

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO
REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-779X
Edição 89 - Dezembro de 2007
R\$ 16,90



IVES GANDRA

**GUERREIRO
DA EDUCAÇÃO**

PROFESSOR EMÉRITO 2007 DO CIEE

Editorial: DEUS, OS PRESOS E A MISÉRIA HUMANA

REDUÇÃO DA IDADE PENAL: ALTERAÇÃO INCONSTITUCIONAL É MALÉFICA PARA A SOCIEDADE BRASILEIRA

Guaraci de Campos Vianna

Juiz Titular da VIJ/RJ
Presidente da ABRAMINJ

Introdução

A violência praticada por jovens é um tema cada vez mais presente e assustador na vida cotidiana e nos meios de comunicação de muitos países. No Brasil, o grave momento de crise social alimenta ainda mais o temor que a população vivencia, em meio a múltiplas formas de violência.

Entretanto, em alguns países desenvolvidos, esforços têm sido feitos no sentido de prevenção, desde a primeira infância. Para tanto, enfatizam a mobilização comunitária, criando uma rede de suporte calçada na família, escola, treinamento para o trabalho, atividades recreacionais e mudanças comunitárias.

A capacitação profissional para aqueles trabalhadores sociais que atuam diretamente com os jovens em risco para a delinquência é atividade prioritária, além de ênfase nas estratégias legais que visam reforçar a segurança pública. A articulação de todas essas atividades e o maior número de pessoas e instituições envolvidas são responsáveis pelo sucesso ou fracasso das tentativas de solução para a delinquência juvenil.

O que fazer então? Durante anos, pregou-se o antagonismo entre as idéias do paternalismo ingênuo e do retributivismo hipócrita. Tratar os jovens como se não tivesse violado direitos de outras pessoas é fomentar a trajetória de desrespeito a direitos alheios e negligenciá-los. Puni-los é uma solução paliativa para um problema de causas muito mais enraizadas, tratando o adolescente como um ser irracional, uma patologia social.

Por isso, precisamos ter o Direito como um instrumento

social funcional para a solução do problema. Mas como? Primeiro, protegendo os bens jurídicos através do efeito dissuasivo que as cominações legais – e a eventual aplicação delas – produzem nos infratores em potencial. É a ameaça do mal como retribuição a uma conduta anti-social.

Segundo, produzindo um efeito psicológico que a proibição gera na mente dos governantes e governados, um misto de satisfação e tranquilidade, capaz de fazer com que os indivíduos que se sentem inferiorizados saibam que eles são tão destinatários das Leis quanto os demais, e que estes saibam que também estão sob a égide da Lei, podendo sofrer a ação dela, no caso de violação.

Terceiro, é preciso transformar as hoje simbólicas penas e as medidas socioeducativas em instrumentos reais de prevenção e recuperação. Marquês de Beccaria já defendia, há mais de 200 anos, que a pena não deve ser exageradamente curta nem exageradamente longa, mas funcional, afastando a falsa idéia que, se, no sistema atual, quando se faz “justiça” retirando o indivíduo de circulação, ao Estado fica a satisfação de haver “feito algo” e ao povo, a impressão de que os problemas estão “sob controle”.

Destarte, o sistema socioeducativo precisa ser funcional, eficiente e capaz de ressocializar. As medidas devem ter um alto percentual de eficiência, sendo pedagogicamente impostas, executadas na forma dos artigos 99 e 100 da Lei 8.069/90.

A responsabilização e a ressocialização das crianças e dos adolescentes infratores, nesse sentido, não são direitos dos adultos e do Estado, e sim um dever. Um dever em relação aos próprios infratores. Como dever, está limitado pelo direito

Foto: Luis Henrique



“A RESPONSABILIZAÇÃO
E A RESSOCIALIZAÇÃO
DAS CRIANÇAS E
DOS ADOLESCENTES
INFRATORES NÃO SÃO
DIREITOS DOS ADULTOS
E DO ESTADO, E SIM UM
DEVER.”

da criança e do adolescente ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Assim, a responsabilização legal se torna um dever do Estado de buscar, por intermédio da aplicação da lei, possibilitar à criança o desenvolvimento de um superego capaz de reprimir os impulsos de destruição e inseri-la em um convívio social pacífico. Portanto, não parece haver outra forma conseqüente de controle da violência e do envolvimento de jovens com o crime, que não o modelo de proteção integral, que agrega educação e responsabilidade, conforme estabelecido pelo ECA.

