou sociais, consistentes no abandono, desamparo, meio ambiente corrompido, ausência de orientação e instrução, não se podendo, assim, impor-lhe castigo, mas somente tutela, educação ou cura, na conformidade do caso e suas circunstâncias.

Como diz RAFAEL MENDOZA, da primeira concepção dessa Escola se formou um critério antropológico, sustentando LOMBROSO que as sementes embrionárias da loucura moral e da delinqüência se achavam normalmente no menor, que manifestava vícios essenciais como a cólera, a vingança, a mentira, a ausência do sentido moral, o egoísmo, a crueldade, a vaidade e a imitação. Assim, na infância e na adolescência se cometeriam atos que equivaleriam a verdadeiros delitos no adulto. A tese lombrosiana, todavia, foi superada pelas modernas investigações psicológicas e sociológicas, ao se estabelecer que a criminalidade juvenil é ato social e que o jovem, longe de ser um selvagem ou louco moral, é uma vítima da sua própria constituição e do meio familiar e social. O problema deixava de ser jurídico para entrar no âmbito social⁴.

Mas até que as novas idéias se fixassem em decorrência das discussões entre as correntes doutrinárias opostas, tivemos

4. MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, *La proteccion y el tratamiento de los menores*, México, s/data, p. 516.

um direito repressivo, duramente retributivo, aplicado aos menores até fins do século XVIII, temperado tão somente pela não imposição de sanção nos assinalados períodos de irresponsabilidade, nos quais se encontravam as crianças de tenra idade, e redução da pena, conforme as circunstâncias, nos demais.

III. Direito Penal Moderno.

As legislações deste século quanto aos menores colocaram em relevo características marcantes demonstrativas da mudança das idéias nesse plano: elevação da idade de irresponsabilidade absoluta, período no qual o menor fica excluído do campo penal; preocupação em impor pena atenuada a partir da fase em que se considerasse a maioridade e enquanto durasse o desenvolvimento físico e psíquico do jovem adulto, geralmente até os 21 anos, havendo, no entanto, divergências para mais; exclusão, tanto quanto possível, de penas privativas da liberdade para esses jovens, pelo acolhimento das medidas substitutivas; e abolição quase geral do exame do discernimento.

Realmente, este exame, considerado verdadeiramente importante em épocas anteriores, perdeu pouco a pouco o seu interesse. Enquanto o Direito Penal manteve o caráter retributivo e expiatório das sanções aplicadas como meta principal, justificava-se a pesquisa do discernimento a partir do início da puberdade e durante a adolescência, entendendo-se que a pena deveria ser proporcionada à culpabilidade do menor, representada por um sofrimento em razão do ato ilícito praticado, aplicando-se então penas cruéis como as de morte, corporais e privativas da liberdade. Quando, porém, os direitos do ser humano passam a ser reconhecidos, a doutrina penal volta-se não só para a defesa da sociedade, mas também para a recuperação do delinqüente, a fim de que ele voltasse a ser útil a si mesmo e à comunidade. E posta de lado a pena-castigo, a retribuição quantitativa passou a ser substituída pela ressocialização qualitativa.

Essa pregação que, no tocante aos adultos, constituiu um verdadeiro sacerdócio para algumas correntes, nas quais encontramos BECCARIA, HOWARD, DORADO MONTERO, CONCEPCIÓN ARENAL e GIMENEZ DE ASÚA entre outros, trazendo a desejada humanização do Direito Penal, fez triunfar na consideração dos legisladores a teoria de que, principalmente com relação aos menores, não se poderia impor castigos, mas sim proteção, cura, amparo, pois em razão da idade e das causas do seu desajuste, o que eles necessitavam era de um regime jurídico e assistencial especial.

Concluiu-se, diz ANIBAL BRUNO, que as disposições naturais da criança, provindas da herança ou adquiridas na fase pré-natal, atuam impedindo ou embaraçando o ajustamento regular às condições normais de convivência, mas que a grande contribuição à atitude de desajustamento do menor vem do meio social, do ambiente desleixado ou pervertido da família e das representações e experiências desmoralizantes dos outros meios coletivos em que vive o menor, impregnando a sua alma em formação de idéias, tendências, desejos e conflitos com as normas da vida comum. Daí, afirma o citado autor, os desajustamentos de que o crime é o episódio alarmante. Com essa nova compreensão dos fatos, em vez da figura jurídico-penal da “criança criminoso”, passou-se a considerar a “criança problema”, isto é, reduziu-se a questão a termos psicológicos e, por fim, de pedagogia curativa⁵.

Assim, a doutrina moderna entende que não basta que a inteligência seja desenvolvida, devendo, sobretudo, ser completo, ou ao menos que tenha progredido, o processo de formação ética do indivíduo. É necessário que a pessoa haja atingido uma idade na qual não somente possa bem entender o que faz, mas principalmente que esteja em condições de valorar adequadamente os motivos da vontade, o caráter moral, se não o jurídico, e as conseqüências do fato. A idade de 12 a 14 ou 15 anos coincide, na maioria das pessoas, com os fenômenos da puberdade, decisivos na formação fisio-psíquica do indivíduo. Daí porque não se pode falar em imputabilidade do menor de 14 anos.

Quanto aos menores entre 14 e 18 anos, o entendimento doutrinário ainda não é pacífico, pensando alguns que a capacidade de entender e de querer deve ser no mesmo sentido do adulto. E muitos autores italianos acham que há necessidade de indagação da imputabilidade dos menores, por deficiência de maturidade fisio-psíquica. No primeiro caso, temos MARUCCI, afirmando que o legislador italiano não usou um termo diverso da expressão significativa da imputabilidade em geral, não falando em discernimento, como o fez o Código de 1889; no segundo caso, ALTAVILLA e ANTOLISEI.

As diferentes interpretações a respeito da expressão “capacidade de entender e de querer” adotada pelo legislador italiano têm encontrado, na verdade, um denominador comum, pelo qual se põe em evidência que a inteligência é a capacidade

5. *Direito Penal*, Edit. Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1956, t. 2.º, p. 544.

de perceber e de prever o evento, de representá-lo como possível consequência da própria ação ou omissão, enquanto a capacidade de querer equivale a de discernir e selecionar conscientemente os motivos capazes de impulsionar ou inibir o agente à ação ou omissão. A capacidade de entender se refere, assim, à capacidade intelectual, não à capacidade de valoração moral da própria conduta, enquanto a capacidade de querer significaria vontade livre e normal que opera em função e na dependência da capacidade intelectual. As duas expressões se referem à normalidade da faculdade psíquica do homem, tendo em vista o indivíduo normal.

Não é necessário, diz ANTOLISEI, que o indivíduo esteja em condições de julgar que sua ação é contrária à lei: basta que possa genericamente compreender que ela contrasta com as exigências da vida em comum. Mais radical, MANZINI afirma que, em geral, a capacidade é a idoneidade para compreender normalmente não só a natureza dos próprios atos, mas também prever e compreender a responsabilidade penal consequente a tais atos, de modo a assumir tal responsabilidade.

No campo médico-legal, também não se harmonizam as opiniões, havendo autores que definem a capacidade dos menores de forma restrita, como PALMIERI, DALLA VOLTA e PELLEGRINI, enquanto outros a sustentam de forma mais ou menos extensiva, como GERIN-PANNAIN e DOMENICI, achando necessário examinar a vontade do menor de 18 anos, pois esta freqüentemente falha, podendo, no entanto, possuir suficiente capacidade de entendimento.

Na idade da evolução, e especialmente na puberdade e na adolescência, quando a sensibilidade às emoções é uma condição quase habitual, e a capacidade de crítica e de autocontrole é defeituosa, é mais fácil o surgimento de sentimentos intensos e dominantes que obscurecem a objetividade do juízo, com freqüente comprometimento da capacidade de entender e, subordinadamente, da capacidade de querer, dizem FRANCHINI e INTRONA. Assim, não basta que o menor de 18 anos, para ser julgado capaz de entender e de querer, tenha um adequado desenvolvimento intelectual e de vontade, sendo indispensável ainda, considerar as particulares características psicológicas da idade evolutiva, que possua suficiente equilíbrio moral, que lhe permita uma segura valoração ética das ações. Em sentido contrário, MARUCCI e PALMIERI.

A jurisprudência italiana tem fixado o princípio segundo o qual, excluído o critério do discernimento, impreciso, incerto e vago, a capacidade de entender e de querer existe quando

o indivíduo se acha em condições de conceber um fim e dirigir, em relação a este, a própria ação, valorando sua importância moral e consequência. O Juiz deve pesquisar e levantar o desenvolvimento intelectual do menor, a força do seu caráter, a capacidade de entender a importância de certos valores éticos e o domínio sobre si que haja adquirido, além da capacidade de distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto, o lícito do ilícito. Estabeleceu também que a capacidade de entender e de querer do menor entre 14 e 18 anos não é um dado de fato, mas extremamente variável, tendo em vista o problema da maturidade psíquica do mesmo, bem diverso do relativo ao adulto ⁶.

