

A MENORIDADE E O NÓVO CÓDIGO PENAL

ALYRIO CAVALLIERI

Juiz de Menores da Guanabara — Secretário da Associação Brasileira de Juizes de Menores — Membro da Comissão Revisora do Código de Menores — Professor de *Direito Penal* da Universidade Gama Filho — Representante do Brasil ao 8.º Congresso Internacional de Juizes de Menores (Genebra, 1970).

Senhor Presidente.

Acuso o Secretário da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção da Guanabara, Professor Virgílio Luiz Donnici, de transformar êste Simpósio, de tão elogiáveis finalidades, em uma montanha russa. Vossa Excelência, Senhor Presidente, devia repreender seu Secretário. Das alturas das conferências de Haroldo Valadão e Benjamim de Moraes, que me precederam neste Simpósio, mergulha, hoje, êste auditório, nos baixios da minha exposição, no contraste violento de uma montanha russa. Mas, enfim, o auditório vai subir de nôvo, nos próximos dias e não vai baixar mais.

Atrevi-me em aceitar o convite de Virgílio Donnici, melhor dizendo, foi uma citação com hora certa, pois os papéis estão, hoje, um tanto invertidos — por duas razões e não estou presente em nenhuma delas. Dispo-me da condição de juiz e nesta casa de advogados eu sou um postulante.

Primeiro: tenho uma procuração da qual se orgulharia qualquer dos senhores advogados; represento quase a metade da população dêste Estado e, indiretamente, do Brasil, tôdas as criaturas com menos de 18 anos de idade, e são milhões. Nestes meus clientes, eu arrebanhei fôrças.

Segundo: sou instrumento. O direito que represento não é meu e as razões são de meus mestres. De mim, só a voz.

E a emoção, a paixão, o arroubo, a veemência e nada mais. E desde já, peço perdão. Como fazer de outro modo quando a matéria é gente, humanidade, pessoa, juventude.

Em 1955, dei a primeira aula de Direito Penal, na Faculdade Brasileira, na Praça da República. Antes de entrar na minha sala, vislumbrei, numa outra, o professor Benjamim de Moraes, que falava aos seus alunos. Entrei em sua sala e êle parou a sua exposição. Disse-lhe que havia sido seu aluno.

Ele, por amabilidade, fêz que me reconheceu. Disse-lhe que não me dirigiria à minha turma sem que me autorizasse. Era a minha homenagem ao mestre. Apresentou-me a seus discípulos, congratulou-se comigo. Obtive, assim, permissão para entrar em sua seara. Este foi, para mim, um fato histórico. Estou usando, até hoje, aquela permissão.

Discordo, agora, do mestre. Estou movido pela fôrça jovem do mandato. Mas o respeito é o mesmo.

Ouvi quatro exposições do ilustre revisor do Código Penal. ~~Anotei seus~~ argumentos a favor do sistema adotado, o rebaixamento da idade da responsabilidade penal, sujeito ao discernimento. Aqui trago os argumentos dos menoristas. O Senhor Presidente vai perdoar o neologismo — “os menoristas”. Mas não ficamos nesse diálogo. Empunhei, a princípio sozinho, esta bandeira. Hoje, muitos a sustentam, tomando-a de minhas mãos frágeis.

Desejamos a alteração do art. 33 do nôvo Código Penal. Redigimos um memorial ao Senhor Ministro da Justiça em nome do Juizado de Menores do Estado da Guanabara. Assim também o fêz o ilustre autor do anteprojeto de Código de Menores, Juiz Cavalcanti de Gusmão; idêntica atitude tomou o Presidente da Associação Brasileira de Juizes de Menores, Juiz de Brasília Jorge Duarte de Azevedo; o mesmo gesto teve o Juiz de Menores de São Paulo, doutor Arthur Costa; incorporou-se à batalha o Presidente da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, doutor Mário Altenfelder; estão conosco o Presidente do Tribunal de Justiça, Professor Murta Ribeiro e seu decano, Bulhões de Carvalho, um grande menorista do País, além do Secretário da Ordem dos Advogados, Professor Virgílio Donnici. O Ministério Público menorista, nas pessoas dos curadores Raul de Araújo Jorge, Nelson Pecegheiro do Amaral e Newton de Barros Vasconcellos aderiram à causa.

Nossa atividade terá a fôrça de uma ação declaratória para que se crie uma certeza jurídica, como ensinou o mestre Alfredo Buzaid, em sua obra de 1943. Contamos com os assistentes sociais, com educadores, psicólogos e, como é óbvio, com o poder jovem.

Não se trata, somente, de uma posição doutrinária, capaz de ensejar discussões universitárias. Estamos fazendo a hora da verdade.

É uma guerra, uma batalha campal, uma cruzada!

Mas, Virgílio Donnici, escute o seu irmão Cavallieri. Vamos deixar de ser italianos e passemos a ser mineiros. Conversemos...

AS ACUSAÇÕES

Pretendo provar, nesta exposição, que o art. 33 do nôvo Código Penal é IMPRATICÁVEL, INÚTIL e DESACONSELHÁVEL. Esta é a redação do art. 33 do nôvo Código Penal, aparecendo em letras maiúsculas as alterações introduzidas no texto original do anteprojeto de Nelson Hungria.

“**Art. 33** — O menor de 18 anos é INIMPUTÁVEL salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESTE ENTENDIMENTO. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até metade.”

Hungria, em seu anteprojeto, preferiu a expressão IRRESPONSÁVEL; havia, também, preferido a fórmula GOVERNAR A PRÓPRIA CONDUTA.

A matéria está contida no título IMPUTABILIDADE PENAL, do novo Código. O anteprojeto preferiu RESPONSABILIDADE PENAL, enquanto o Código atual, de 1940, usa o título curto de RESPONSABILIDADE.

Aqui, seria de disciplinarem-se os conceitos.

Magalhães Noronha diz:

“O Código de 40 denomina responsabilidade o que, a rigor, é imputabilidade e o anteprojeto mantém a mesma técnica.” (1º volume, página 158, “Direito Penal”).

Frederico Marques afirma o mesmo, em seu Tratado, volume II.

Na tradução espanhola de Maurach, o mestre de Múnich justifica as discrepâncias e afirma: — “Se há falta de amadurecimento ético-intelectual dos menores, ela é própria de uma etapa de crescimento natural e fisiológico e não se deve usar a expressão inimputabilidade”.