Limite etário para a imputabilidade penal. Por que 18 anos?

Verifica-se, no ordenamento jurídico brasileiro, que o parâmetro de idade, para a fixação da norma, varia de matéria para matéria, pois, enquanto que no Direito Civil de 1916 (Lei 3.071 de 01/01/1916) era de 21 anos, só passando para 18 anos recentemente pelo Código Civil, instituído pela lei 10.406 de 10/01/2002, que entrou em vigência em 10/01/2003, e, no Direito Penal, é de 18 anos, o Direito Trabalhista traz distinções normativas para as idades de 12, 14, 18 e 21 anos. No Direito Político, a Constituição de 1988 rebaixou o direito facultativo de alistamento e de voto aos maiores de 16 anos.

Washington de Barros Monteiro comenta sobre a capacidade civil (à época, aos 21 anos, conforme previa o CC/16). Embora esta já tenha sido alterada para 18 anos pelo novo Código Civil, a fim de ilustrar as diferenças em face de cada tipo de responsabilidade, cabe citar seus seguintes esclarecimentos:

“(…) essa capacidade não deve ser confundida como eleitoral, nem com a idade limite para o serviço militar. As leis que às duas últimas se referem cuidam de atividades, direitos e deveres específicos. Assim, já se pronunciou o STF (arquivo judiciário, 113/283). Mutatis mutandis, a idade em que tem início a responsabilidade penal não exerce qualquer influência na capacidade civil, que continua regida por dispositivos próprio, consubstanciados no Código Civil.” (1958, p. 73).

Contudo, existem segmentos importantes da camada culta da sociedade que apóiam a tese de que se deve atribuir responsabilidade penal aos cidadãos a partir de 16 anos de idade, “porque eles podem votar” e “sabem o que fazem”.

É óbvio que, a partir de tenra idade, eles sabem o que fazem. Em 1884, Tobias Barreto já havia demonstrado que o discernimento pode ser encontrado, para os atos de sua idade, em uma criança de cinco anos. Toda esta dúvida tem sua origem na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, quando o Ministro Francisco Campos escreveu que os menores ficavam fora daquela lei porque eram imaturos.

Desde 1940, os professores incutem nos alunos a idéia da imaturidade dos menores, o que é um absurdo absoluto, formulado de maneira tão genérica pelo Ministro Campos. Segundo ele, todos os menores de 18 anos no Brasil eram imaturos. Absurdo completo. E nós contaminamos toda a nação com esta insólita concepção.

Não há dúvida de que o adolescente de hoje esteja muito informado e melhor preparado do que o adolescente dos anos 70. No entanto, a questão não é só de informação, mas

de formação; não é só de razão, mas de equilíbrio emocional; não apenas de compreensão, mas de entendimento.

Essa condição de pessoa em desenvolvimento, que ainda está construindo sua estrutura psicológica, sua inteligência emocional, é a base científica que levou o legislador constituinte a erigir em presunção absoluta de inimputável o menor de 18 anos de idade, elevando-o à condição de garantia individual, nos termos do artigo 228 da CF.

Impossibilidade da redução da maioria penal

Não parece que a redução da maioria penal seja a solução ideal, pois, simplesmente, vai encher os presídios, já superlotados e sem qualquer programa eficaz de readaptação do detento, de jovens em formação que poderiam se tornar cidadãos e conviver, pacificamente, na sociedade. Abrir-se-á mão da prevenção para valorizar a repressão. Entende-se que a melhor solução está na modificação do ECA (Lei 8.069/90), ajustando-o às novas exigências sociais, juntamente com os investimentos necessários para criação de um verdadeiro e eficiente sistema socioeducativo de atendimento.

Comumente, diz-se que o grande marco de mudança paradigmática da questão da infância no Brasil foi o advento do ECA. Entretanto, tal afirmação é equívoca. A Lei nº 8.069/1990 nada mais é do que a integração legislativa do que estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227.