Assim, a capacidade de entender e de querer do menor de 18 anos deve ser entendida não somente sob o aspecto da sanidade mental mas também da maturidade mental; o juiz deve valorar a existência dessa maturidade, considerando a inteligência, a consciência e a vontade. Não basta a existência de um suficiente grau intelectual, pois a reconhecida inteligência do menor, não significa, necessariamente, que no momento do fato, esteja íntegra a faculdade psíquica, prejudicando a capacidade de compreender o conteúdo ético, o significado e a consequência social do próprio ato; é necessário ainda que o agente demonstre uma concreta atitude de querer, ou de determinar-se em relação ao bem e ao mal. Ressalta-se, dessa forma, que o juiz, para dar uma base lógica e racional à imputabilidade, deve apurar se o menor está em condições não só de entender aquilo que faz, mas principalmente de valorar os motivos da própria vontade, devendo estender a sua indagação à possibilidade do menor determinar-se livremente.

Na verdade, até hoje não se firmou um critério uniforme para determinação da chamada idade penal. Juristas, psicó-

6. MARUCCI, A., *Delinquenza e Imputabilità dei minorenni*, Scuola Positiva, 1937, p. 155 e sgts; *La capacità d'intendere e di volere dell'imputato minorenni*, idem, 1951, p. 232; ROMANO DI FALCO, *Commento del Codice Penale*, Roma, 1930, v. I, parte II; VANINI, O., *Codice Penale illustrato*, v. II, p. 390/395; ALTAVILLA, E., *Capacità d'intendere e di volere del minore di 18 anni*, Rassegna di Studi Penitenziari, 1953, p. 591; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, Milão, 1953, p. geral, p. 470; MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale*, Turim, 1961, v. II, p. 78 e sgts.; PALMIERI, V. M., *Medicina Forense*, Napole; DALLA VOLTA, A., *Trattato di Medicina Legale*, 1938, v. II, parte II; PELLEGRINI, R., *Compendio di Medicina Legale*, Padova, 1935, v. I, p. 820 e sgts.; GERIN-PANNAIN, *Anomalie Psichiche e Imputabilità*, Arq. Penale, 11-12, 1963; DOMENICI, F., *La Medicina Legale per medico pratico*, Milão, 1950; FRANCHINI, A. e INTRONA, F., *Delinquenza minorile*, Padova, 1972, p. 679; MARUCCI, A. e PALMIERI, V. M., *Infermità psiquica ed imputabilità*, Rassegna, 1960, p. 348. *Jurisprudência*: Rev. Giustizia Penale, 1952, n. II.

logos, sociólogos, psiquiatras e pedagogos continuam discutindo o problema com vistas a uma solução que a todos satisfaça. Enquanto não se obtém esse resultado, as legislações continuam apresentando variações, considerando-se os costumes vigentes em cada país e a política criminal aí adotada, pela necessidade de fixação de uma idade concreta, a partir da qual possa ser examinada a responsabilidade penal, embora sem a certeza de que seja a melhor para depois, face a cada caso, proceder ao exame de personalidade do menor e levantamento das circunstâncias que possam ter influído em seu ato.

Na França, “ordonnance” de 1945 dispôs que os menores de 18 anos, aos quais fosse imputada uma infração qualificada como crime ou delito, não seriam julgados pela jurisdição comum, mas pelos “tribunaux pour enfants” ou pelas “Cours d’Assises des Mineurs”, os quais pronunciariam, segundo o caso, as medidas apropriadas de proteção, assistência, vigilância e educação. Conforme as circunstâncias, entretanto, poderia ser pronunciada uma condenação penal reduzida, em relação ao menor de mais de 13 anos. Nos demais casos, o juiz de menores efetuaria todas as diligências e investigações úteis ao levantamento da verdade, procedendo, ainda, a uma enquête para conhecimento da personalidade do menor, obtenção de dados a respeito da sua situação material e moral, caráter e antecedentes, frequência escolar e exame médico-psicológico.

Essas disposições foram melhoradas e completadas em 1951 e 1958. A Lei de 1958 aboliu o princípio da responsabilidade criminal, entendendo que o juiz não deve punir, mas ajudar o menor. Antes, a intervenção jurídica só era justificada quando o ato havia sido previamente definido como crime pela lei. Este ponto de vista legal foi substituído pela noção do “état de danger”, revelado pelo ato delituoso ou por uma série de circunstâncias pessoais, familiares ou ambientais. Tal método de assistência, que permite ao juiz intervir “ex officio”, pressupõe aplicação de medidas dirigidas à saúde, segurança, moralidade e educação de um menor até 21 anos, constituindo a “éducation surveillée”.

Na Suécia, os menores de 15 anos são considerados irresponsáveis, não podendo ser acusados nem condenados. Entre os 15 e 18 anos podem ser sujeitos a medidas reeducativas pelo Conselho Municipal de Proteção de Menores. E os maiores de 18 e menores de 21 anos só podem ser condenados à multa, prisão domiciliar ou internados em estabelecimentos correccionais especiais.

Na Áustria, aos menores de 14 anos só podem ser impostas medidas educativas, conforme Lei de 1928. De 14 a 18 anos a responsabilidade depende do grau de discernimento que o menor apresenta, ou capacidade para compreender o caráter ilícito do fato e agir de acordo com essa compreensão. Se possuem tal capacidade, são declarados responsáveis, impondo-se-lhes penas mitigadas sem sentido aflitivo.

Na Bélgica, a lei de 1965 estendeu a competência dos tribunais da juventude, que compreende também os campos civil e administrativo, aos menores até 21 anos, quando sua saúde, segurança ou moralidade estejam em perigo ou hajam cometido atos qualificados como crime.

Na Holanda, a lei de 1961, que compreende disposições de direito civil, penal e processual penal relativas aos menores, impõe apenas medidas educativas aos adolescentes entre 12 e 18 anos.

Na Checoslováquia, o Código Penal de 1950 exclui a responsabilidade dos menores de 15 anos. Desta idade até os 18 anos, os tribunais devem declarar se são ou não responsáveis, submetendo-os, neste caso, a medidas educativas.

Na Espanha são irresponsáveis os menores de 16 anos, que ficam sujeitos aos Tribunais Tutelares, conforme lei de 1938. Entre 16 e 18 anos podem receber medidas de segurança, com tratamento especial, ou internamento por tempo indeterminado em instituição especial.

Em Portugal existe a jurisdição tutelar para menores de 16 anos e, excepcionalmente, para menores de 18 anos, conforme lei de 1962. A responsabilidade penal começa aos 16 anos, revogada disposição anterior do Código Penal, que previa a responsabilidade entre 10 e 14 anos quando houvesse discernimento. Os menores de 21 anos contam com atenuantes, recebendo, se for o caso, pena reduzida.

Na Alemanha, o Código Penal de 1871 estipulava dois preceitos para os menores de 18 anos: o jovem não seria punido se, à época do delito, lhe faltasse ainda a capacidade de entendimento do ato praticado; reconhecida tal capacidade, era dado como imputável recebendo pena atenuada. Esta regulamentação subsistiu durante mais de meio século, embora ao mesmo tempo intensificassem os esforços de muitos, visando uma melhoria da execução penal referente aos jovens. Data de 1912 a inauguração da primeira prisão para jovens. E simultaneamente, sob a influência da pedagogia e da psicologia, reforça-se a idéia de outro tipo de reação aos delitos cometidos por

menores, principalmente com a pregação de FRANZ VON LISZT, que advogou a instituição de um direito penal especial para os jovens, sob o fundamento de que a criminalidade dos mesmos era uma forma de manifestação do abandono e que, na execução de qualquer medida, devia preponderar a educação.

Os primeiros frutos dessa campanha humanitária surgiram na lei penal para jovens de 1923, possibilitando aos jovens infratores assistência condizente com o desenvolvimento da sua personalidade e maturidade de caráter, conquistando prioridade a idéia da educação. O nazismo suprimiu a jurisdição especial de menores, aprovando em 1943 novas disposições dando maior ênfase ao caráter repressivo da pena; mas, à guisa de inovação, dividia as medidas aplicáveis em educativas, repressivas e penas propriamente ditas. Aquela jurisdição especial só foi restabelecida nas Repúblicas oriental e ocidental em 1952 e 1953, respectivamente.

Por fim, o Código Alemão modificado, em vigor desde abril de 1970, estabeleceu que para atos de menores e adolescentes, suas disposições só atuam na medida em que não forem diferentemente determinadas pela lei do juizado de menores de 1969. Esta considera menor quem, ao tempo do fato, tem 14 mas não completou ainda 18 anos, além do adolescente que, nas mesmas circunstâncias, conta 18 mas ainda não atingiu 21 anos. Não é penalmente responsável o menor de 14 anos. A partir daí, pode ser responsabilizado quando, segundo seu desenvolvimento moral e intelectual, é suficientemente maduro para compreender a ilicitude do ato, tendo agido de acordo com esta compreensão. Nesta hipótese, o juiz conta com grande número de medidas para uma adequação correta ao caso, podendo determinar uma internação de curta duração, ou um período de tratamento relativamente indeterminado, ou uma medida educativa mais simples. Assim, a idéia nitidamente preponderante é a educação, considerando-se especialmente o menor e não o delito.

