

INFÂNCIA E JUVENTUDE

O EVOLUTIVO DO CONCEITO DE DELINQUÊNCIA JUVENIL NA ESPANHA ¹ E NO BRASIL ²

MANUEL RICO-LARA

Magistrado-Juiz de Menores e Professor
da Universidade de Sevilha (Espanha)

JORGE TRINDADE

Procurador de Justiça. Psicólogo e Professor-Fundador
da ESMP de Porto Alegre (Brasil)

O conceito de delinquência juvenil está submetido a uma diversidade de critérios, desde uma consideração restrita, na qual só são incluídos fatos que, se cometidos por um adulto, seriam qualificados como puníveis, até uma compreensão ampla, cuja definição será sempre imprecisa, pelas conotações “moralizantes” que arrasta e pelo subjetivismo que supõe.

Diante disso, o II Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito (Londres, 1960), recomendou que o conceito de delinquência de menores se limite, tanto quanto possível, às infrações das leis penais.

Na Espanha, essa perspectiva não foi acolhida pelo seu ordenamento jurídico até data recente. A lei, ainda vigente, reguladora da jurisdição de menores (texto refundido aprovado pelo Decreto de 11.6.48), incluía, dentro da competência dos Tribunais dessa classe, não só ações ou omissões atribuídas a menores, e realizadas antes de que completassem a idade de 16 anos, que o Código Penal ou Leis Especiais qualificassem como crime ou contravenção, mas também as infrações cometidas por menores, consignadas nas leis provinciais e municipais e, o que é mais importante, os casos de menores prostituídos, licenciosos e “vagabundos”.

Em outras palavras, estendia o controle a atos que, tecnicamente, encontram-se fora das leis penais, mas pertencem ao chamado “mundo da marginalidade”.

(1) Primeira parte — A partir do conceito de delinquência juvenil, e das dificuldades de estabelecer os seus limites, os autores traçam a evolução histórico-institucional do fenômeno na Espanha (1.ª parte), desde a Casa de Órfãos até o Tribunal Tutelar de Menores, tecendo considerações sobre as questões do poder, do castigo, da culpabilidade e do *labeling*, dentre outras, além de debater as principais teorias explicativas e os modernos institutos, com o acréscimo de fatores contemporâneos, como a drogadição, a concepção estática da família, e os modelos do bem-estar social (*welfare model*) e de segurança (*justice model*).

(2) Segunda parte.

No fundo dessa concepção, estão latentes critérios que tendem a substituir a pena por medidas ressocializadoras e outorgar à antissocialidade uma dimensão unitária.

Sob o pretexto de haver superado as teses de um direito penal clássico, que funda a reprovação punitiva na coincidência da antijuridicidade e da tipicidade do ato e a vontade de sua comissão, algumas teorias, principalmente, a Nova Defesa Social,³ introduzem um sistema de medidas de segurança que tem de se aplicar em relação à antissocialidade do indivíduo, quer dizer, à sua periculosidade, o que, além de ser de difícil prognóstico, resulta um meio inidôneo para moldar a personalidade. Daí, a suspeita da formulação de “uma medida adequada para cada pessoa, e não uma pena para cada delito”, que, se perigoso para os adultos, muito mais grave é quando a mirada do controlador social se volta sobre o menor.

Se disso tivermos qualquer dúvida, basta dar um vôo de pássaro pelo panorama histórico. É patente que, na Espanha, havia todo um amplo horizonte de ação sobre as crianças, que remonta a um Privilégio outorgado por Pedro IV de Aragão, o qual deu origem à instituição conhecida como “Padre de Huérfanos” (1337), a qual estendia sua ação tutelar não só a jovens delinquentes, como também a vagabundos e desamparados.

Em Sevilha, cidade que em princípios do século XVIII monopolizava o comércio com as colônias da América, e na qual se assentam genoveses, flamencos, alemães, franceses e tantos outros, Toribio de Velasco criava, em 1725, uma instituição correcional na qual seus pupilos não só recebiam educação e formação religiosa, mas ainda aprendiam um ofício útil.⁴ Toribio,⁵ ao percorrer as ruas e as praças da populosa cidade, ia recolhendo meninos ociosos, aos quais alimentava, valendo-se de recursos da caridade e, mais tarde, gerando os seus próprios, através de trabalhos artesanais. O regime de internato, num certo sentido, adiantou-se em seu tempo, pois exortava o arrependimento em caso de infração, com suspensão da “sentença condenatória”. A vida doméstica transcorria com ordem e asseio, sob a regra do silêncio. Os internos eram classificados por idades e estabelecia-se um sistema de vigilância que bem pode ser considerado uma antecipação do famoso Panóptico, de Jeremias Bentham.