O conteúdo do artigo 227 da Constituição é reconhecido como veiculador da síntese da doutrina da proteção integral, que restou plasmada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 20/11/1989.

Os defensores da diminuição da idade da imputabilidade penal cometem um grande equívoco, não reconhecendo que sua fixação foi uma opção política do Constituinte de 1987/1988. Logo, toda e qualquer discussão com base na teoria do discernimento, como vem sendo travada, é desfocada. O critério para estabelecer a idade penal mínima foi político, não tendo relação com a capacidade ou incapacidade de entendimento.

Aceitar-se que a fixação constitucional da imputabilidade penal baseia-se na falta de compreensão do caráter ilícito ou anti-social de uma conduta criminosa implica equiparar adolescentes a insanos mentais, e isso, à evidência, é algo que padece de um mínimo de coerência. Ninguém tem dúvida de que o jovem e mesmo a criança têm plena capacidade de entender que é reprovável furtar, danificar, matar e etc.

Também não se pode falar na adoção, pelo Constituinte, de um critério puramente biológico. A decisão foi no sentido de valorização da dignidade humana de todas as pessoas menores de dezoito anos, de acordo com a tendência internacional de reconhecimento jurídico da doutrina da proteção integral, que acabou consubstanciada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Entende-se que o artigo 228 da Constituição é um

direito fundamental, razão pela qual serão feitas algumas considerações gerais a respeito dessa espécie de direito.

Os direitos fundamentais garantem o respeito dos direitos individuais e a promoção social baseada na valorização da dignidade humana, cumprindo a função de descortinar o horizonte emancipatório a alcançar no Estado Democrático de Direito, o que decorre de seu compromisso antropológico.

Por força do papel que desempenham, os direitos fundamentais gozam, em nosso ordenamento, de um reforço de efetividade, pois, de acordo com o § 1º do art. 5º da CF, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Tal disposição implica uma juridicidade reforçada, que é uma característica comum e diferenciada dos direitos fundamentais. Além disso, são os direitos fundamentais protegidos contra a possibilidade de extirpação da Constituição, já que são protegidos pela intangibilidade fixada no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

A Constituição Federal, conforme se vê no § 2º do artigo 5º, abriga o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, pois permite localizar tais direitos em todo o seu texto, e não só aqueles que estão elencados no catálogo que apresenta (Título II). Além disso, autoriza o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não se encontram no texto constitucional (direitos materialmente fundamentais), desde que decorram do regime e princípios por ela adotados, bem como de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte (art. 5º § 3º da CF). Vale dizer, o rol de direitos fundamentais elencados na Constituição é exaustivo, permitindo a localização de outros.

A idade penal mínima é autêntico direito fundamental, localizada fora do catálogo elencado pela Constituição no Título II, pois é inequivocamente vinculado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Não só em sede doutrinária há o reconhecimento de direitos fundamentais fora do catálogo e com caráter de cláusula pétrea, pois o STF já deixou isso assentado, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 393/93, questionadora da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993, que instituía a arrecadação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, IPMF, a partir de agosto daquele ano, conforme estabeleceu a Lei Complementar nº 77, de 13/07/1993, que também foi objeto da argüição de inconstitucionalidade.

As forças conservadoras da sociedade e a imprensa sensacionalista batem-se insistentemente pela alteração do artigo 228, apresentando o rebaixamento da maioria penal como a solução para o problema da violência urbana. A tese vem ganhando apoio em ambos segmentos da sociedade, em decorrência, sobretudo, do sentimento de insegurança da população ante a ineficácia dos poderes públicos no combate satisfatório à criminalidade.

As distorções sobre tal questão são gigantescas e precisam ser corrigidas. A primeira grande distorção consiste em pensar que os atos infracionais praticados por adolescentes

representam parcela significativa dos crimes ocorridos no país. Segundo levantamento realizado em vários estados do Brasil, os crimes praticados por maiores de 18 anos representam cerca de 90% do total. Assim, os adolescentes estariam praticando apenas 10% das infrações.

O segundo grande ponto que precisamos ter em mente é que essas forças conservadoras insistem em confundir inimputabilidade penal dos menores de 18 anos com impunidade, ou total irresponsabilidade. É mentirosa a visão de que os adolescentes autores de infrações penais não respondem pelo ato que praticam. Respondem sim, e o fazem, segundo as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), sendo submetidos a julgamento dentro do devido processo legal.