Na Inglaterra, funcionam as “Children’s Courts”, para menores de 16 anos, desde o “Children Act”, consolidado pelo “Prevention of Crime Act”, ambos de 1908. Este estabeleceu o “Borstal System”, determinando que jovens de ambos os sexos, entre 16 e 21 anos que, mediante exames de seleção, se mostrassem reformáveis, poderiam ser integrados nesse sistema especial, com instrução e profissionalização obrigatórias. Tais estabelecimentos provaram tão bem que até hoje continuam a ser mantidos, sendo em sua maioria do tipo aberto, além de usados tanto para menores normais, como para deficientes, com modalidades de maior ou menor segurança, rurais e urbanas.

Na Itália, o Código Penal de 1930 exclui a responsabilidade dos menores de 14 anos. Sendo considerados perigosos podem ser internados em casas de reforma ou colocados em liberdade vigiada. Os que contam entre 14 e 18 anos são tidos como imputáveis quando capazes de compreender e querer, mas a penalidade é atenuada.

Na Suíça, os menores até 14 anos só recebem medidas protetoras. Entre 15 e 18 anos são submetidos a exames para verificação da idade mental e do grau de inteligência, aplicando-se, conforme o caso, pena de multa ou internamento em instituto correcional. Os jovens adultos, entre 18 e 20 anos, podem receber medidas atenuadas.

Nos Estados Unidos, a legislação para menores, assim como o direito penal comum, variam conforme os Estados. De uma forma geral, os tribunais de menores são competentes para as infrações cometidas por adolescentes entre 16 e 21 anos.

A idade de 18 anos assinala, na maioria dos Estados, o início da responsabilidade penal. Alguns Estados aceitam a idade de 16 anos, outros 17 anos. Em outros, a partir dos 14 anos estão sujeitos à prova da capacidade para discernir o bem do mal, existindo, inclusive, a possibilidade de serem julgados por tribunais comuns.

A lei federal considera maiores os indivíduos a partir dos 18 anos. O critério conta com o reforço da 26.^a Emenda Constitucional adotada em 1971, que fixa nessa idade o marco inicial da maioridade civil e política. Os textos penais dos Estados, porém, se em sua maioria consagram esse critério oferecem, no conjunto, diversas exceções. Assim, em 33 Estados, os menores são submetidos à jurisdição das "Juvenile Courts" até a idade de 17 anos; em 12 Estados, até 16 anos e, nos restantes, até 15 anos. Tais limites, em alguns Estados, são mais baixos para os rapazes do que para as moças, distinção considerada, todavia, inconstitucional.

No México, a maioridade penal começa aos 18 anos. Os menores a partir dos 12 anos estão sujeitos a medidas educativas e tutelares, praticadas no lar, escola, patronatos, estabelecimentos médicos ou correcionais.

Na Argentina, os menores até 16 anos ficam sujeitos ao Conselho Nacional do Menor ou autoridade correspondente na ordem provincial, pela prática de ato considerado como crime. Informes e peritagens para levantamento da personalidade do menor são realizados, podendo ser internados em estabelecimentos especiais, deixados com os pais ou responsáveis,

livremente ou sob o regime de liberdade vigiada. Entre 16 e 18 anos podem, conforme a infração, ser submetidos a processo, mas ainda estão sujeitos a tratamento especial. Entre 18 e 22 são considerados responsáveis, mas seu internamento se faz em institutos separados, sob vigilância do Conselho Nacional do Menor, conforme lei de 1954, reformada em 1958.

No Chile, a lei penal isenta de responsabilidade os menores de 16 anos. Entre 16 e 18 anos deve ser verificado o discernimento. A Lei Tutelar de Menores, de 1967, exige prévia declaração sobre o entendimento para que o menor possa ser processado. Considerado responsável, a pena é atenuada.

No Uruguai, os menores de 18 anos estão sujeitos a medidas de tratamento e correção do tribunal respectivo.

Na Colômbia, aos menores de 18 anos somente são aplicadas medidas de segurança consistentes em liberdade vigiada ou internamento em escola de trabalho ou reformatório, previstas por lei de 1946.

No Peru, os menores de 18 anos, em estado de abandono material ou moral, ou em situação de perigo, são submetidos a medidas de proteção e reeducação aplicadas pelos tribunais de menores, conforme determina o Código respectivo de 1962. Dos 13 aos 18 anos, conforme a gravidade do ato, podem ser internados em escolas correcionais, reformatórios agrícolas ou granjas-escolas.

Na Venezuela, a responsabilidade penal tem início aos 18 anos, mas dos 15 anos em diante deve ser apurado o grau de discernimento do menor. Dos 18 aos 21 anos, a pena é atenuada. O Código de Menores de 1939, chamado Código Penal Infantil, prevê medidas tutelares e instituições próprias⁷.

Pelo exposto, podemos verificar que, embora ainda existam diferenças nas legislações quanto à fixação da idade da responsabilidade penal, a maioria aceita o limite dos 18 anos, voltando a doutrina à discussão da matéria vez por outra.

7. SABATER, A. TOMÁS, *Los delincuentes jóvenes*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1967, p. 39 e sgts.; FOX, LIONEL, *Os estabelecimentos abertos no sistema penitenciário inglês*, trad. ALÍPIO SILVEIRA, Rev. Brasil. Crimin. e D. Penal, n. 2, Julho/Set. 1963, p. 83/84; *Código Penal Alemão*, trad. e comentários de LAURO DE ALMEIDA, Ed. Universitária, S.P., 1965; VALDEREZ, ANA, *Os menores delinquentes na legislação brasileira*, Rev. Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, Jan.º/Março/1975, p. 269-270;; NEUBERGER, JOSEPH, *Problemas da execução penal no caso dos jovens*, Rep. Fed. da Alemanha, Rev. do Conselho Penitenciário, Abril/Set.º/1971, n. 27, p. 25 e sgts.

O conceito de maturidade ainda é tido como multiforme. Fala-se, geralmente, em uma etapa em que o menor atinge um estado de desenvolvimento completo, embora alguns autores entendam que a expressão é mal empregada, pois, como diz LÓPES-REY, a idade não é uma prova de que um completo desenvolvimento tenha sido atingido sob todos os aspectos. Apesar disso, ao lado de uma série de afirmativas, a maioria de caráter médico-psicológico, foi aceita a tese segundo a qual, antes de atingir uma certa idade, os menores são incapazes de distinguir o certo do errado, e ainda menos de entender o significado de algumas proibições fundamentais impostas pela sociedade.

O Seminário Europeu de Assistência Social, reunido em Paris em 1949 sob os auspícios das Nações Unidas, consagrou essa tese, aceitando a conclusão de que “nos países europeus, ou pelo menos nos países de civilização ocidental, é desejável que a idade necessária para as atitudes penais não seja fixada abaixo dos 18 anos”. Concluiu-se também que “em geral, não pode existir uma completa certeza dos padrões de comportamento e de pensamento adultos serem atingidos antes da idade de 18 anos”, e que “a delinqüência juvenil é um termo que foge a uma definição puramente legal, pois devido ao desajustamento, não há diferença entre crianças desajustadas e delinqüentes, sendo os mesmos tratamentos adequados a todos”.

Essas afirmações, encaradas como progressistas, foram aceitas com entusiasmo por muitos países. Mais tarde, segundo o citado autor, para se tornarem ainda mais “progressistas”, algumas legislações aumentaram o limite de idade para 21 anos. Mas como esse tipo de progresso é difícil de ser refreado, o limite de 25 anos foi mais tarde proposto na França pela “Société Générale des Prisons et de Législation Comparée”, assim como por outros órgãos, havendo sido sugerido na Bélgica a idade de 30 anos como a ideal para fixação do amadurecimento total e, portanto, da responsabilidade penal.

Atualmente, entende-se que mais correto e justo é o critério da individualização, melhor não só como dado fundamental no tratamento dos transgressores, mas também para determinação da responsabilidade individual, tendo como base o exame criminológico, com o levantamento de dados bio-psico-sociais, pois não se pode aceitar que, pela passagem do último minuto o indivíduo, ao atingir a idade legal, se torne subitamente responsável. A individualização mostra que há adultos menos maduros que muitos jovens e, no entanto, são encarados, até prova em contrário, como responsáveis. Assim, a afirmação de que os

menores devem adquirir o modo de pensar e o comportamento dos adultos, antes de se tornarem responsáveis, é meio absurda. O que se pode exigir deles é que absorvam a existência e o significado de certas proibições fundamentais, comportando-se de acordo.