A partir de então, proliferaram hospitais de misericórdia. Carlos III, em 1784, envia a esses estabelecimentos crianças e adolescentes considerados abandonados, para que se lhes iniciem nos bons costumes e se lhes façam aprender um ofício, dando-lhes ocupação e trabalho proporcional a suas forças.

Muito famosa foi a Casa de Correção de São Fernando, nas proximidades de Madrid, visitada pelo inglês Howard, em 1783. O ilustrado Conde de Aranda, Presidente do Conselho de Castilha, confiou a direção do estabelecimento ao magistrado de origem peruana, Paulo de Olavide,⁶ que tomou posse em 1766, e chegou a acolher no Hospício umas mil pessoas,

⁽³⁾ *Princípios de Defesa Social*, Felippo Gramática, Montecorvo, 1974.

⁽⁴⁾ *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios de XX)*, Carlos García Valdés, Ministerio de Justicia, 1991.

⁽⁵⁾ *Los Thoribios de Sevilla*, Gabriel Baca, 1766.

⁽⁶⁾ *Pablo de Olavide, el afrancesado*, Marcelin Deforneaux, Padilla, 1990.

entre elas inúmeras crianças, as quais ensinava a ler e escrever, enquanto os adultos se ocupavam na aprendizagem de algum ofício.

Assistimos, assim, a uma secularização do trabalho assistencial. O Estado, que no século XVIII sucede às monarquias absolutas, assume paulatinamente o monopólio de reconduzir a marginalidade aos princípios de laboriosidade próprios de seu nascente liberalismo, que faz do *homo faber* o modelo de cidadania. Secularização da origem do poder, agora derivado do pacto social e da conformação da lei, não como expressão do arbítrio do rei, mas como expressão da vontade geral, vale dizer, dos princípios que regem as relações sociais.

Concebe-se, pois, a ordem jurídica como um todo hermético, coerente e racional, de maneira que todo aquele que a ela não se submeta, ou intente dela sair, é considerado um “enfermo”, que deve ser recuperado, precisamente através do trabalho e do esforço. A economia de resultados, mas também de meios, impõe-se no âmbito do castigo, isto é, do *jus puniendi*. Aos antigos tormentos, penas cruéis, como a fogueira, o martírio, a decapitação, a força e as mutilações, sucede a prisão, como lugar onde internalizar a culpa ao tempo em que impera uma atividade contínua, pois tudo — tempo e espaço — fica regulado, vigiado e harmonizado.

Tanto assim, que em pleno período liberal (1820), o Departamento de Jovens do Presídio Correccional de Barcelona, para menores de 18 anos, compreende uma escola, cujo regulamento contém interessantes disposições. O lugar do professor é ocupado por um “cabo de vara”, instituição penitenciária repudiada com geral rechaço. Se bem que os jovens recebessem uma educação baseada no acatamento à Constituição e ao Monarca, eram formados no espírito cristão e “no amor ao trabalho”, de tal forma que, na hipótese de abandono de suas obrigações, o regulamento, de curiosa pedagogia, permitia os duríssimos castigos da decapitação, do calabouço, do regime de “pão e água”, da privação de passeio, e de muitos outros que, “sem denegrir a condição humana, façam-no entrar no seu dever, nos casos de inaplicação, atraso, travessuras, desídia, pouco interesse próprio e outras faltas que pudessem ocorrer”.

A Ordenança Geral dos Presídios do Reino, promulgada pelo Decreto Real de 1834, incorporava um sistema de classificação e de separação de jovens e adultos, formando-se, com os primeiros, um grupo especial, que permanecia na seção de jovens presidiários até cumprir a idade de 26 anos, insistindo o regulamento em que “não se lhes aplicassem ferro, senão em caso de resistência e obstinação em não querer aprender”.

O regulamento para prisões de Madri, de 1874, estabelecia a existência de um departamento para presos, detidos e apenados, menores de 18 anos, os quais, por sua vez, classificava-os, estando em primeiro lugar os menores de 14 anos.

Tudo isso, marcado por um espírito “correcionalista”, de modo que os menores devessem ser tratados com “compaixão e com carinho”, pois “são seres desgraçados que, por abandono ou por mau exemplo, foram conduzidos ao crime, necessitando de quem os ajude a se separar do abismo ao qual sua má sorte os conduziu”. Por isso, deviam ser inspirados pelo “amor ao trabalho, horror ao vício e pelos bons costumes.” Tudo isso, como exemplo de urbanidade e de uma filosofia claramente liberal!