Em seus “Comentários”, Nelson Hungria não distingue entre imputabilidade e responsabilidade (volume I).

De novo, Magalhães Noronha, de quem extraímos o conceito:

“Responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime.” (op. cit.)

E, em outras palavras, a lição de Jimenez de Asua:

“Responsabilidade é a conseqüência do delito, a que se vincula a aplicação de uma pena.” (Tratado, Vol. V.)

Fiquemos por aqui, aceitando a posição de Murta Ribeiro, segundo o qual, deve-se aceitar a distinção, ao menos, por razões didáticas (notas de aulas).

QUEM DECIDE

A exposição de motivos ao novo Código estipula:

“Como a responsabilidade criminal dos jovens de 16 a 18 anos é excepcional, não pode caber dúvida de que deverá ser declarada pelo Juiz de Menores, se a lei processual não dispuser diversamente”.

Entendo ser o dispositivo impraticável, uma vez que os juizes de menores não podem decidir sobre o assunto, como se pretende.

É verdade, e isto já foi dito, que os juizes decidem sobre matéria que envolve questões psicológicas, personalidade, intensidade do dolo, grau da culpa, motivos, circunstâncias etc.

Mas cabe a pergunta: confundem-se estas questões com “desenvolvimento psíquico”?

Em cinco oportunidades, o Código Penal usa essas expressões:

“entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Elas aparecem no artigo 31, na regra geral da responsabilidade; no seu parágrafo único, referente à responsabilidade diminuída; no artigo 32, que trata da embriaguez e no seu parágrafo, que versa sobre a embriaguez semi-plena e no artigo 33, sobre os menores.

As causas de irresponsabilidade, em seus graus, explícitas nos artigos citados, são:

- doença mental
- desenvolvimento mental incompleto
- desenvolvimento mental retardado
- deficiência mental
- embriaguez completa
- embriaguez semi-plena
- insuficiente desenvolvimento psíquico.

A exposição de motivos pretende que os juizes de menores decidam sobre o desenvolvimento psíquico. Pretenderá, também, que os juizes decidam sobre as causas nosológicas de irresponsabilidade?

Quanto a mim, confesso a mesma e idêntica impossibilidade pessoal de decidir, por mim, quer quanto à doença mental, quer quanto ao desenvolvimento psíquico.

E advogados e promotores aceitarão, pacíficos, decisões sobre tal matéria, proferidas pelo não especializado magistrado?

Afirmo, pois, ser o artigo 33, tal como está, IMPRATICÁVEL.

Não é que os juizes de menores queiram fugir a mais uma prebenda. É que lhes faltam os instrumentos científicos para a decisão, sem apêlo aos peritos.

Não se poderá fugir ao imperativo da formação de juntas médicas para feita dos laudos. E aqui fica a dúvida: está o nosso País em condições de, em cada comarca, contar com os peritos que forneçam ao juiz o exame técnico necessário? Tenho receios muito fundados de que, a não ser na maior pequena cidade do mundo, que é Itabirito, Minas Gerais (não tivéssemos nascido lá), na quase totalidade das comarcas do interior do Brasil, o laudo comprobatório ou não do discernimento do menor, seja fornecido por sua excelência o cabo comandante do esquadrão de polícia.

Está de pé, diante do novo Código Penal, a acusação que tenho ouvido, em andanças pelo Brasil, para falar sobre menores, a acusação de que se tem legislado com o pensamento no asfalto das grandes cidades. E alertarei, como membro da Comissão Revisora do Código de Menores, aos meus colegas, para que ao compormos legislação federal, libertemo-nos de um natural complexo da metrópole.

O DISCERNIMENTO

A redação do artigo 33, embora especiosa, refere-se ao discernimento. Foi a expressão usada pelo Professor Benjamim de Moraes, em sua conferência neste simpósio.

A legislação anterior usou, com tôdas as letras, a palavra.

Mas, o que é o discernimento?

Aqui está uma opinião abalizada. Tobias Barreto, em obra de 1884, assim se expressa:

“O conceito do discernimento, de difficilima apreciação” (pág. 16).

Comentava o professor do Recife o artigo 13 do Código Criminal do Império e assim o via:

“O vago discernimento, de que trata o artigo 13, e que é possível na falta de restrição legal, ser descoberto pelo juiz até em uma criança de cinco anos . . .” (pág. 21.)

Os trechos são de “Menores e Loucos em Direito Criminal”, de Tobias Barreto, edição oficial do Estado de Sergipe, em 1926.

O texto criticado, o artigo 13 do Código do Império, tinha a seguinte redação:

“Se se provar que os membros de quatorzeannos, que tiverem cometido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção . . .”

O sistema do discernimento foi lei no Brasil, inscrito que estava, tanto no Código de 1830, como no de 1890, e a jurisprudência manifestou-se sobre êle. As pesquisas não foram muito longe. Mas podemos destacar dois pronunciamentos jurisprudenciais, em dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

“É circunstância indicativa de discernimento a certeza, no réu, de que cometia um ato punível, que o levaria à prisão” (27-10-1910).

“O maior de 9 anos e menor de 14, que procura ocultar o crime e destruir-lhe os vestígios, prova que obrou com discernimento e é responsável” (12-5-1893).

Tomando por base tais julgados, já podemos figurar o que seja o discernimento: se o menor, agora entre 16 e 18 anos, fugir da polícia, tem discernimento, é responsável e será julgado por um juiz criminal.

Quanto a mim, estou perplexo com a jurisprudência formada à época em que o sistema existiu. E existiu até quando? Verificamos que comparece aos códigos de 1830 e 1890. A pesquisa indicou quando morreu, na legislação brasileira, o discernimento.

A lei nº 4.242 de 5 de janeiro de 1921, versava sobre o orçamento da República, para aquêle exercício. Os artigos 1.º e 2.º dispunham sobre as dotações em contos de réis. O artigo 3.º, entretanto, tinha curiosa redação:

“Art. 3.º — Fica o Govêrno autorizado:

1. A organizar o serviço de assistência à infância abandonada e deliçüente . . .”

E lá vinha o § 20:

“O menor indigitado, autor de crime ou contravenção, que contar mais de 14 anos e menos de 18, será submetido a processo especial . . .”