No Estatuto, para o jovem autor de infração penal, estão previstas medidas chamadas socioeducativas. A medida de internação, considerando apenas o aspecto da privação de liberdade, é idêntica às penas criminais.

Na esteira da Constituição Federal, o ECA impõe a responsabilidade do infrator, sujeitando-se à privação de liberdade. O período de internamento, no módulo máximo de três anos, considera a condição de pessoa em desenvolvimento do adolescente e o próprio período de metamorfose que caracteriza esta fase. Após esse período, o adolescente estará apto, se adequadamente trabalhado, para a reinserção na sociedade.

Em um paralelo com o sistema aplicável ao adulto, se ele praticou um roubo a mão armada, a pena que receber como regra deverá se situar ao redor de 5 anos e 4 meses de reclusão, observados os critérios do Código Penal. Desta pena, vai cumprir preso apenas um terço dela, ou seja, mais ou menos 2 anos, dada a sistemática da Lei de Execuções Penais. O art. 112 da LEP estabelece a progressão do regime fechado após cumprimento de 1/6 da pena. Livramento condicional após a metade. O adolescente pode cumprir medida até os 21 anos. Muitas vezes, acaba cumprindo mais tempo de pena do que a maioria dos adultos. Se nos for dado espaço, voltaremos a mencionar este tema onde propusemos o aumento da idade de liberação compulsória para 24 anos.

Outro grande equívoco nesta questão da redução da idade é o entendimento de que ela se resume à discussão sobre capacidade de discernimento, ou seja, se o jovem sabe ou não o que ele faz quando pratica uma infração penal. Pensando-se assim, poderíamos chegar ao absurdo de dizer que uma criança de sete anos deve receber uma pena criminal? Em um presídio? Porque ela sabe que matar alguém é errado ou porque sabe que furtar o lápis do amiguinho na escola também é.

Não se trata de ter ou não discernimento. O enfoque correto do tema é buscar o que é mais adequado e eficaz à reinserção do adolescente infrator na comunidade, considerando sua condição de pessoa humana em desenvolvimento, dentro da realidade político-econômica da Nação, da própria falência do sistema penitenciário. A fixação da idade em 18 anos vem se revelando com uma

“O SEGUNDO GRANDE PONTO QUE PRECISAMOS TER EM MENTE É QUE ESSAS FORÇAS CONSERVADORAS INSISTEM EM CONFUNDIR INIMPUTABILIDADE PENAL DOS MENORES DE 18 ANOS COM IMPUNIDADE, OU TOTAL IRRESPONSABILIDADE.”

adequada solução de política criminal. O que falta é a efetiva implementação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto.

Conclusão

Não se deve alterar a Constituição Federal diante de insuficiência de políticas governamentais. Corrigir programas governamentais, fazer ajustes na legislação ordinária não implicam, necessariamente, alteração constitucional. Vamos preservar nossa memória institucional, vamos valorizar nosso pacto de 1988, que resgatou a cidadania, evitando, mais uma vez, alterar o texto, especialmente diante de cláusula pétrea, especialmente diante da inexistência de qualquer mudança social e, por fim, diante da existência de um sistema de punição do adolescente infrator? Que poderia perfeitamente ser ajustado mediante mudanças de políticas governamentais e diante de pequenas alterações legislativas ordinárias.

Não é aceitável confundir um direito de exercício de cidadania, votar aos 16 anos, com a reponsabilização por um ato infracional praticado.

Inimputabilidade penal não rima com impunidade. Quem faz tal confusão age de má-fé, e sem base na legislação brasileira e nas normas internacionais, das quais o Brasil é signatário.

Cabe assinalar que, se a redução da maioria penal baixasse os altos índices de violência/criminalidade presentes na sociedade brasileira, as pessoas com mais de 18 anos não poderiam/deveriam praticar a esmagadora maioria dos crimes.

Reduzir a idade penal é romper também com os tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário. As alternativas, portanto, não estão no endurecimento das penas.

É mais do que urgente e necessária a correta e efetiva aplicação das medidas socioeducativas definidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.