Por outro lado, somente uma pessoa sensível aos problemas penitenciários, como foi Concepción Arenal (1820-1883), seria capaz de publicar, na “Voz da Caridade”, um escrito assinado por personalidades da época, considerando que “muitos filhos desconheciam todo o respeito e submissão devidos aos pais”, propondo a existência de celas em que “ingressarão os filhos menores de idade que, com intervenção judicial, enviem os pais”.

Em 1901, em Alcalá de Henares, criou-se uma escola central de reforma e correção penitenciária para jovens delinquentes, com uma seção para menores de 15 anos, declarados irresponsáveis conforme o Código Penal, desde que “carentes de pessoa que se encarregasse de sua educação e vigilância”, assim como aos sujeitos a correção paterna, devendo ser, uns e outros, inspirados em sentimentos de honradez e respeito a seus semelhantes, de maneira que a educação é a base de toda a correção e reforma, prevendo-se a existência de um professor encarregado de instruí-los no serviço militar e acostumá-los à disciplina do exército, o que traz lembranças de velhas disposições que, no século XVIII, enviavam jovens delinquentes e ociosos ao serviço da armada.

Curiosamente, temos de acudir a um intelectual da tala filosófica de Ernest Block para que nos desvende que a medida da pena e sua execução variam com a situação do mercado de trabalho. Assim, as penas pecuniárias, cujo destinatário na idade média era o senhor feudal, são substituídas por terríveis castigos corporais (mutilações, fogueira, decapitação e forca), quando os caminhos da Europa se vêem povoados de mendigos, vadios, salteadores e simples depauperados, que acodem aos nascentes burgos, onde serão o germe do futuro proletariado.

Chega o século XVII e, com ele, o mercantilismo, para que cada pessoa condenada, seja adulto, adolescente ou criança, converta-se num trabalhador forçado. O sistema liberal é concebido, como antes salientamos, num todo fechado, e quem intenta sair será considerado enfermo, necessitando da “adequada” terapia ressocializadora. O trabalho aparece, portanto, como o paradigma da recuperação do indivíduo.

Com a revolução industrial, inclusive as crianças se vêem incorporadas ao mercado de trabalho e, desde essa perspectiva, convertem-se em elementos ativos do mecanismo de produção. Sem embargo, sua própria minoridade está latente e o mundo dos adultos vai adquirindo cotas de sensibilidade e desenvolverá todo um sistema de tutela e proteção da infância, quiçá porque subliminarmente projete nesses seres desvalidos sua auto-inculpação coletiva. Em definitivo, é o sistema e ninguém mais que produz o submundo da marginalidade infantil. Naturalmente, quando os trabalhadores adultos iniciam seus movimentos reivindicativos, culminando, inclusive, em associações operárias, de forte coesão ideológica, os menores seguem no mais absoluto esquecimento.

Esquecimento em que incorreram os humanistas como Howard e o próprio Césare Beccaria.

Teremos de esperar o florescimento de pactos e acordos internacionais relativos à criança, para que seus direitos fundamentais tenham acolhida nos ordenamentos jurídicos internos dos países.

Nesse contexto, ressalta a contradição do menor — esse eterno desconhecido —, a quem se reconhece e ignora ao mesmo tempo.⁷ A criança, objeto de apropriação cultural, é controlada ou reenviada aos setores marginais da economia.

Com a explosão demográfica do século XVIII, o aumento de menores marginais constitui uma ameaça em potencial, um escândalo para a nova racionalidade capitalista,⁸ e a justiça de menores vem a ser a histórica resposta a essa lacerante situação, que, com acerto, chamou-se distribuição de uma certa classe de “desprivilegiados”, ou “privilegiados de conteúdo negativo”. Os controles sociais aumentam esse abismo e estigmatizam o menor, delinqüente ou marginado, que dificilmente poderá superar a fronteira do “ghetto” em que se vê cercado.

Sobrevém o alargamento das teorias que se pronunciam sobre as causas do delito, já que interessa não o crime, mas o criminoso; não o conceito, mas o homem.

Sendo assim, que a etiologia constitui a biologia do comportamento, não podemos esquecer que não é o delinqüente juvenil, nem a norma penal, o fator determinante do processo de criminalização, mas as reações sociais que realmente dão claridade à norma, produzindo, por sua vez, um fenômeno contraditório.

Com efeito, uma severa pressão social incide no aumento quantitativo da delinqüência, e, diante dessa nova situação, reage-se mediante mecanismos de descriminalização ou de novas formas de modos de conduta, como é a exigência de que o Código Penal se ocupe não apenas dos delitos procedentes das camadas sociais inferiores, mas também das provenientes de estratos elevados, tais como os crimes de *white collar*, dos delitos urbanísticos, fiscais e ecológicos.