E ali, numa lei orçamentária, implantou-se o embrião do Código de Menores e, revogando-se, na matéria, o Código Penal de 1890, sepultou-se o critério do discernimento para declaração de responsabilidade penal dos menores de 18 anos.

Por aí se vê que a “novidade” que comparece ao moderno código brasileiro de 1970 é uma velharia que deixou de existir em nossa legislação há 50 anos atrás. É lamentável o retrocesso.

A CONFERÊNCIA DOS DESEMBARGADORES

Em 1965, realizou-se, nesta cidade, a III Conferência Nacional dos Desembargadores. Tentou-se, nela, salvar o sistema do discernimento, proposto, na ocasião, por Nelson Hungria, em seu anteprojeto. Um dos temas da Conferência, da qual os anais não foram ainda publicados, foi a responsabilidade penal dos menores.

Talvez por uma "mineirice", fiz uma reportagem sobre a matéria de Direito Penal, tratada na Conferência, publicada na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. É o único documento público sobre conclusões da III Conferência, ainda. Fizemos parte do grupo de trabalho que sugeriu os temas de Direito Penal, tendo indicado, além da Responsabilidade, a questão da Inexigibilidade de outra conduta.

O tema da Responsabilidade foi o que suscitou o maior interesse, tendo sido objeto de oito teses.

A favor da manutenção do Código de 1940, permanecendo a responsabilidade aos 18 anos, manifestaram-se Bulhões Carvalho, Murta Ribeiro, Cavalcanti de Gusmão, Souza Moita, Sadi de Gusmão e Ferreira Bastos, num total de seis teses. Souza Duque, desembargador de Pernambuco, ficou a favor do anteprojeto, trocando-se a expressão "desenvolvimento psíquico" por "desenvolvimento pessoal". Epaminondas Pontes defendeu a responsabilidade aos 15 anos.

A seção que examinava o assunto já havia recolhido os votos de Cordeiro de Verçosa e Souza Moita quando Pedro Braga, desembargador mineiro, apresentou substitutivo nesses termos:

"Deve ser mantida a redação do artigo 32 do anteprojeto, facultando-se ao juiz a aplicação, no caso concreto, de medidas de segurança ou educativas."

Apesar dos esforços de Bulhões Carvalho, o plenário da Conferência dos Desembargadores aprovou a posição conciliatória por vinte contra treze votos. É inegável que a Conferência fez uma tentativa para salvar, de algum modo, o sistema do discernimento, pretendido por Nelson Hungria.

O FIM DAS PRISÕES

Benjamim de Moraes afirmou, neste Simpósio, que as prisões deixarão de existir dentro de cinquenta anos, preconizando o fim das penas privativas de liberdade, com estas palavras:

"— O novo Código Penal Brasileiro, ao estabelecer a substituição da reclusão pela detenção e desta última pela multa, está no limiar dessa nova era da vida do homem" ("Correio da Manhã", 4-4-70).

Não entendo, pois, como se pretende acabar com as prisões dentro de meio século, pretendendo estabelecê-la, agora, para aqueles que a elas não estão sujeitos. A posição é, pelo menos, contraditória.

UM DEPOIMENTO PESSOAL

Apresento meu testemunho baseado numa "sofrência" de cinco anos de Juizado de Menores. O termo, simbiose de vivência com sofrimento, neolo-

gismo de uma canção popular, expressa uma experiência adquirida com o julgamento de cerca de seis mil menores infratores. Quase todo o meu tempo de magistratura foi dedicado ao convívio com menores delinquentes. Afirmando, com toda a lealdade, que dos 6.000 menores infratores que julguei — à exceção dos doentes mentais — todos eles tinham discernimento. Afirmando-o com a mais absoluta convicção: qualquer rapaz ou moça, que não sejam doentes mentais, têm discernimento.

O discernimento a que se refere o Código Penal não é um discernimento genérico para todas as coisas da vida e do mundo, mas específico, para a compreensão do caráter ilícito do fato. Não se trata de constatar se havia, no menor de 16 anos, discernimento para matéria de alta indagação, mas, simplesmente, um discernimento específico para entender o caráter ilícito do fato (momento intelectual) e determinar-se de acordo com este entendimento (momento volitivo) — o que só não ocorrerá ao jovem de 16 anos se ele for um doente mental.

Afirmo, pois, contrapondo-me à exposição de motivos ao Código, que a responsabilidade aos 16 anos não é excepcional. Ela passará a ser a regra.

DIFICULDADE TÉCNICA

Há a acrescentar a talvez intransponível dificuldade técnica que advirá da conceituação do discernimento, por parte dos peritos. Quem esteve no recente simpósio organizado pela Faculdade Cândido Mendes — que tinha que ser feito e foi por Virgílio Donnici — há de se lembrar da discussão que se formou entre dois médicos-legistas, diante da presença perplexa de nós, antigos estudantes de Direito, em torno do conceito de “doença mental”. Evoco o testemunho de quem lá esteve. Foi preciso que o presidente do conclave encerrasse a discussão, pois não houve possibilidade de que suas excelências, ilustres professores, por quem temos o maior respeito, chegassem a um acordo, dentro de suas concepções técnicas e científicas, sobre uma definição de doença mental.

CÓDIGO HUMANISTA

Foi dito que o novo Código Penal é uma legislação humanista e, realmente, o é. Como entender, pois, que um código humanista pretenda impor penas criminais — que acabarão dentro de 50 anos — aos jovens de 16 anos?

A REPÚBLICA DE IPANEMA

Enfrento um outro argumento. O artigo 33 permitiria ao juiz tratar desigualmente e, portanto, com justiça, ao jovem da chamada República de Ipanema — o habitante da grande cidade — e ao jovem do interior do País. Teriam desigual discernimento.

Serei ousado ao afirmar que, tanto o tabaréu que trabalha em uma fazenda no sertão do Brasil e o jovem de Copacabana têm o mesmo, absolutamente o mesmo, discernimento para crimes e contravenções. Nenhum juiz terá que julgar de modo diferente os dois jovens, pois aferirá seu entendimento exclusivamente com relação a fatos que possam praticar. Que delitos praticará o caipira? Furtará um cavalo, seduzirá a filha do fazendeiro, lesionará seu desafeto, empenhar-se-á em rixa — que mais? Não

sabe o caipira de 16 anos — a menos que seja um doente mental — que tais atos são ilícitos? Onde, pois, a diferença? O jovem da grande cidade furtará um automóvel, praticará contravenções. Onde a diferença? Não têm eles, igualmente, discernimento para os atos que praticam?