De qualquer modo é preciso assinalar que, sob os aspectos bio-psico-sociais, a idade de 18 anos talvez não seja o limite mais aceitável pois, aproximadamente, nesse período começa a pós-adolescência. Assim, o indivíduo não seria ainda adulto porque o crescimento mental alcança seu ponto máximo quando o ser humano se sente plenamente adaptado ao conjunto do ambiente físico, social e espiritual, de posse de um equilíbrio funcional global. Só então seu caráter estaria constituído e definido o processo de sua formação ética, meta atingível somente aos 21 anos ou mais.

Aceitando uma ou outra corrente, porém, as legislações atuais, em lugar de praticar um direito repressivo por meio de códigos criminais e tribunais ordinários, têm-se encarregado da tutela dos menores, em menor ou maior extensão. Executa-se hoje um trabalho de vigilância, educação e proteção dos que não têm lar ou se encontram sem condições de receber instrução adequada, ou cometam atos que, no adulto, seriam considerados crimes, isto é, sobre os menores abandonados moral ou materialmente, em perigo ou situação irregular na sociedade.

Estas normas de amparo, favorecimento e defesa dos menores consubstanciariam o chamado “Direito do Menor” ou “Direito de Menores”, de fisionomia particular, objeto bem definido e aplicação constante. Colocados sob a égide desse novo Direito substantivo, ficariam completamente excluídos do âmbito do Direito Penal comum. E ainda quando fossem incluídos neste campo, a partir da sua maioridade penal, deveriam ser tratados de acordo com suas características próprias, desenvolvendo-se todo um trabalho de aperfeiçoamento físiopsíquico, educacional, moral e profissional, em institutos adequados e com pessoal especializado, a fim de integrá-los ao meio social em condições de aí prosseguirem sem mais violações da norma legal.

A esse respeito, BERISTAIN considera a necessidade de um critério autônomo, de um Código Penal de Menores que, entre outros capítulos, estructure um elenco de condutas antisociais e delitivas, amplamente diferente do elenco dos Códigos Penais comuns, devendo ficar em blocos distintos, quantitativa e qualitativamente, as condutas relativas à inadaptação e às ações delitivas.

Entendemos que o assunto deve ser melhor considerado. Não se pode, na verdade, falar em um “Código Penal de Menores”, porque esta expressão traz em si a idéia de retribuição, de expiação, que um mínimo de bom senso e de humanidade manda afastar em relação aos menores. Já existem há muito, e com bom resultado, os “Códigos de Menores” ou legislações especiais, procurando cuidar de todos os problemas referentes aos desajustados, abandonados, carenciados e em perigo. Defendemos, isto sim, a autonomia de um “Direito do Menor”, já reconhecido por muitos autores de relevo, como o ramo jurídico compreensivo tanto da conduta e situação do menor de existência socialmente irregular, como do menor de existência regular, enfocando tutela e proteção a mais ampla possível.

Esse Direito, a nosso ver, deveria enfeixar o estudo de todas as normas de tutela e assistência do menor que atualmente se encontram disseminadas nas legislações civil, processual e trabalhista de cada país. E no campo penal, incluiria não somente o menor estrito senso, enquadrando os seus vários tipos de conduta antisocial, espécies de tratamento e institutos próprios, como também o jovem adulto delinqüente, hoje considerado como imputável na maioria das legislações penais, pois na realidade ele não é ainda adulto no entendimento global do termo, estando em fase de integração social, de complementação fisiopsíquica, de amadurecimento intelectual e aprendizagem profissional. Assim, ser-lhe-ia deferido tratamento individualizado em instituições especiais, separando-o sempre dos delinqüentes adultos e perigosos, no intuito de prevenir novos delitos. Dessa forma, o limite para a maioridade penal deveria ser seriamente meditado e não fixado arbitrariamente, como “moda legislativa” no dizer de HERNANDEZ PALACIOS, ao afirmar que o limite de 18 anos se encontra atualmente muito discutido, como foi reconhecido por JEAN GRAVEN, na conformidade dos trabalhos e discussões do Congresso Internacional de Defesa Social realizado em Estocolmo em 1958, do Colóquio organizado pelas Nações Unidas em Londres em 1960 e do Congresso de Defesa Social desenvolvido em Belgrado em 1961, existindo a tendência de aumentar aquele limite pela consideração de que a formação física e moral do indivíduo não se completa naquela idade.

Aliás, deve-se notar que a delegação brasileira ao VIII Congresso Internacional de Juizes de Menores, reunidos em Genebra em Julho de 1970, também sustentou a tese da auto-

nomia do Direito do Menor, no sentido de separar completamente os interesses e direitos do menor, em sentido amplo, dos demais ramos jurídicos⁸.

IV. Legislação Penal Brasileira.

a) O Brasil esteve na dependência da legislação portuguesa por cerca de três séculos. E como bem diz Ana Valderez, o direito português, entremeado de vestígios do direito germânico e consuetudinário, e muito especialmente, influenciado pelo direito romano, não poderia revelar maior compreensão diante do problema do menor. É o que se verifica desde logo diante de algumas das disposições das Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil-colônia a partir de 1603, pelas quais o menor de 17 anos, tendo praticado ato cuja pena era a de morte, ficava ao arbítrio do julgador, que poderia impor-lhe pena menos grave, enquanto para outros delitos seguia-se a disposição do direito comum. A primeira norma específica de proteção ao menor encontra-se na Carta Régia de 12 de Dezembro de 1693, na qual o rei determinava ao governador da capitania do Rio de Janeiro que as crianças enjeitadas ou desamparadas ficassem aos cuidados da Câmara e à conta dos bens do Conselho. Somente em 1738 foram fundadas a Roda e a Casa dos Expostos.

b) O Código Criminal do Império, de 1830, elaborado embora sob a influência dos postulados liberais proclamados pelas revoluções americana e francesa, estabelecia penas ainda rigorosas, mas excluiu ou amenizou muitas destas com relação às mulheres, menores de 21 ou maiores de 60 anos. Aceitou, porém, os postulados da Escola Clássica, no sentido de que o crime não poderia ser mais do que o resultado de uma escolha deliberada e que a liberdade e consciência estruturam a responsabilidade moral e, em consequência, a responsabilidade penal, desconhecendo, pois, o aspecto social do problema. E assim, estabeleceu no art. 10, § 1.º, que não se julgariam crimi-

8. LASSE, ALI, *Consideraciones para un nuevo Código de Menores*, Arquivo Venezuelano, n.º 9, v. 3, 1941; BALLON, ILDEFONSO, *El nuevo Derecho de Menores*, Boletín Interamericano de Protección a la infancia, Janeiro de 1934, p. 380; BÉRISTAIN, A., *Delincuencia Juvenil, grave problema internacional*, Rev. del Instituto de la Juventud, Bilbao, Agosto de 1965; HERNÁNDEZ PALACIOS, AURELIANO, *Lineamientos generales para una legislación tutelar de menores*, Xalapa, Mexico, Novembro de 1970; GRAVEN, JEAN, *L'organisation des juridictions sur l'enfance délinquante en Suisse*, Coimbra, 1965, p. 15/16; *Congresso Internacional de Juizes de Menores*, Arquivo do Ministério da Justiça do Brasil, n. 115, Setembro de 1970, p. 84.

nosos os menores de 14 anos, aceitando, em princípio, a idéia de que até essa idade eram imaturos, desprovidos de vontade e consciência para a prática de um ato ilícito.

Mas, conforme acentuou PAULA PESSOA, não se tratava de presunção “juris et de jure”, que ligasse o juiz, mas de presunção “juris tantum”, suscetível de ser combatida por uma prova em contrário — a de que nos primeiros anos de vida não há lugar senão para a existência material, sendo o menor de 14 anos incapaz de vontade, de livre arbítrio e, por conseguinte, de responsabilidade. Admitia-se, assim, a prova do discernimento, dizendo o artigo 13: “se se provar que os menores de 14 anos, que tiverem cometido crime, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 anos”⁹.

Dessa forma, o legislador transferia ao juiz a responsabilidade de decidir em matéria tão difícil, que varia segundo o indivíduo e seu gênero de vida, educação, lugar, clima, além de muitas outras causas, embora não impusesse pena propriamente dita. Mas não existiam na época institutos próprios e nas casas de correção, que não eram senão cadeias, imperava a maior promiscuidade.

Por outro lado, o art. 18, § 10, segunda parte, estipulava que, quando ao juiz parecesse justo, poderia impor ao menor de 17 e maior de 14 anos, as penas da cumplicidade, quando houvesse concorrido diretamente para a prática do crime, segundo o art. 5.º.