Para a teoria clássica — de perspectiva estática —, a gênese do delito reside numa explicação causal. Concebe-se o crime como fato individual. A escola liberal faz objeto do delito o conceito jurídico, de sorte que o delito é um ente jurídico, entendendo que a conduta delinqüencial é uma manifestação da consciência e da vontade. Em sua estrutura geométrica, adquire relevância a prevenção geral, e a proporcionalidade da sanção com a gravidade do delito. Se o menor carece de discernimento, não é culpável, mas pode se declarado perigoso, fechando-se o círculo legal sobre ele.

Em definitivo, a escola clássica entende o princípio de culpabilidade a partir da concepção do livre arbítrio.

Sem embargo, ao conceito tradicional da culpabilidade, como produto da vontade para qual se dirige a reprovação penal, a escola positivista constrói sua crítica sobre a base de que o livre arbítrio é algo indemonstrável cientificamente.

Ferri, em pleno século XIX, parte de um determinismo causal, segundo o qual o delinqüente vem arrastado, por sua própria natureza de ser “anormal”. Como a sociedade tem de defender-se, o critério para medir as restrições de liberdade não será a culpabilidade, mas a “perigosidade” do

(7) Manuel Rico-Lara, *O Menor, esse desconhecido*, Jornal de Sevilha, 1994.

(8) *La justicia de menores*, Gaetano de Leo, Teide, 1985.

sujeito, isto é, a sua temibilidade, operando um frontal ataque à teoria da culpabilidade, à responsabilidade pelo fato, e, ainda, ao princípio garantista da legalidade, tendo em vista a plasticidade do termo, que permite uma ampliação a condutas não-delitivas.

Se os clássicos dividiam os seres em racionais e irracionais, os positivistas fazem-no entre seres normais e anormais. A partir dessa suposta anormalidade, o menor é subtraído do âmbito penal comum, e excluído também de toda a função garantista, tanto sob o aspecto da ordem material, quanto sob o ponto de vista processual.

Em conseqüência, configura-se todo um sistema baseado numa aparente proteção e tutela, que acabou funcionando como instância ilimitada de controle dos menores qualificados *a priori* como imputáveis. Posição útil, desde logo, para reforçar o controle social que, ao inutilizar o menor para o processo penal, remete-o ao campo terapêutico-reeducador.

Se apartarmos a teoria da culpabilidade, e nos detivermos na motivabilidade enquanto capacidade de reagir ante as exigências normativas, cabe indagar se não seria uma ficção de finalidade defensiva negar ao menor a capacidade de volição e, em definitivo, de ser sujeito passivo de uma responsabilidade pelas ações cometidas.

Porém, se abandonarmos o critério tradicional de graduação da reprovabilidade, a que tipo de racionalidade atenderemos?

A resposta trazida por Rocío Cantarero é que a racionalidade do direito tutelar de menores assenta, conseqüentemente, sobre a insegurança jurídica, que pode produzir um grave solapamento das garantias do menor. Reprodução que, ao descansar sobre o conceito material de delito, é uma reprovação aberta e ilimitada.

Denunciado esse perigo, que adquire relevância predominante na plasmação específica da reeducação, é necessário entrar nos senderos da denominada sociologia criminal, que, em realidade, contempla o delito como um fenômeno social, porque os modelos sociológicos constituem o paradigma dominante.

Deixando de lado a escola de Chicago, expressão da moderna sociologia americana, que proclama que a cidade produz delinqüentes, devendo sua prevenção revisar toda uma política urbanística e arquitetônica, num evidente enfoque “ambientalista”, é preciso adentrarmos nas teorias estrutural-fundamentalistas ou da anomia, de Durkheim e Merton, nas quais o crime não tem sua origem em nenhuma patologia individual nem social, mas no normal e regular funcionamento de toda a ordem social.

Durkheim parte de um volume constante de criminalidade — a taxa de criminalidade —, sendo o anormal precisamente a variação ou a flutuação de seus valores médios, até o ponto em que uma sociedade, sem condutos irregulares, apareceria como pouco desenvolvida, monolítica e imóvel.

Merton, por sua vez, atualiza a previsão de Durkheim, sublinhando que a harmonia se produz quando os meios existentes não servem para satisfazer as expectativas da sociedade: em outras palavras, tensão entre estruturas sociais e metas culturais.

A pena não tem, assim, uma teleologia utópica-ressocializadora, mas cumpre uma função e fomenta a solidariedade social frente ao infrator, devolvendo a confiança ao sistema.