Teria o tabaréu possibilidade de praticar o crime de falsidade ideológica, para o que seria de exigir-se alguma acuidade intelectual? Mas como, se em cinco anos, na Guanabara, só ocorreram três casos de falsidade ideológica praticados por menores de 18 anos.

O BONDOSO JUIZ DE MENORES

Poder-se-ia confiar na propalada bondade do juiz de menores, para livrar, sob o império do artigo 33, o jovem da prisão comum? Espera-se que o juiz de menores dirá sempre que o jovem não tem discernimento, para protegê-lo da lei?

Examinemos um fato concreto: môça de 17 anos, filha de comerciante, pratica na direção do carro do próprio pai, a seu lado, na Quinta da Boa Vista, sem possuir a autorização da Inspetoria de Veículos, o chamado “papagaio”. É detida por guarda de trânsito e daí vai à audiência do Juiz de Menores, pela prática da contravenção descrita no artigo 32. Poderia o juiz decidir — se já em vigor o nôvo Código Penal — que aquela môça, aluna do Instituto de Educação e quase professôra, não tinha suficiente desenvolvimento psíquico para entender que praticava um ilícito? Aceitaria ela a declaração do juiz, que a equiparava a uma deficiente mental? Poderia o Curador de Menores, para proteger a jovem, reconhecer uma falta de discernimento? Ali estavam tôdas as características técnicas a afirmar a responsabilidade penal da menor, indicando o caminho de uma vara criminal. Como violentarem membro do Ministério Público e Juiz suas consciências, o conhecimento do fato, tôdas as provas afirmativas da prática da contravenção? E ao juiz criminal a que fôsse enviada restaria outro caminho que não o da condenação? Está bem, a pena seria pecuniária? E a primariedade?

A preocupação maior do juiz não é o ato de selvageria do menor de 18 anos que mata ou rouba e que aparece nas manchetes dos jornais. Para êstes, temos o tratamento adequado. A preocupação está nos atos de pequena importância, as contravenções, para as quais não se poderia negar discernimento no menor e que levarão para as varas criminais, fatalmente, a juventude entre 16 e 18 anos de idade.

O PERSONAGEM DE 16 ANOS

Afinal, quem é êsse personagem de 16 anos de idade? Quem não o tem em casa, filho, sobrinho, aluno, amigo, neto?

Frequênta o futebol, vai ao cinema, êsse “cavalão” de 16 (desculpem, o termo é do Padre Charbonneau) já fumará o seu cigarrinho, está no segundo ano científico, no ano que vem vai se preparar para o vestibular da Universidade; quem sabe, já teve sua experiência sexual, já trabalha, tem sua namorada. . . E não tem discernimento para entender o caráter ilícito de um ato que pratique?

Impõe-se repetir a conclusão: a responsabilidade penal aos 16 anos, tal como está no Código Penal, condicionada ao discernimento, não é a exce-

ção, mas a regra. Alcançará a todos os jovens brasileiros com 16 anos de idade, com exceção dos portadores de doença mental.

Quanto a mim — lamento que a afirmação será encarada como argumento *ad terrorem* — mas expresse uma convicção formada em tranquilas reflexões e experiências: se não fôr derogado o art. 33 do Código Penal, a partir do momento em que entre em vigor, encaminharei, por ofícios impressos, todos os menores com 16 anos que forem enviados ao Juizado de Menores da Guanabara, desde que não tenham deficiências mentais flagrantes aos meus colegas das varas criminais.

UMA CONFISSÃO

O Anteprojeto Hungria foi publicado em 19 de fevereiro de 1963. No dia 5 de março de 1963, o “Correio da Manhã” publicava notícia da realização de solenidade da aula inaugural da Faculdade de Direito Gama Filho. Ali, talvez, tenha sido feito o primeiro pronunciamento público sobre o anteprojeto, naquela aula inaugural proferida por mim.

Confesso haver elogiado todo o anteprojeto e, especialmente, a redução da responsabilidade para os 16 anos.

Assim se referiu o jornal ao fato:

“A aula foi proferida pelo professor Alyrio Cavallieri, assistente do Desembargador Murta na cadeira de Direito Penal. O orador elogiou os pontos básicos do Anteprojeto Hungria, referindo-se às prisões abertas, ao dia-multa, à menoridade penal, que o juiz poderá fixar em 16 anos...”

Humildemente, subo a Canossa, confesso *mea culpa* e, já tendo elogiado o dispositivo que hoje condeno, só tenho a meu favor uma justificação: àquele tempo, eu não era juiz de menores. Bastou que convivesse seis meses com os menores infratores para reformular minha posição. Abram os créditos aos penalistas que fizeram o Código Penal; não são minoristas; se o fossem, compreenderiam as nossas razões. Não é sem pena que nenhum juiz de menores, nenhum curador, assistente social, psicólogo especializado, diretor de estabelecimento de reeducação, — ninguém é a favor do artigo 33.

DESFAZENDO DÚVIDA

Acredito existir, em muitas cabeças, uma dúvida que deve ser desfeita, em poucas palavras, muito significativas.

O Anteprojeto Hungria, que é de 1963, tinha no seu artigo 32 o dispositivo que é agora, no Código, o artigo 33, com muita ligeira alteração. Como pretendo haver demonstrado, levará os jovens com 16 anos para as prisões.

O Anteprojeto é de 1963. Nunca é demais lembrar que a Revolução Brasileira é de 1964. Para bom entendedor, bastam essas palavras, recusados os dons divinatórios.

O DISPOSITIVO INÚTIL

Haveria algo a justificar o rebaixamento da idade da responsabilidade penal?

Haverá um grave problema de delinqüência juvenil no país a exigir das autoridades, do legislador, medidas coercitivas?

Refiro-me não ao que sei mas ao que posso provar, com documentos. Afirmou o Dr. José Barreto, juiz de menores de Fortaleza, Ceará:

“Delinqüência diminui em Fortaleza. A delinqüência juvenil em nossa Capital não tem atingido a um ponto que possa preocupar seriamente as autoridades.” (“Tribuna do Ceará”, 17-9-1969.)