É verdade que, de uma parte, atendia o Código para a época do crime e não a do julgamento, a fim de beneficiar o réu, não podendo influir sobre a natureza do delito e da pena a circunstância de ter o menor passado a idade de 14 anos, por causa da demora do processo, segundo “Aviso” n.º 478, de 17 de Outubro de 1863, e acórdão de 5 de abril de 1865, no recurso de revista n.º 1838; e de outro lado, a primeira parte do citado § 10 do art. 18 estabelecia como circunstância

9. VALDEREZ ALENCAR, ANA, *Os menores delinquentes na legislação brasileira*, Rev. de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, Jan.º/Março de 1975, n. 45, p. 135 e sgts.; PAULA PESSOA, VICENTE ALVES DE, *Código Criminal do Império do Brasil comentado*, Liv. Popular A. Cruz Coutinho, Rio de Janeiro, 1885, p. 39/40.

atenuante o fato de ser o delinqüente menor de 21 anos, caso em que o juiz lhe deveria nomear curador ou defensor. Também aos menores de 21 e maiores de 60 anos era excluída a pena de galés, substituída pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo, na forma do art. 45, § 2.º. Eram, todavia, disposições restritas, que não defendiam integralmente o menor e nem lhe davam possibilidades de tratamento adequado.

c) O Código Penal de 1890 seguiu praticamente o modelo anterior, trazendo uma concepção ainda bastante rigorosa para a questão dos menores, pois o art. 27 fixou o preceito de que não eram criminosos: os menores de 9 anos completos; e os maiores de 9 e menores de 14 anos, que agissem sem discernimento. Tal dispositivo vigorou até 1921, quando foi derogado pela Lei 4.242, de 5 de janeiro, ao dispor que o menor de 14 anos não seria submetido a processo algum, impondo ainda procedimento especial para os menores entre 14 e 18 anos.

Também, a exemplo do Código de 1830, poderiam ser aplicadas aos maiores de 14 e menores de 17 anos as penas de cumplicidade. Mas o art. 65 era incisivo, mandando que o juiz fizesse esta aplicação, enquanto a disposição semelhante do Código de 1830 era facultativa, deixando ao magistrado a imposição dessas penas se lhe parecesse justo.

Assim, houve pouco progresso, em alguns pontos até retrocesso, considerando que haviam decorrido 60 anos entre um Código e outro e nesse período, como diz BONUMÁ, o Direito Criminal havia evoluído ao influxo das novas idéias, transformando em verdadeira ciência o amontoado de velhos pergaminhos amarelados, de leis carunchosas e bolorentas, reçumando selvageria e barbarismo.

Tentou-se, é verdade, atenuar o problema com a inclusão ainda da avaliação do discernimento do menor. MACEDO SOARES, em seus comentários, dizia que a doutrina da época era uma só, não havendo divergências entre os autores, no sentido de que o discernimento devia ser entendido não como ação e efeito de discernir, como juízo reto que se faz das coisas, mas sim no sentido jurídico, de concepção do justo e do injusto. Mas a discordância existia, entendendo-se absurdo que o legislador concebesse o menor de 14 anos como incapaz de discernir, de ter juízo certo sobre as coisas, considerando-o, todavia, capaz de distingüir com clareza o justo do injusto¹⁰.

A pena imposta aos menores de 21 anos era a de prisão disciplinar, cumprida em estabelecimentos industriais especiais,

conforme determinava o art. 49. Estes também eram deferidos aos maiores de 14 anos, segundo o art. 399, § 2.º, quando deixassem de exercer profissão ou ofício, não possuísem meios de subsistência e domicílio certo ou auferissem meios por via de ocupação proibida por lei e manifestamente ofensiva da moral e dos bons costumes. Esses “vadios e capoeiras”, como os chamava o Código, poderiam ser conservados naqueles estabelecimentos até completarem 21 anos.

Na verdade, tais estabelecimentos não foram estruturados. Somente em 1893, como afirma ANA VALDEREZ, o Decreto n.º 145, de 11 de Julho, determinou a fundação de uma colônia correcional para emendar vadios, vagabundos e capoeiras que fossem encontrados e processados na Capital Federal, mandando que fossem aproveitadas, se possível, as colônias militares então existentes; em 1902, surge a Lei n.º 947, de 29 de Dezembro, objetivando a reforma do serviço policial do Distrito Federal e autorizando o Poder Executivo a criar uma ou mais colônias correcionais para a reabilitação, pelo trabalho e instrução, dos mendigos válidos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos. O seu art. 7.º dispunha sobre o recolhimento dos condenados menores de 14 anos capazes de discernimento, assim como dos abandonados da mesma idade; em 1908, o Decreto n.º 6.994, de 19 de Junho, viria regulamentar o de n.º 145 citado, destacando entre os vadios, capoeiras e desordeiros, os maiores de 14 e menores de 21 anos, condenados à pena de prisão com trabalhos, nos termos do art. 48 do Código Penal que, no seu texto, não se referia a menores¹¹.

Por fim, o art. 42, § 11, do Código, fixava como circunstância atenuante o fato do delinqüente ser menor de 21 anos.

Mas é preciso dizer que o sistema idealizado pelo Código de 1890 não foi praticado, entendendo-se na época que, a falta de estabelecimentos disciplinares industriais, o juiz poderia mandar recolher os menores em casas de correção, sem os rigores da prisão celular, ou nas cadeias do lugar do crime para cumprir a pena de prisão simples. Na realidade, nem o sistema para os delinqüentes adultos foi efetivado, pela falta de institutos próprios, como as penitenciárias agrícolas. E o legislador, a exemplo do que ocorrera em 1830 (art. 49),

10. BONUMÁ, JOÃO, *Menores abandonados e criminosos*, Oficina Gráfica da Papeleria União, Santa Maria, Rio Grande do Sul, 1913, p. 38 e sgts.; MACEDO SOARES, OSCAR, *Código Penal comentado*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1908, p. 32.

11. VALDEREZ ALENCAR, ANA, art., *cit.*, p. 144.

prevendo as dificuldades para o cumprimento da lei, estabeleceu que, enquanto não entrasse em inteira execução o sistema penitenciário, a pena de prisão celular seria cumprida, como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos existentes, segundo o regime anterior, isto é, conversão em prisão simples mas com aumento da sexta parte da pena imposta, na forma do art. 409.

d) O projeto VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, de 1928, ao tratar da “imputabilidade”, dispôs no art. 28 a norma de que a repressão penal não se aplicaria aos que carecessem de imputabilidade no momento do crime, determinando no art. 33 que a menoridade absoluta terminaria aos 14 anos completos, e a relativa aos 18 anos, aquela excluindo e esta diminuindo a imputabilidade.

Depois, sob o título de medidas de defesa social, trouxe todo um capítulo sobre a menoridade, artigos 173 e 182. Contra o menor de 14 anos somente era permitido instaurar simples inquérito para colheita de dados, de forma a habilitar o juiz a conhecer a personalidade do mesmo. Conforme o apurado, o menor ou continuaria com os pais ou responsáveis, ou poderia ser internado em estabelecimento adequado, no máximo até completar 18 anos. O Juiz, no entanto, abster-se-ia de qualquer medida se, ao conhecer do fato, seis meses fossem passados.

Os maiores de 14 e menores de 18 anos poderiam sofrer pena de prisão simples, sendo vedado o seu contato com delinquentes maiores. Para isto seriam estabelecidos institutos próprios, como casa de reforma, navio-escola, colônia agrícola e casa de vigilância. Onde não existissem estabelecimentos especiais seriam usados os comuns, observando-se a mais rigorosa incomunicabilidade com os sentenciados maiores. Prevvia a liberdade vigiada, sob a proteção de patronatos, restringida o mais possível a intromissão da polícia.

Excluindo o exame de discernimento e mostrando nítida preocupação com a prevenção da delinquência dos menores, previa medidas e institutos adequados ao seu tratamento e reeducação, colocando-se em vantajosa situação quanto às legislações anteriores. Não foi, porém, transformado em lei, sobrevivendo, logo em seguida, o

e) Projeto ALCÂNTARA MACHADO de novo Código Penal que, em sua redação de 1940, também primou no estabelecimento de certas normas no tocante aos menores assumindo posição moderna ao estatuir não passível de pena o menor de 18 anos, e sujeito à pena reduzida o maior de 18 e menor de 21 anos,

podendo ser submetidos a medidas de segurança conforme arts. 16 e 17. Trouxe também um capítulo especial dedicado ao “regime da menoridade”, com prescrições a respeito dos menores de 18 anos, arts. 103 a 112.

Não falou em discernimento. Sempre que um desses menores cometesse ação definida como crime, proceder-se-ia ao estudo da sua personalidade, com as perícias e investigações necessárias.

Para os menores de 14 anos não se formaria processo, limitando-se a autoridade à colheita de informações, podendo afinal o menor ser confiado à guarda dos pais ou de terceiro, mediante condições fixadas pela autoridade; ou, se revelasse periculosidade, ser internado em instituto de educação, público ou particular, até completar 21 anos, sendo liberado antes, uma vez desaparecidos os motivos que determinaram a internação. Após completar 14 anos, se o menor, na vigência da liberdade vigiada, infringisse de modo grave ou reiteradamente as normas de procedimento impostas pela autoridade, seria internado em reformatório ou seção de instituto de trabalho.