Depois, são as chamadas teorias da aprendizagem que surgem com a pretensão de buscar as classes do comportamento humano na experiência vital diária. Para Sutherland, o crime não procede da desorganização social, mas de uma organização diferenciada e da aprendizagem, mesmo que não se possa explicar o porquê, em idêntico ambiente, umas condutas se adaptam e outras não. Em consequência, existem fatores não-aprendidos de conduta.

Para Glaser, através da identificação diferencial, uma pessoa identifica-se com outras — reais ou imaginárias. Para Matza, o infrator utiliza genuínos mecanismos de defesa, com os quais, frente aos valores convencionais, neutraliza seu complexo de culpa, legitimando sua conduta pela desqualificação de quem pretende perseguir e condenar.

Tratando-se especificamente de crianças e de adolescentes, é sugestiva a teoria do etiquetamento, surgida na altura dos anos 70. Em grande síntese, sustenta que não pode se compreender o crime prescindindo da reação social, do processo de definição-seleção de certas pessoas e condutas “etiquetadas” como criminosas. Ao *labeling approach* não importam as causas da desviação, mas os processos de criminalização. O controle social “produz” a criminalidade, e depois “cria” instituições para tomar conta de seus delinquentes.⁹ O indivíduo assume, então, uma nova identidade. A natureza definitorial da criminalidade impõe a substituição do paradigma etiológico pelo paradigma de controle. Inclusive o mecanismo policial de “suspeita” atua como elemento útil, para dar uma resposta aceitável à eficácia repressiva, perante o problema da criminalidade, concentrando a desviação em uma visão maniqueísta da sociedade. Assim, a identidade “marginal” resta fechada e o Leviatã fica justificado em sua obsessiva preocupação pela ordem e pela segurança pública.¹⁰ Para Matza, o processo de afinidade-afiliação, que conduz à conduta desviada, é entendido, não como contágio, como se tratasse de uma epidemia, mas como “conversão”, com um aporte pessoal de opção. Desviar-se é, pois, converter-se.

Retornando particularmente à questão protetora do Estado ante a condutas desviadas, que melhor encobriria um autêntico *jus puniendi*, com um paralelo abandono dos princípios reitores do direito penal, fica amputado o princípio da legalidade, e, face às condutas desfuncionais dos menores, acentua-se o paternalismo. Por paradoxal que possa parecer, instala-se a atitude autoritária.

Num marco referencial basicamente histórico, a primeira lei espanhola de Tribunais Tutelares de Menores, devida à iniciativa de Avelino Montero-Ríos, foi de 1918, seguindo-se de um Regulamento de 1919. Um ano mais tarde, constitui-se em Bilbao o Tribunal para Crianças, presidido por Gabriel Maria de Ibarra e de Revilla. Mercê da criação, na pequena cidade de Amurrio, de uma instituição auxiliar, mais exatamente de uma Casa-Reformatório, encomendada a religiosos capuchinhos, celebra-se um primeiro juízo em maio de 1920.

Um pouco mais tarde, na ocasião de uma Quinzena Social, celebrada em Paris (1928), no âmbito do Congresso Internacional de Proteção da Infância, improvisou-se uma Seção integrada por juízes de menores, com

⁽⁹⁾ Jorge Trindade, *Anotações pessoais*, Sevilha, 1993.

⁽¹⁰⁾ *El proceso de desviación*, David Matza, Taurus, 1981.

a finalidade de fundar a Associação Internacional de Juízes de Crianças, nomeando-se um Comitê-gestor, presidido pelo francês Henri Rollet, e do qual fazia parte Enrique de Benito e da Llave, vogal do Tribunal Tutelar de Menores de Valência. Desses contatos, decorreu a criação, em 1930, da União Nacional de Tribunais de Menores da Espanha, cuja presidência recaiu precisamente sobre Ibarra.

Ao lado dessas iniciativas, pode-se citar como antecedentes a Lei de Proteção à Infância (1904), de caráter eminentemente puericultor.

Existiram, não obstante, projetos legislativos que nunca chegaram a frutificar, até a Lei de Bases (1918), que permitiu a articulação baseada no critério de que a criança delinqüe sem discernimento, razão pela qual, ao carecer de responsabilidade, impedia-se-lhe a imposição de pena. Desde então, a reprovabilidade social traslada-se do fato para a personalidade do autor, cuja idade limite se fixou em 15 anos.

O procedimento não se precisava sujeitar às regras estabelecidas para outras jurisdições, pois era flexível, o que inspirou o art. 15 do Decreto-lei de 1948, que, por sua vez, deu lugar a um recurso de inconstitucionalidade.

Um dos incentivadores dos Tribunais para Crianças, Avelino Montero-Ríos, sustentava a tese da simplificação do procedimento.