De São Paulo vem a abalizada informação, prestada pelo juiz de menores da Capital, Dr. Arthur Oliveira Costa:

“A diminuição, cada vez mais acentuada, da estatística delinqüencial do menor nesta Capital é a revelação mais auspiciosa para o nosso trabalho.” (“Diário de São Paulo” de 24-6-1969.)

OS NÚMEROS DA GUANABARA

A incidência de atos anti-sociais, previstos nas leis penais, praticados por menores de 18 anos, na Guanabara, apresenta o seguinte quadro:

Anos	1964	1965	1966	1967	1968	1969
Número de Processos	1.028	1.018	807	1.169	1.189	1.120

Os números referem-se à quantidade de processos ou casos, e não ao número de menores, pois há processos que compreendem dois ou mais menores. Verifica-se que no ano de 1969 houve 69 casos a menos que em 1968. Não há explicação para a diminuição de 20% no ano de 1966. Talvez tenha o juiz rezado um pouco mais. Chamados ao meu gabinete, em memorável reunião, cerca de trinta delegados de polícia, ao se fechar a estatística do ano de 1966, tentou-se explicar o fato. A Polícia havia trabalhado igualmente nos casos graves como nos simples. Não houve justificação para o feliz evento.

Constata-se não ter havido, sequer, um crescimento vegetativo de delinqüência juvenil, na Guanabara, tal como em todo o país.

Sob o aspecto qualitativo, as incidências foram as seguintes:

Anos	1964	1965	1966	1967	1968	1969
Contravenções	14%	17%	12%	9%	8%	8,48%

CRIMES

Contra a Pessoa	14%	13%	20%	20%	22%	23,48%
Contra o Patrimônio	58%	56%	53%	53%	53,5%	51,27%
Contra os Costumes	6%	6%	5,5%	7,5%	10%	9,55%
Entorpecentes	7%	6%	7,5%	7,5%	6%	3,92%
Outros	1%	2%	2%	3%	0,5%	3,3%

No dia 31 de março de 1970, foi tombado o Processo nº 267; a continuar a incidência, teremos, ao final do ano, um número inferior ao do ano passado, se a tanto Deus nos ajudar, pois a média mensal é inferior a 90 e os meses piores já passaram, os do verão, com as fontes geradoras das festas de fim de ano, o Carnaval; a Semana Santa, não.

Há quem duvide das estatísticas. Mas temos a nosso favor a lei dos grandes números: quando os números se repetem, há uma presunção de verdade. Assim diz a ciência da estatística.

Os números apresentados não pretendem espelhar todo o quadro da delinqüência da cidade, mas aquilo que chega ao conhecimento da autora-

de. Mas que outros números poderemos contar? E há que reparar estarem aqui, juntamente com as leves contravenções, os casos graves de homicídios e assaltos a mão armada, praticados por menores de 18 anos.

O quadro seguinte explicita as ocorrências de 1969.

ANO DE 1969

Total de casos: 1.120

Contravenções	95	8,48%
CRIMES		
homicídios dolosos	10	
homicídios culposos	16	
lesões dolosas	197	
lesões culposas	31	
outros	9	
total de crimes contra a pessoa	263	23,48%
furtos	480	
roubos	67	
danos	12	
outros	15	
total de crimes contra o patrimônio	574	51,27%
contra os costumes	107	9,55%
entorpecentes	44	3,92%
outros	37	3,30%
totais	1.120	100,00%

RÁPIDA ANÁLISE

Este quadro, que repete, quase, em 1969, as incidências dos anos anteriores, refere-se a contravenções (entre as mais comuns a direção de veículo sem habilitação, o porte de arma, o jogo de bicho e, com absolvições liminares, em regra, a “pelada” na rua) e crimes. Talvez se explique uma tendência para o aumento dos crimes culposos contra a pessoa pelo fato de que, em certa época, os menores com 17 anos podiam dirigir automóvel. Inconformados com a cassação súbita e injustificável quanto incompreensível, continuaram a dirigir. Entre os delitos contra a pessoa, contam-se 10 homicídios dolosos, praticados por menores de 18 anos, assim como o “atropelamento” de uma senhora por um garoto de 8 anos, em sua pequena bicicleta. Ela ficou tão levemente lesada, que não foi a exame de corpo de delito. Desculpe, senhor presidente, mas há muita gente chata neste mundo...

Pretende-se ter como provado não existir um grave problema de delinquência juvenil, nem nesta cidade, nem no país, com esta incidência de mil casos por ano. Se não existe o problema, porque mudar a lei?

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA JUVENTUDE

Diz a exposição de motivos ao Código Penal que

“parece certo que a possível redução do limite da imputabilidade a 16 anos aumenta a consciência da responsabilidade social dos jovens”.

Há que distinguir entre os atos anti-sociais típicos (que correspondem a uma figura penal) e os atos anti-sociais atípicos. Há uma variada e extensa

gama destes últimos, que não correspondem a um ilícito penal. Se alguém pensa que poderia resolver o problema da turbulência da juventude baixando o limite da responsabilidade penal estaria redondamente enganado. Não faço, entretanto, esta injustiça aos autores do Código. Somente os atos anti-sociais que correspondem a um crime ou a uma contravenção é que levariam um jovem para o âmbito do artigo 33 do Código. Ele só se refere ao menor infrator.

MENOR INFRATOR

Proponho o seguinte conceito:

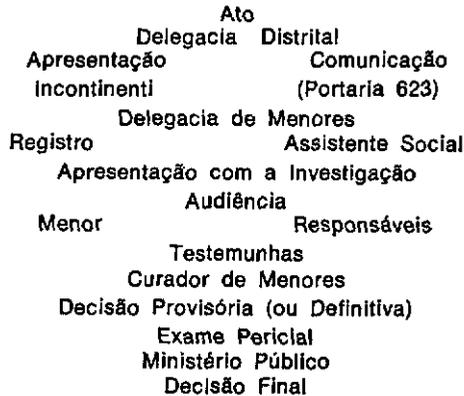
“Menor infrator é qualquer pessoa de até 18 anos de idade que pratica ato previsto em lei penal, sujeitando-se a medidas prescritas na legislação especial.”

Destacam-se, no conceito, êstes elementos essenciais: a pessoa (até 18 anos), o ato (anti-social) descrito em lei e as medidas especiais.

Infortunadamente, há uma errada compreensão a respeito do infrator e sua relação com o Juizado de Menores. Muitos, e infelizmente até competentes membros da comunidade, imaginam ficar o menor infrator no limbo, em um terreno ideal entre o céu e a terra, nada lhe advindo como consequência de seu ato.