A internação tinha por objeto submeter o menor a um regime pedagógico adequado à sua reeducação moral e propiciar-lhe tratamento, instrução, cultura física e aprendizagem de um ofício ou profissão, estipulando o projeto que, enquanto e onde não houvessem todos os estabelecimentos necessários, a readaptação se faria em seções especiais dos institutos oficiais existentes, separando-se os menores em razão do sexo, idade e caráter.

Por fim, previa pena reduzida e cumprimento em seções distintas dos estabelecimentos destinados aos adultos para os maiores de 18 e menores de 21 anos.

Na realidade, entretanto, não mais se justificava trazer para o campo do Direito Penal normas relativas ao processo e tratamento do menor, pois já se achava em vigor o Código de Menores, editado pelo Decreto n.º 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927, modificado por leis posteriores.

f) Considerando esta situação, o Código Penal de 1940, ao tratar da “Responsabilidade”, apenas declarou no art. 23 que os menores de 18 anos seriam penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial, colocando-os, portanto, completamente fora do âmbito penal, excluindo o critério do discernimento ou qualquer outro, impondo-lhes tão-somente medidas corretivas e de tratamento.

Além disso, procurou dar tratamento especial ao menor de 21 anos, embora não com a largueza que se fazia necessária, estabelecendo a circunstância atenuante do art. 48, I; admitindo fosse beneficiado pela suspensão condicional da pena até dois anos, embora de reclusão, conforme artigos 30, § 3.º e 57, a fim de excluí-lo, tanto quanto possível, dos perniciosos efeitos da prisão; e reduzindo de metade os prazos da prescrição.

O preceito do art. 23, segundo comentário de NELSON HUNGRIA, resultou menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação que poderia arruinar sua existência inteira, entendeu preferível tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício. Rompendo com o antigo sistema de subordinar a responsabilidade, na espécie, à indagação de haver, ou não, o menor agido com discernimento, o atual Código — afirma ainda o comentarista — cortou cerce a questão, colocando-os irrestritamente à margem do Direito Penal. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores: declarou-os, por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é, do entendimento ético-jurídico e da faculdade de autogoverno.

BASILEU GARCIA não discorda desse entendimento, ao dizer que o problema dos menores está situado à margem do Direito Penal, mas neste tem de ser mencionado porque a imaturidade é causa de isenção da pena. O método biopsicológico encontra aqui uma exceção: o menor de 18 anos é inimputável e irresponsável por absoluta presunção legal, afastadas quaisquer indagações sobre o nexos que o delito possa ter com o seu efetivo desenvolvimento espiritual. Neste passo, domina o critério biológico.

Não há divergências de outros tratadistas brasileiros no enfoque do problema. As lições de ANIBAL BRUNO, JOSÉ FREDERICO MARQUES, VICENTE SABINO JÚNIOR e MAGALHÃES NORONHA se harmonizam ¹².

12. HUNGRIA, NELSON, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 359/360; GARCIA, BASILEU, *Instituições de Direito Penal*, Ed. Max Limonad, S. Paulo, 1959, p. 341/342; BRUNO, ANIBAL, *Direito Penal*, Ed. Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1956, t. 2.º, p. 542/544; FREDERICO MARQUES, JOSÉ, *Curso de Direito Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1956, v. 11, p. 175 e sgts.; SABINO JÚNIOR, VICENTE, *Princípios de Direito Penal*, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., S. Paulo, 1965, p. 212; MAGALHÃES NORONHA, EDGARD, *Direito Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1965, 3.ª ed., 1.º v., p. 198/200.

g) O anteprojeto NELSON HUNGRIA trouxe à baila novamente o já esquecido problema da responsabilidade penal dos menores de 18 anos, ao estabelecer em seu artigo 32 que “o menor de 18 anos é penalmente irresponsável salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até metade. Os menores de 16 anos, bem como os menores de 18 e maiores de 16 não responsáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial”.

As cerradas críticas recebidas não impediu que o novo Código Penal, Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de Outubro de 1969, adotasse idêntica orientação, com pequenas modificações de forma, em seus artigos 33 e 34. A respectiva “Exposição de Motivos” justificou a mudança frente ao Código de 1940, dizendo que a tendência geral é a fixação da menoridade penal aos 16 anos; que vários códigos atuais adotam esse limite aos 14 anos; e que a possível redução do limite da imputabilidade aumenta a consciência da responsabilidade social dos jovens.

Mas, como expôs ALYRIO CAVALLIERI, em Simpósio realizado no Rio de Janeiro em 1970, os juízes de menores não podem decidir sobre “desenvolvimento psíquico”, o que é tarefa para peritos; e a justiça brasileira não tem possibilidade de efetuar tal exame, nem mesmo nos seus centros mais adiantados. O anteprojeto HUNGRIA voltou ao critério do discernimento, tendo como modelo o Código Yugoslavo; mas segundo depoimento de professor desse país, a delinquência juvenil tem aumentado de ano para ano, mostrando que o sistema não provou bem. Apurou-se que 58% dos menores julgados na Guanabara têm entre 16 e 18 anos; todos seriam condenados, pois jovens nessa idade têm desenvolvimento psíquico suficiente para serem tidos como capazes de discernimento. Não existem no Brasil prisões especiais para menores de 18 anos, o que os levaria ao contato com criminosos adultos. O menor tem legislação própria e todos os especialistas são contrários àquele sistema, inclusive a entidade que tem poderes normativos quanto a matéria, a FUNABEM. Tal lei não incidiria sobre a juventude contestadora ou transviada, mas somente sobre os que praticassem ato descrito pela lei penal, o que deixaria ao largo numerosíssimos menores. A fixação da responsabilidade

penal em 18 anos é tão imperfeita quanto em 16 anos; mas é preferível aquela solução ¹³.

Felizmente, a Lei 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, modificando numerosos artigos daquele Código, voltou à linha do Estatuto de 1940, que até hoje permanece em vigor, pois as críticas, intensas e contínuas, a numerosas disposições do Código de 1969 fizeram com que sua vigência fosse sendo adiada para novos estudos até hoje sem solução. Por fim, a Lei n.º 6.416, de 24 de Maio de 1977 trouxe ao Código de 1940 as modificações mais necessárias quanto ao cumprimento das penas, especialmente em meio aberto, proporcionando ao condenado novas oportunidades de contato social e de profissionalização, o que vem, sem dúvida, em benefício dos jovens adultos delinquentes.

É verdade, conforme já anotamos, que as legislações ainda hoje divergem no tocante à fixação de limites de idade com referência à imputabilidade do jovem, apoiando-se em características nacionais ou levando em conta os conhecimentos e a experiência que possam ter sido assimilados por esses menores. Não há dúvida, porém, que a idade de 18 anos é a mais generalizada e considerada a mais apta para que tenham atingido a capacidade de entender e querer, embora quase sempre inferior à assinalada pelas legislações civis. Entende-se, no dizer de ANTOLISEI, que a capacidade de discernir o lícito do ilícito, o bem do mal, se forma no indivíduo antes da capacidade de se dirigir frente às complexas exigências da vida civil, as quais requerem maior raciocínio e experiência ¹⁴.

Não esquecem os autores em geral que, em consequência do automatismo cronológico indicado pela lei, podem surgir situações absurdas, como as que se verificam quando se pune aquele que acabou de completar a idade fixada para a maioridade penal, impondo-se uma atuação puramente tutelar ao que praticou idêntica ação, mas tem a seu favor alguns dias para atingir aquele “quantum”. Objetivamente, entretanto, é mister reconhecer que, por necessidade prática é oportuno e louvável fixar limites cronológicos para a presunção da capacidade penal, embora se deva crer possam existir válidos motivos biopsicológicos que também tornariam justa a colo-

13. CAVALLIERE, ALYRIO, *Direito do Menor*, Liv. Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1976, p. 133/134.

14. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, Milão, 1963, parte geral, p. 469.

cação do limite superior aos 18 anos, podendo ser 19, 20 ou 21 anos.

Aliás, o VIII Congresso Internacional de Juizes de Menores, reunido em Genebra em 1970, recomendou que toda mudança no futuro deve ser no sentido de aumentar e nunca diminuir a idade da responsabilidade penal dos menores.

Na verdade, para se discutir a validade e os defeitos do critério cronológico, seria necessário examinar as relações entre as idades somática, psíquica e social. Isto já foi feito sem resultados concludentes pois, segundo muitos autores, ao nível de indagações científicas, foi amplamente reconhecido como são pouco válidas as relações entre esses diversos tipos de idade, entendendo-se difícil colocar como paralelas a idade somática e a psíquica, e mais difícil ainda a idade social, a qual requer não somente a presença de eficiente capacidade psíquica, mas ainda uma sensibilidade social, que é largamente influenciada pelo ambiente, educação e adestramento a uma bem integrada vida comunitária o que, de certo modo, justifica a fluidez de critérios nas várias legislações penais.