Com a chegada da II República, a Lei de 1931 e o Decreto de 2.12, do mesmo ano, tornaram possível a existência de um juiz monocrático em Madri. Já o Decreto-lei de 1929 substituíra a denominação de Tribunal para Crianças pela de Tribunal Tutelar de Menores.

A pedagogia que animava os primeiros tribunais espanhóis, inspirada por Ibarra e Montero-Ríos, partia da afirmação de que a criança não pode ser considerada um "homem pequeno", um homúnculo. Por isso, o direito penal de menores não se poderia limitar, como antes, a aplicar uma medida atenuante de responsabilidade. Quer dizer, não sendo mais considerado um adulto em miniatura, não se lhe aplicaria uma pena de adulto, apenas que de menor duração. Se sua personalidade está em desenvolvimento, carece ainda de maturidade valorativa, devendo-se substituir por inteiro o modelo do sistema. Para Ibarra, devia-se separar a criança da lei penal e criar um direito penal do menor que tivesse por objetivo não a sanção, mas a sua tutela e a sua reeducação. Em outros termos, uma lei especial, conforme as suas condições de pessoa em desenvolvimento.

Paralelamente, era imprescindível um conhecimento da criança através de sua observação científica, médico-psico-pedagógica.

Chegamos desse modo à lei reguladora dos Tribunais Tutelares de Menores, texto refundido e aprovado pelo Decreto de 11.6.48, que adotava um conceito ampliado de sua competência, estendendo-a não somente aos supostos qualificados como infrações penais, mas também a condutas marginais, através do caminho da denominada "reforma", fechando, dessa maneira, as possibilidades de intervenção judicial à proteção propriamente dita. Essa distinção ficou definitivamente delimitada a partir da Lei 21/87 que, modificando determinados preceitos do Código Civil, concedeu a faculdade protetora à Administração.

Será, todavia, a Lei Orgânica do Poder Judicial (1985) que encomendará aos juízes de menores o exercício das funções que estabeleçam as leis para os menores que tiveram cometido "delito ou faltas", e daqueles outros que,

em relação com os menores de idade, atribua-lhes as leis. Dessa maneira, ficava aberta a possibilidade de dotar-lhes de competência não exclusivamente “reformadora”, embora a Lei 21/87, ao atribuir ao juiz civil ordinário o conhecimento das situações de desamparo, dentre outras, situasse os Juizados de Menores no âmbito estritamente reformador-penal de sua competência.

A Lei Orgânica do Poder Judicial, por outro lado, derogou tacitamente os preceitos da Lei de 1948, quanto à composição dos Tribunais Tutelares de Menores, eis que extinguiu os juízes unipessoais e confiou a direção dos Juizados de Menores a membros da carreira judicial.

Com relação à situação processual do menor, a Lei de 1948 não sujeitava a investigação às formalidades que regulavam o enjuizamento criminal nas demais jurisdições, dispondo o tribunal de absoluta liberdade para utilizar todos os meios que entendesse adequados à finalidade da função correcional, revestindo os informes de “caráter confidencial” que, se formulados verbalmente, prescindiam da necessidade de declinar os nomes das pessoas envolvidas.

Absoluta falta de garantias processuais, paternalismo e secretismo, que culminaram no exame do menor feito pelo Presidente do Tribunal, “procurando interrogá-lo com afeto” acerca da comissão do fato, circunstâncias e motivos, sem qualquer solenidade suscetível de coibir o ânimo do menor e cuidando, “‘com insinuação’, captar sua confiança”, a fim de que se expresse com espontânea liberdade...

Algumas correntes doutrinárias pretendiam, ainda, reenviar o exame dessas condutas a instâncias administrativas, subtraindo-as do âmbito judicial. Tal atitude ignorava por inteiro o princípio constitucional do direito que toda pessoa tem de obter a tutela judicial efetiva.

O panorama, entretanto, mudou substancialmente a partir da conhecida resolução do Tribunal Constitucional. A Sentença 36/91 declarou inconstitucional o art. 15 da Lei de 1948, que possibilitava a suspensão das normas processuais vigentes nas demais jurisdições. A Constituição espanhola afirma que as crianças gozarão da proteção prevista nos acordos internacionais que velam por seus direitos, de maneira que a resolução do Tribunal Constitucional põe em relevo que o procedimento não previa a intervenção do Ministério Público, nem de advogado, omitindo, ademais, outras garantias próprias do Estado de Direito.