Mas a verdade é que o menor infrator tem um tratamento absolutamente idêntico ao criminoso adulto, sob o aspecto processual principal, com as atenuações de um tratamento rápido e consentâneo com sua pessoa.

Na conformidade com a legislação em vigor, que repetiu a que foi imposta em 1943, e que é a Lei nº 5.258, alterada pela de nº 5.439, de 22 de maio de 1968, a rotina processual neste Estado é a seguinte:



O quadro explica-se, brevemente: praticado o ato pelo menor, é ele levado à polícia, onde se faz uma investigação, colhendo-se todos os elementos de prova. O menor é logo apresentado ao Juiz ou, se necessário, a autoridade policial comunica sua detenção, autorizando o Juiz sua permanência na polícia, para melhor apuração do fato. Conduzido à Delegacia de Menores, imediatamente uma assistente social faz um relatório social, que acompanhará o menor à audiência, onde será ouvido, juntamente com responsável, se tiver, testemunhas etc. Forma-se, aí, todo um contraditório, para propiciar ao Ministério Público e ao magistrado uma decisão.

A PORTARIA 623

Abro um parênteses para referir-me à Portaria que interpretou a obrigação de apresentar a autoridade policial, incontinenti, o menor ao juiz.

Dispõe a lei que o menor deve ser logo encaminhado à justiça especializada. A Portaria nº 623, de nossa autoria, permite à polícia, nos casos de atos graves ou em que haja co-autoria com maiores, reter o menor para melhor apuração do fato. Interpretamos o dispositivo legal entendendo que a apresentação poderia ser feita através de uma comunicação ao plantão do Juizado, que funciona atualmente de 9 às 24 horas, com utilização de qualquer meio — estamos na era eletrônica, pelo telefone, por telex.

Feita a comunicação, o Comissário leva o impresso próprio ao Juiz que autoriza a permanência do menor na delegacia, separado de maiores, ou designa quem o acompanhe nas diligências. Aceito ter sido uma interpretação corajosa da lei que, por um lado protege o menor e por outro atende ao interesse de proteção da sociedade, ao propiciar à polícia a apuração de fato grave.

A DECISÃO

Para espantar dúvidas, examinemos uma decisão judicial referente a menor. Aqui está uma, de autoria do ilustre juiz, menorista, Pedro Ligiero:

“Vistos etc. (A expressão inicial está a denunciar tratar-se de uma sentença formal.) O menor investigado (fulano de tal) tem contra si a acusação de haver praticado o ato previsto no artigo 121 do Código Penal. (Seguem-se a descrição do fato, referência aos testemunhos, laudo de exame cadavérico etc.) Em suas declarações, o menor situa uma possível legítima defesa. Aqui, falha a tese; êle não conhecia a vítima e não sabia tratar-se de um seu desafeto. Estamos diante de um roubo com resultado morte, tipificando o ilícito do art. 157, § 3º, do C. Penal...”

Desenvolve-se a sentença com todos os requisitos de uma decisão de juiz criminal. O juiz de menores examina a ocorrência dos requisitos, de um conceito de crime, a presença dos elementos constitutivos, a *imputatio facti*, a causalidade, a culpabilidade, se houver dolo ou culpa; a existência de causas de exclusão, subjetivas ou objetivas. Sômente após todo o exame dessas condições, em que o menor foi submetido a um processo criminal regular, êle se distingue do criminoso maior: se menor, o juiz aplica uma pena, se culpado; como se trata de menor de 18 anos, o juiz adota uma medida das preconizadas pela lei especial.

Até o momento, crítico dispositivo, não há distinção entre menor e maior. Defendo esta tese, que sinto revolucionária, como imperativo de garantia de um direito inalienável, que não pode ser negado ao menor — o do julgamento regular —, assim como do direito da vítima ou do lesado. Levei a tese ao Encontro de Juizes, Curadores e Diretores de Obras Assistenciais, promovido pela Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, em Pernambuco, em outubro de 1969. Muitos divergiram, entre os mais ilustres o autor do Anteprojeto do Código de Menores, Cavalcanti de Gusmão. Para mim, o menor está dentro do Direito Penal, completo, inteiro, até o momento em que há a opção entre a pena e a medida educativa.

Restaria expor todo o campo em que operam, no setor especializado, as assistentes sociais, sem as quais não entendo um juizado de menores; e o papel do médico, essencial, ao lado do tribunal juvenil. Temos, na Guanabara, implantado o embrião da mais moderna côrte judicial juvenil: juiz, ministério público, assistente social e médico são uma constante nos julgamentos dos mil casos que nos são apresentados cada ano. Quanto à qualidade do material humano, forçoso é assinalar a presença da chefe do Serviço Social, Julieta Pires, com dois estágios em Vaucresson, França, o maior centro de reeducação do mundo, e dos médicos do Juizado, especialistas, Paulo Gemal e Murilo Campos.

A PRISÃO PERPÉTUA DO MENOR

Insisto na tecla: o menor infrator não é um personagem que entra por uma porta e sai por outra, nos juzizados. Aí está o bloqueio da reincidência a falar por nós e que pode ser levado a tal perfeição que se extinga, através da medida da liberdade assistida.

Mas refiro-me à permissão legal, existente no direito brasileiro, do menor desde 1943 e que permite que um menor seja "condenado", deixamos passar o termo, à prisão perpétua.

Expliquemos.

A lei em vigor indica as medidas a serem impostas ao menor. O juiz examina o fato e as condições do menor. Com relação ao fato, suas circunstâncias e motivos; com relação ao menor, as suas condições. Pelo exame feito, conclui o julgador ser ou não perigoso o menor. Se não fôr perigoso, o menor será entregue a responsáveis, colocado em guarda ou internado. Concluído o exame pela perigosidade do menor, será êle internado até que, mediante parecer técnico e com a concordância do Ministério Público, seja desligado. Segundo a lei de introdução ao Código Penal, em seu artigo 7º e parágrafos, ao completar 21 anos de idade, continuando perigoso o menor internado, o juiz de menores o colocará à disposição do juiz criminal, que só poderá liberá-lo se, após exames periciais, fôr constatada a cessação de sua perigosidade.