Mesmo assim, a posição adotada pelo Código Brasileiro de 1969, em sua primeira redação, foi considerada um retrocesso, tendo em vista a tradição amadurecida durante cerca de trinta anos pelo Código de 1940, cujo entendimento sempre foi aceito sem contestação pela nossa melhor doutrina.

Segundo EVANDRO LINS E SILVA, a inovação pode ter sido provocada por certos crimes cometidos por menores e que chocaram profundamente o sentimento público. Apesar disso, não se justificava a mudança, pois a lei deve ser fiel às necessidades sociais e não às emoções passageiras. Um fenômeno episódico, diz ele, não deve influir para o estabelecimento de uma regra permanente que afetaria, de modo negativo, uma larga faixa da população jovem do País, enquanto, por outro lado, as medidas de defesa social previstas na legislação de menores são suficientes para atender à generalidade dos casos. Entendendo que os jovens até 16 anos não precisam de cadeia para corrigir-se, mas de educação, orientação e amparo, além de compreensão para as faltas e erros de sua imaturidade, afirma que ninguém pode exigir, normalmente, de um rapaz ou de uma moça de 16 anos que tenha o siso, a sensatez e a prudência dos mais velhos.

Além do mais, a explicação trazida pela exposição de motivos do Código de 1969 de que, sendo excepcional, a responsabilidade dos jovens seria declarada pelo juiz de menores, não

satisfaz. O dispositivo seria impraticável, os juízes não poderiam decidir por si mesmos, faltando-lhes os instrumentos científicos para essa decisão, pois os peritos nem sempre são encontrados em todas as comarcas. ALYRIO CAVALIERI depôs neste sentido.

E mesmo nas grandes cidades seria difícil a constatação do suficiente desenvolvimento psíquico do menor para entender o caráter ilícito de seu ato. Mesmo com os maiores recursos aí encontrados, diz LAURO DE ALMEIDA, nem sempre se consegue um laudo pericial a curto prazo, enquanto nas pequenas cidades os menores ficariam expostos a maiores perigos pela eventual falta de peritos. Além do mais, o juiz criminal permaneceria na dependência do juiz de menores, com prejuízo para o andamento do processo¹⁵.

h) Por outro lado, além da preocupação quanto ao estabelecimento da idade para a responsabilidade, as legislações penais em geral procuram tutelar e proteger o menor, incluindo nos códigos numerosas figuras, nas quais a violação de direitos do menor é motivo para imposição ao infrator de pena especialmente agravada.

Assim, quanto ao Código brasileiro de 1940, podemos perceber claramente a preocupação do legislador ao incluir no elenco das figuras delituosas os crimes de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, art. 122, § único, n.º II; de infanticídio, art. 123; as várias formas delituosas do aborto, arts. 124 a 127; as lesões corporais na mulher de que resulte aceleração de parto ou aborto, arts. 129, §§ 1.º e 2.º, n.ºs IV e V, respectivamente; o abandono de incapaz, art. 133; a exposição ou abandono de recém-nascido, art. 134; a omissão de socorro à criança abandonada ou extraviada, art. 135; os maus tratos, art. 136; a extorsão mediante seqüestro quando o seqüestrado conta menos de 18 anos, art. 159, § 1.º; a apropriação indébita, quando o agente recebeu a coisa na qualidade de tutor ou curador, art. 168, § único, n.º II; o abuso de incapazes, art. 173; o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude, o atentado ao pudor mediante fraude, a sedução, a corrupção de menores, o rapto, arts. 213 a 220, presumindo-se a violência em todos os crimes contra

15. LINS E SILVA, EVANDRO, *O Direito Penal e a Jurisprudência*, II Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, Brasília, Anais, 1968, p. 71/72; CAVALIERI, ALYRIO, *A Menoridade e o novo Código Penal*, Rev. Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, n. 27, Julho/Setembro, 1970; ALMEIDA, LAURO DE, *Comentários ao Código Penal Alemão*, traduzido, J. Bushatsky, S. Paulo, 1975, p. 30/32.

os costumes se a vítima não é maior de 14 anos, art. 224, “a”; a mediação para servir a lascívia de outrem, art. 227, § 1.º; o favorecimento à prostituição, art. 228, § 1.º; o rufianismo, art. 230, § 1.º; o tráfico de mulheres, art. 231, § 1.º, aplicável a todos esses também a presunção de violência se a vítima não é maior de 14 anos, art. 232; o registro de nascimento inexistente, art. 241; o parto suposto, a supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido, art. 242; o abandono material, art. 244; a entrega de filho menor à pessoa inidônea, art. 245; o abandono intelectual, arts. 246 e 247; o induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes, art. 248; a subtração de incapazes, art. 249; e vender, ministrar, fornecer ou prescrever substância entorpecente a menor de 21 anos, art. 281, § 4.º.

Por fim, na legislação penal militar, também encontramos remissões específicas quanto aos menores. Assim, o Código Penal da Armada de 1891, estendido ao Exército em 1899, no art. 21 considerou inimputáveis os menores de 9 anos completos, mas aceitou como imputáveis os maiores de 9 e menores de 14 anos que agissem com discernimento.

Esta disposição recebeu numerosas críticas, não só porque o limite mínimo de idade para o alistamento militar era de 17 anos, como também porque com o advento do Código de Menores em 1927 os menores de 14 anos não mais podiam ser considerados como infratores. Assim, se o menor de 17 anos conseguisse alistar-se, fraudando a lei, nula seria a sua praça e incompetente a Justiça Militar para processá-lo e julgá-lo, a não ser que o ato praticado atentasse diretamente contra as instituições militares ou a segurança externa do País. Se o menor surgisse como agente de crime comum, contando mais de 14 anos, responderia perante a justiça comum.

O Código Penal Militar de 1944 trouxe modificações substanciais no tocante à responsabilidade penal, seguindo a orientação adotada pelo Código Penal comum de 1940.

No art. 36 dispunha a respeito dos menores, tratando-os como penalmente irresponsáveis e sujeitando-os às normas da legislação especial. Trazia, no entanto, uma exceção à regra. No § único do mesmo artigo, ao equiparar aos maiores de 18 anos os militares e assemelhados que ainda não tivessem atingido essa idade.

MADUREIRA DO PINHO elogiou essas disposições ao dizer que, permitindo a legislação militar o ingresso nas Forças Armadas de menores de 18 anos, não seria lógico considerá-los irresponsáveis. Dessa forma, em igualdade com o Código Penal

comum, continuavam irresponsáveis os civis menores de 18 anos, abrindo-se a necessária exceção a esse limite para militares e assemelhados. Na doutrina estrangeira, PIETRO VICO também já afirmara que, se a lei continuava convocando os jovens de 17 anos para o serviço militar é porque entendia que, nessa idade, o indivíduo se achava perfeitamente apto a desempenhar os deveres e observar os preceitos da lei, pelo que a idade estabelecida para o alistamento militar constituía maioridade para os efeitos penais militares ¹⁶.

O Código Penal Militar de 1969, em vigor, teve como modelo básico o primeiro texto do Código Penal comum publicado no mesmo ano. E assim fixou em seu texto todos os defeitos e incoerências acerbamente criticados no que pretendia ser o novo código penal. Com uma diferença para pior. O Código Penal comum de 1969, mesmo sem entrar em vigor, teve numerosos artigos modificados pela Lei 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, enquanto o Código Penal Militar entrava efetivamente em vigor em 1969, permanecendo até hoje sem as retificações que o melhor bom senso jurídico mandava considerar.

Assim é que considerou inimputável o menor de 18 anos salvo se, já tendo completado 16 anos, revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o carácter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável será diminuída de um terço até metade. E equiparou aos maiores de 18 anos, ainda que não tenham atingido essa idade, os militares, os convocados, os que se apresentam à incorporação, os que dispensados temporariamente desta deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento, e os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direcção e disciplina militares, que já tenham completado 16 anos, tudo na forma dos artigos 48 a 52.

Neste ponto diverge, portanto, a legislação penal militar da comum. Embora aceitando como regra geral a inimputabilidade dos menores de 18 anos, permite esse Código que os que se encontravam na faixa dos 16 aos 18 anos se responsabilizem por deveres cuja violação os sujeitará aos preceitos editados, ao mesmo tempo em que ressalva as disposições da legislação especial para os menores de 16 e para os inimputáveis entre

16. MADUREIRA DO PINHO, DEMOSTHENES, *O novo Código Penal Militar*, Rev. Forense, Outubro de 1944; VICO, PIETRO, *Diritto Penale Militare*, 1917, v. II, p. 395/406.

16 e 18 anos que ficam, segundo o art. 52, sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares.

Ora, por tudo que já ficou exposto, não podemos concordar com essa orientação. O próprio Código Penal comum de 1969, modelo em grande parte do Código Militar, que aceitara de início a imputabilidade do menor entre 16 e 18 anos, adstrita à regra do discernimento, voltou atrás, modificando o seu entendimento, por via da citada Lei 6.016. E por outro lado, a estrutura fisiopsíquica e social do menor não se modifica pelo fato de se encontrar na área do direito penal comum ou militar. Acresce notar que o crime militar surge, geralmente, com uma coloração acentuada de infração mais grave, sendo punido com sanções bastante severas em muitos casos.