Com efeito, os acordos internacionais subscritos pela Espanha formam parte do direito interno. Dado que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais se incorporam no ordenamento jurídico, resulta óbvia a contradição entre a norma legal e as internacionais. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pela Espanha em 1990, destaca o estabelecimento de uma idade mínima, abaixo da qual as crianças não têm capacidade para infringir as leis penais. O ordenamento espanhol, que exime de responsabilidade penal aos menores de 16 anos, não os considera incapazes de infringir leis punitivas, embora tecnicamente elidisse qualquer denominação ou rotulação.

A Convenção estabelece a presunção de inocência, o direito de ser informado das condutas que se imputam, a assistência de um defensor e a possibilidade de intervir no desenvolvimento das provas, bem como legitimidade para interpor recursos.

O Tribunal Constitucional declarou-se consciente de que o art. 15 da Lei dos Tribunais Tutelares de Menores deixava um espaço lacunar normativo que unicamente o legislador pode acolmatar de maneira definitiva, e, enquanto isso não se concretizasse, deviam os próprios juízes fazê-lo, levando em consideração as pautas da Constituição e as remissões das “Regras de Beijing”.

Enquanto subsistiu esse período de lacuna legal, a iniciativa dos juízes foi desenvolvendo um contexto operativo, sendo que, em alguns juzados, intervinha desde logo o Ministério Público ativamente, enquanto, em outros, não o fazia, ou então sua participação era limitada. Essa situação acelerou as necessárias inovações legais acolhidas na Lei Orgânica 4/92, sobre a Reforma da Lei Reguladora da Competência e Procedimento dos Juzados de Menores.

É importante destacar que, em sua exposição de motivos, advertia-se que a investigação e iniciativa procedimentais corresponderiam ao Ministério Público, de maneira a preservar a imparcialidade do julgador. Ao demais, consagrou aspectos que vêm retificar a situação anterior, e, ainda quando segue o modelo de evidente mimetismo com o processual-acusatório, acolheu as garantias de defesa dos direitos do menor. Com toda certeza, já não mais se está na presença de um procedimento homólogo ao penal, mas perante um marco de atuação judicial específico.

Uma previsão verdadeiramente afortunada foi a relativa à iniciativa do Ministério Público para propor a finalização das atuações de escassa gravidade ante os fatos, atendendo as circunstâncias pessoais do infrator, o não emprego de violência, e a reparação de dano causado ou o compromisso de fazê-lo.

Novidade significativa consiste na possibilidade de suspensão do feito, pelo tempo máximo de dois anos, sempre que, de comum acordo, o menor e os prejudicados aceitem uma proposta de reparação extrajudicial. Se os termos do ajuste não forem cumpridos, caberá, então, ao juiz executá-lo mediante decisão.

Acertada também é a expressão da duração da medida, face à garantia que supõe o âmbito da segurança jurídica. A redução ou a extinção das medidas também resulta coerente com o caráter individualizado, que se deve ajustar ao processo de ressocialização, ficando proscrito o agravamento da sanção corretora, ainda que não o diga expressamente a norma.

De qualquer sorte, diante de cada caso concreto deverão ser priorizados os instrumentos ou meios de reabilitação, e esse sentimento só pode surgir da consciência da própria sociedade, em seu conjunto, co-responsável no desencadeamento de condutas marginais. A ação preventiva nunca poderá trazer consigo a manipulação da personalidade, nem a imposição de pautas moralizantes, mas deverá estar dirigida à correção das disfunções que constituem o “habitat” do infrator. Não se trata de aumentar o poder controlador do Estado, nem de criar uma espécie de jurisdição extrapenal paralela, mas de propor os meios para que as condutas ilícitas não encontrem um caldo de cultivo onde se retroalimentar. Claro que essa sensibilização se insere dentro dos esquemas de uma política criminológica, que exige um esforço solidário.

Uma vez que a infração tenha ocorrido, o juiz dispõe de todo um elenco de medidas para uma eficaz ressocialização, ainda que não se possa nunca esquecer que se tratam de “soluções *ex post factum*”, quando, na verdade, as medidas de real prevenção é que constituem o único método de luta eficaz contra a delinquência juvenil, e, via de consequência, da delinquência em geral. Essa perspectiva aponta, necessariamente, para uma revisão da sociedade, não excluindo nenhum de seus poderes ou órgãos, nem a família, nem o cidadão, o que deve ficar bem consciente para que não ameace de frustração aqueles que desejem auxiliar o menor-infrator, evitando uma estigmatização delinqüencial.

Dentre as diversas medidas que a lei prevê, desde a simples advertência até a internação, o tratamento ou ingresso em um centro de caráter terapêutico é uma abordagem elogiável, que vem preencher um anterior vazio normativo.