UM CASO CONCRETO

Examino um caso atual. Um rapaz, com 17 anos, há cêrca de três anos, matou, por motivo fútil, à porta de uma "birosca", um seu desafeto. Acautelado na seção especial da Penitenciária Milton Dias Moreira, meses depois, lá matou de nôvo. Vindo à minha audiência, interrogo-o (digamos que se chama José).

— O que houve, José?

— Olha chefe (êles sempre nos chamam de chefe). Ele mexeu comigo e eu fechei êle.

As investigações demonstraram ter José agido por motivo fútil. Sua alegação de que a vítima o convidara para práticas homossexuais não restou provada. Submetido a exame de sanidade mental, o laudo só revelou periculosidade. José já completou 18 anos de idade e continua detido. Outro exame não revelou a cessação da periculosidade. Ao completar 21 anos, será José colocado à disposição do juiz das execuções criminais, que o man-

dará à Ilha Grande. Sinto, com pesar, que José continuará perigoso pela vida a fora. Não tendo sido condenado a uma pena, ficará isolado da sociedade até à morte. Aí está a perfeição da lei dos menores, na proteção absoluta da comunidade, perdido o sentido da pena criminal por tempo certo. Um juiz de menores não devolve ao convívio ninguém que não possa frequentar o meio social. Por mim, jamais o fiz, em cinco anos, quer se tratasse de um homicida ou do ladrãozinho do furto famélico, que se equipara ao abandonado.

Impõe-se a indagação: alguém que dispõe de uma legislação como esta precisa de alguma legislação que o obrigue a ser mais enérgico?

Insisto na indagação: pensará alguém que refreará uma mocidade contestadora, diante da sociedade permissiva, com uma lei penal mais severa?

O JOVEM MODERNO

Não, não se enfrenta a juventude buliçosa, que contesta a **permissiva society** com a lei penal. O jovem contestador foi a criança totalmente protegida, a princípio no ventre materno, depois no berço. Salta do berço para diante da televisão, a ama seca eletrônica. Aí começam as influências externas, sobrepondo-se às regras familiares, pela intervenção do meio ambiente, a escola primária, os companheiros da rua, a vida universitária, os jornais, as revistas, o cinema, a televisão, os meios quentes e frios, como os classificou Mac Luhan. A influência familiar é cada vez menor. O jovem carrega consigo a carga educacional que trouxe do lar, mas esta cede à medida que os meios de comunicação atuam sobre ele. Admitamos a existência dos maus filhos das boas famílias, e este é justamente o título de um livro do grande juiz Henri Joubrel, que dentro em pouco presidirá um Congresso Internacional da Associação Internacional da Infância, em Versailles, "Les mauvais fils des bonnes familles". E quantas vezes temos encontrado, no Juizado, aqueles casos que nos deixam perplexos, daquele menor que se desviou, chegando até à degradação. Examinado o caso até seu âmago, constata-se provir ele de uma excelente família, em que nada lhe faltou, nem carinho, nem compreensão, nem amor. A mãe não trabalhava fora do lar, não jogava biriba nem o pai era um doidivanas. As influências externas falaram mais alto. E talvez o momento mais amargo de minha profissão tenha sido o dia em que, diante daquele jovem, cujo pai era um policial ilibadíssimo, cuja mãe não se afastava do lar e que, apesar de tudo, deu o mau passo e o pai, enfrenta o filho, dizendo-lhe, pungente, dramático num desabafo que aterra o juiz, também um pai de família:

— "Meu filho, você me traiu!"

OS ESTABELECIMENTOS

Há uma denúncia de suma gravidade que precisa ser formulada. Talvez não se conteste o nôvo Código Penal com a veemência que agora o faço. Lamento ter que fazê-lo. Mas não é possível tratar o assunto sem veemência. A Guanabara não possui estabelecimentos para menores perigosos. O Professor Benjamim afirmou neste simpósio existirem 19 menores na penitenciária da Rua Frei Caneca. Há quinze. Pois bem. Nem a Guanabara possui o estabelecimento para tais menores. O que dizer do resto do Brasil? Ora, se não há um grave problema de delinquência juvenil, se não há estabelecimentos adequados, porque insistir no rebaixamento da responsabi-

lidade? Basta escrever-se na lei "criem-se os estabelecimentos"? Não está por cumprir-se, quanto a estabelecimentos, o Código de 1940? Sejamos realistas.

A HORA PRESENTE

E há mais. O Brasil acaba de despertar para o problema do menor. A grande obra da Revolução Brasileira, a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor é jovem de poucos anos; o Tribunal de Justiça de São Paulo realiza, daqui a pouco, uma semana de estudos sobre o menor, em nível estadual. O Tribunal de Justiça da Guanabara acaba de, reformulando sua organização judiciária, dar uma estrutura moderna e operacional ao seu juizado de menores, com vigência para 1971, proporcionando-lhe a criação de novos cargos, 50 de comissários, 50 de assistentes sociais, 30 motoristas, quatro curadores, a presença fixa de quatro juizes. Aí estão as fundações estaduais a se criarem. Os encontros de especialistas. O País despertou para o magno assunto, aumentando as possibilidades de prevenção e tratamento do menor infrator. O novo Código será um passo atrás.

A LOTERIA DA IDADE

É verdade que a fixação da responsabilidade em 18 anos é feita com base num critério lúdico, aleatório. O critério de fixação de idade é sempre deficiente, como o disse Heleno Fragoso. Citando Martin Wolfe, diria eu ser uma solução desesperada o legislador precisar fixar um limite. Porque 21 para a capacidade civil? E os 35 para a eleição a senador? E os 18 para votar? Porque não votar com 17 anos, 11 meses, 29 dias e 23 horas e cinquenta e nove minutos? Porque? A fixação em 16 anos não melhora o critério. Porque 16? E não 15 e meio ou 16 e meses? A precariedade é a mesma.

O CÓDIGO PENAL MILITAR

Pretender-se uniformização, com base no Código Penal Militar, já em vigor, que adotou o critério dos 16 anos com o discernimento — é querer-se estender à maioria a regra da minoria. Não sabemos, ainda, que dificuldades estará enfrentando a justiça castrense, com o exame de desenvolvimento psíquico. É cedo para saber.

Porque a responsabilidade penal é aos 16 anos, na justiça militar?