Por isso, também neste campo a melhor solução que se apresenta é a representada pela aplicação de medidas de assistência e proteção, e não de penas, que revelam mentalidade retributivista, expiatória, totalmente condenada pela melhor doutrina.

V. O Código de Menores e os Novos Projetos.

O Decreto n.º 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927, que consolidou as leis anteriores de assistência e proteção aos menores, constituindo o nosso “Código de Menores”, sofreu várias alterações que visavam ajustá-lo o mais possível à realidade brasileira, como foi o caso do Dec. Lei 6.026, de 24 de Novembro de 1943 e das Leis n.ºs 5.258, de 10 de Abril de 1967 e 5.439, de 22 de Maio de 1968.

Por outro lado, o Serviço de Assistência aos Menores, criado pelo Dec. Lei 3.799, de 5 de Novembro de 1941, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça, de “triste memória”, na expressão de ANA VALDEREZ, que não logrou o preenchimento de suas finalidades, deixando marca indesejável na estória do tratamento dos menores infratores, somente foi substituído em 1964, com o estabelecimento da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, FUNABEM, destinada a “formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções e orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política”, estas estabelecidas já em vários Estados, órgãos que vêm procurando atingir as metas visadas, realizando alguns, como a FEBEM de São Paulo, trabalho dos mais dignos, embora muito ainda exista por fazer.

A atualização do Código de Menores, apesar dos bons serviços prestados, impõe-se e vem sendo reclamada há muito, considerando-se a sua existência de cinquenta anos e os esforços que já vem de longa data e foram acentuados nos últimos anos, com a apresentação de novos projetos.

Assim, o anteprojeto elaborado por subcomissão legislativa em 1933; o projeto do Professor CANDIDO MOTTA FILHO de 1950; o projeto do Deputado ANDRÉ ARAÚJO de 1951; o esboço de anteprojeto de ALBERTO AUGUSTO CAVALCANTI DE GUSMÃO, apreciado por numerosos juizes de menores quando do seu "III Encontro", realizado em Brasília em 1968; o projeto de lei n.º 105, de 1974, de autoria do Senador Nelson Carneiro; e o texto apresentado ao Senado, como substitutivo do projeto NELSON CARNEIRO, elaborado em 1975 por comissão organizada pela Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, FEBEM, de São Paulo. Este texto, como diz a sua "Justificativa", não se olvidou da imensa contribuição emprestada pelo Código de Menores, conhecido como Código MELLO MATOS, que já em 1927 propunha uma filosofia de amparo e proteção ao menor, mas que necessita agora de adaptações face às profundas transformações sócio-culturais por que passou o País.

Texto de ótima qualidade e bem estruturado, inspirou-se em filosofia humanista, considerando precipuamente as necessidades básicas do menor, ou seja, amor e compreensão, educação, profissionalização, segurança social e recreação, sem as quais não pode desenvolver-se e firmar-se adequadamente.

Recebeu elogios inclusive da Associação Brasileira de Juizes de Menores, por via da comissão formada em Outubro de 1975, quando do IV Encontro Nacional da entidade. E essa comissão ofereceu algumas emendas, consubstanciadas em trabalho entregue ao Ministro da Previdência e Assistência Social em 30 de Março de 1976, o qual se encontra atualmente na Câmara dos Deputados para apreciação.

O novo projeto procura, antes de mais nada, dirigir a prestação jurisdicional a todas as categorias de menores, enquadrando-os sob a denominação "situação irregular", resolvendo, dessa forma, o problema do etiquetamento, como abandonado, delinqüente, carente, etc. Assim, a situação irregular passaria a compreender os menores privados das condições essenciais, como o abandonado materialmente, a vítima de maus tratos, em perigo moral, o privado de representação ou assistência legal, o inadaptado por desvio de conduta e o infrator, excluindo apenas a situação irregular do menor militar; a autoridade

judiciária será sempre o juiz de menores, ou o juiz que exerça essa função na forma da legislação local; traz normas sobre a competência, a intervenção do Ministério Público, do advogado; especifica as medidas de assistência e proteção, como a entrega aos pais ou responsáveis, a colocação em lar substituto, a imposição do regime de liberdade assistida a colocação em casa de semiliberdade, a internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar ou outro adequado e a apreensão de objeto ou coisa; cuida das medidas de vigilância, das entidades executivas de assistência e proteção, do procedimento judicial e das infrações cometidas contra a assistência, proteção e vigilância a menores.

Acreditamos que, mesmo com retificações que, porventura, venha a sofrer nos debates parlamentares, o novo Código atenderá melhor os interesses reais do menor dos nossos dias.

De outra parte, o problema global do menor no Brasil, tendo em vista suas carências, marginalização e atuação anti-social, tornou-se tão premente, chamou de tal modo a atenção da opinião pública, que a Câmara dos Deputados deliberou instituir Comissão Parlamentar de Inquérito, destinada a investigar o problema da criança e do menor carentes no Brasil. Pesquisas de profundidade foram realizadas e estudiosos da matéria, além de representantes de entidades de menores, foram ouvidos. Afinal, em Abril de 1976, a CPI do Menor apresentou o seu diagnóstico da realidade brasileira, abordando os problemas da marginalização do menor e suas causas. Equacionou-os como típicos da sociedade de massa em que vivemos, com a conseqüente redução do valor próprio do indivíduo; assinalou que no Brasil o problema do menor decorre, simultaneamente, do desenvolvimento e do subdesenvolvimento do País; mostrou os problemas criados com as migrações internas, a urbanização, o crescimento demográfico; pôs em relevo que a maior parte da população brasileira, cerca de 53%, é constituída de jovens até 19 anos, aumentando sempre o número dos carenciados de assistência afetiva ou material; examinou as necessidades da população jovem quanto ao trabalho, escola e profissionalização; apontou a desagregação familiar como causa próxima a condicionar a marginalização do menor, em decorrência da pobreza e da rápida mudança de valores; apontou a ação governamental até agora desenvolvida e a necessidade de reestruturação dos órgãos incumbidos da execução das metas propostas e de propiciar-lhes recursos suficientes com que possam enfrentar a magnitude do problema; e entendeu como uma necessidade a atualização do Código de Menores.

O Relatório aprovado, datado de 6 de Abril de 1976, encaminhado ao Presidente da República, recomendou a instituição, na órbita do Conselho de Desenvolvimento Social, do “Sistema do Menor”; propôs a organização, a nível de Ministério Extraordinário, da Coordenação Nacional do referido Sistema; a criação do Fundo Nacional de Proteção ao Menor, destinado à captação e canalização de recursos financeiros, originados dos setores público e privado, para custeio e financiamento dos programas, projetos e serviços de atendimento global do menor; aconselhou a reformulação conceitual, técnica e operativa da FUNABEM; a criação de crédito especial junto à Caixa Econômica Federal, para custeio dos respectivos programas; e propôs ainda a formação de Grupo Interministerial de Trabalho, para preparo e expedição dos vários decretos necessários à plena exequibilidade, eficácia e êxito desses planos.

Entendemos que todos esses esforços e estudos, que dizem tão claramente da sensibilidade e preocupação dos atuais Deputados Federais pelos cruciantes problemas, que há muito afetam a vasta camada da população brasileira integrada pelos menores carenciados de toda ordem e suas famílias, não podem ser relegados ao esquecimento. São problemas importantes demais, trazem terríveis prejuízos em todos os níveis, que se agravarão cada vez mais se não lhes for deferida atenção imediata, pois o processo marginalizador atinge a saúde, as possibilidades educacionais e profissionalizantes, a força de trabalho jovem de que o País tanto necessitará e, acima de tudo, atinge a dignidade do ser humano de viver como tal, ser humano que tem o incontestável direito, não de obter somente o mínimo para a própria subsistência, mas de contar com todo o necessário ao normal desenvolvimento físico, cultural e social de suas potencialidades, pois somente assim terá condições de realizar-se plenamente e contribuir decisivamente para o progresso da sociedade.

Pensamos que a real integração dos menores desajustados depende não só da alocação de recursos para modernização e ampliação dos juizados de menores, como da melhoria de estrutura e funcionamento das entidades oficiais de assistência e proteção ao menor. Mas este é apenas um ângulo da questão. Só uma efetiva política visando a elevação social da imensa classe dos desfavorecidos material e culturalmente, dos carenciados de qualquer oportunidade de melhoria de vida, poderá salvar da marginalização futura os milhares de menores em perigo de hoje.

Esses graves problemas que, sem dúvida, se inserem na órbita maior do planejamento e execução da política econômica brasileira, estão assim a merecer concentração de atenção e esforços das autoridades competentes. É um grande e salutar desafio que deve ser enfrentado por todas as forças vivas da Nação. Mas os resultados serão amplamente compensadores.