Responde, por mim, o Tenente-Coronel Cecil de Carvalho, em estudo sobre o assunto, com estas palavras:

"Da possibilidade de existirem militares menores de 18 anos, surgiu essa antecipação imperiosa PARA A MANUTENÇÃO DA DISCIPLINA MILITAR." (In Anais do Primeiro Congresso de Direito Penal Militar.)

DIREITO COMPARADO

Embora os autores sejam, às vezes, contraditórios, talvez devido a mudanças não anotadas, a informação que se colhe, com relação à idade da responsabilidade em outros países, são em regra, as seguintes: em três países, 21 anos; em 29 países, 18 anos; em 10 países, 16 anos; em 10 países, 15 anos; o Haiti em 14 anos. Os dados encontram-se em Aldo de Assis Dias, "O menor em face da justiça". Ele foi juiz de São Paulo, por longo

tempo, e é, também, contra o critério do discernimento. Segundo Bulhões Carvalho, a tendência das legislações é firmar a idade limite em 18 anos, segundo quadro publicado pelas Nações Unidas, em 1955, com relação a quarenta países. Não encontramos, nas modernas legislações sobre menores, o sistema que agora se pretende introduzir no Brasil.

Os mais modernos e elogiados documentos legislativos são a Lei Belga e o Código Português, chamado Lei Tutelar de Menores. Em nenhum dos dois países cogitou-se do discernimento. Em Portugal, a responsabilidade começa aos 16 anos, sem discernimento, mas a proteção do juiz especializado alcança até os 21 anos.

Segundo o Instituto Interamericano del Niño, sob cujos auspícios dois brasileiros fizeram um curso, em Cordoba, e são eles o Curador de Menores, Pecegueiro do Amaral e o juiz Cavalcanti de Gusmão, a responsabilidade deve fixar-se em 18 anos. Assim dispôs em dezembro de 1966, na Argentina, o XII Congresso Interamericano da Criança. E já o XI Congresso, em novembro de 1959, na Colômbia, fazia a mesma recomendação.

Assim falam os especialistas menoristas. É de negar-se aos congressos de penalidades decidir sobre a matéria, embora se reconheça sua alta competência técnica.

Maior autoridade caberia, por exemplo, a uma reunião de juristas especializados em direito de família, realizada em 1963, aqui no Rio de Janeiro, e cuja primeira recomendação foi justamente esta: serão inimpugnáveis os menores de 18 anos.

É verdade que a Nicarágua adota o critério do discernimento. Mas seu Código Penal é de 1891.

A IUGOSLÁVIA

O dispositivo que ora combatemos veio para o Código Penal através do artigo 32 do Anteprojeto Hungria. O grande mestre, ao pé do artigo 32, faz uma remissão:

“Cod. iugoslavo, art. 79-c.”

Ficamos, assim, conhecendo a origem. Ora, se o sistema é bom para a Iugoslávia, quem sabe será bom para o Brasil?

Nada tenho, pessoalmente, contra a Iugoslávia, ainda mais que ela, nem sequer, disputa a Copa do Mundo. Se disputasse, haveria, pelo menos, uma razão.

Teria aprovado, na Iugoslávia, o sistema agora preconizado para nosso país? Vejamos.

Aqui está a opinião do Dr. Branislav Scaberné, do Instituto de Criminologia da Universidade de Lubliana (Iugoslávia), em alentado estudo sobre “Ajuda social à infância na Iugoslávia”, publicado no número de outubro de 1969, na Revista Internacional da Criança, página 33:

“*La délinquance juvénile augmente d’année en année en Yougoslavie. De 1960 à 1966, le nombre de jeunes contre lesquels les tribunaux prononcèrent une condamnation en vertu du code pénal, a passé de 2.422 a 5.572.*”

País sem cultura jurídica apreciável, pertencente à Cortina de Ferro, só inspira um pronunciamento:

— Se não é bom para a Iugoslávia, não é bom para o Brasil.

UM PRECEDENTE

Ninguém mais se lembra da equívoca Lei nº 5.258, que impunha medidas reeducativas a menores infratores. Essa lamentável lei, que obrigava o juiz a internar o menor, sem opção, tôda a vez que êle praticasse um ato criminoso a que fôsse imposta pena de reclusão, durou pouco. Segundo ela, pelo primeiro furto, o menor devia ficar internado, pelo menos, por 8 meses. E a medida era reeducativa. Não sabemos como reeducar a prazo certo. Ao combater essa anomalia legislativa, perante a Universidade Católica de Petrópolis, a convite de Pecegueiro do Amaral, examinamos a legislação de 32 países. Encontramos até pena de morte para meninos, mas o tribunal poderia optar por outra medida. Entretanto, em nenhum lugar da terra, um juiz de menores era obrigado a impor a medida, sem considerações às condições do menor, sua família etc., como o dispunha a lei brasileira.

Esta famosa Lei nº 5.258, promulgada pelo Presidente Costa e Silva, subscrita por três ministros, só durou dez meses. A sensibilidade dos homens da Revolução Brasileira falou mais alto. E a Lei nº 5.439 alterou-a, restabelecendo o sistema de 1943, que faz preponderar o critério da perigosidade, em 22 de maio de 1968.

Há, pois, no campo menorista, um precedente que nos anima a pleitear a derrogação do artigo 33 do nôvo Código Penal.

DESACONSELHÁVEL

Temos fé em que a posição dos juízes que se reuniram no III Encontro Nacional de Juízes de Menores, em Brasília, em 1968, seja respeitada: imputabilidade aos 18 anos.

O meu maior receio é que o artigo 33 só sirva para exploração política junto à juventude, como já o vislumbrou a imprensa (artigo de "O Globo", de 16 de março de 1970). Imagino o que fariam, demagógicamente, os subversivos, explorando êsse texto entre os jovens. Lembremo-nos de que 58% dos menores que comparecem ao juizado de menores têm 16 e 18 anos. Tal foi a percentagem de 1969.

Como tenho feito a todos os juristas, professôres, educadores de todo o país, faço um apêlo à Ordem dos Advogados do Brasil, que tão bondosamente me acolheu e a esta palestra, para que se manifeste, como já o fiz, perante o Ministro da Justiça, a fim de que desapareça do nôvo Código Penal o critério do discernimento, velho de 50 anos, ao baixar, sem razão nem motivo, a responsabilidade para 16 anos de idade.

Desculpo-me pela forma, talvez, apaixonada, com que tratei o assunto. Não saberia fazê-lo de outra forma. Afinal, isto é, também, patriotismo.