A problemática da drogadição, lamentavelmente invadindo a população dos menores de 16 anos, como uma verdadeira síndrome de Popaye, reclamava essa medida. Evidente que todo tratamento resulta ineficaz se não conta com a vontade do interessado.

Cuidando-se de crianças e adolescentes, obter sua aquiescência é relativamente exequível, em especial quando o menor é apartado do entorno patógeno que vem atuando sobre ele. Não podemos desconhecer o fato de que pessoas maiores de idade tratam de exculpar sua responsabilidade, atribuindo ao menor a realização exclusiva de atos de tráfico ilegal de substâncias toxicodependentes. A realidade é bem outra, posto que crianças são utilizadas no comércio ilícito e “recompensadas” com a ingestão, as vezes letal, da droga.

Finalmente, procede uma reflexão de alcance psicossociológico. Sem aderirmos à tese de Cooper, para quem a família reforça o poder real da classe dominante, não deixa de ser evidente que sua atual morfologia não corresponde às previsões normativas com as quais se desenhou a família nuclear, de origem burguesa. A progressiva emancipação da mulher e o protagonismo crescente da juventude contribuem para essa mudança acelerada.

Não obstante, a instituição familiar carrega ainda posições muito conservadoras em relação aos filhos. Como afirmam Salustiano del Campo Urbano e Manuel Navarro, uma sociedade com claras tendências históricas para o autoritarismo, saída de um regime político dessa índole, manifesta-se evidentemente autoritária a todos os níveis.

Havendo um amplo setor social baseado na crença de que os filhos são uma propriedade sobre a qual se pode exercer todo o tipo de direitos, a conclusão é que, para se pronunciar acertadamente sobre os comportamentos dos menores, é requisito prévio situar as relações paternofiliais no contexto de uma sociedade moderna, democrática e progressiva.

De ressaltar, por último, que a Lei 4/92 assinala um limite de idade mínimo (12 anos) sob o qual os menores, mesmo que cometam uma infração delitativa, não ficam sujeitos à jurisdição dos juizados de menores, o que, ao lado de estar de acordo com os pactos internacionais, supõe um avanço no intento de não estigmatizar. Essa filosofia, aliás, foi adotada de forma muito feliz, no Brasil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ao definir legalmente as duas etapas do desenvolvimento, fixando o marco cronológico-

etário de modo objetivo: até os 12 anos para a conceituação de criança, e dos 12 aos 18 anos para a de adolescente.

Certamente o critério de uma idade limite superior à atual, é uma resposta sensível ante a própria adolescência, pois a moratória temporal para a aprendizagem contrasta com o fenômeno de uma maturidade física, que os jovens alcançam antes do que em épocas passadas. Evidente que os jovens sofrem a contradição de uma sociedade que lhe propõe fins e metas, mas não dispensa os meios lícitos para alcançá-las. Uma sociedade competitiva gera anomia e, uma das conseqüências da situação anômica, é a delinqüência, que se agrava no contexto das sociedades democráticas desenvolvidas, eis que, nas pouco avançadas, como recorda Merton, o teto existencial é mais baixo.

O problema da fixação do limite da idade penal lembra que o sistema, baseado no discernimento, coloca inicialmente a grave questão de sua indefinição: capacidade para distinguir entre o bem e o mal, ou de compreender a antijuridicidade do ato. Tal critério, se foi válido para acomodar a pena à culpabilidade, não é se tratando de um menor, dado que a reprovabilidade social e a medida aplicável têm de ser colocadas em atenção à personalidade e às circunstâncias do próprio menor.

Em definitivo, é a segurança jurídica que reclama a fixação de um limite de idade, pois ainda que se possa objetar que o critério cronológico sofra de excessiva amplitude ou generalidade, é evidente que, mesmo tendo idade igual, os seres humanos apresentam peculiaridades que os diferenciam qualitativamente, o que está abrindo caminho para investigações que contemplam fatores bioquímicos como os mais ajustados à realidade concreta, eis que levariam em conta os processos de maturação acelerada ou de retardo, ao lado do dado objetivo da idade.

Talvez pensar um futuro direito penal juvenil que inclua os "semi-adultos" (de 16 a 21 anos), àqueles que o ciclo de sua maturidade não se completou ainda, eis que carecem de autonomia pessoal, de estabilização econômica e, por conseguinte, de capacidade para satisfazer as relações sociais. Franja de idade que requer um direito de transição, caracterizado por uma pena-medida dirigida a reforçar a personalidade do adolescente enquanto ainda ser em desenvolvimento, e ampliar o catálogo de respostas que individualizem o tratamento com vistas a evitar a prisionalização.

O que parece desejável, sem dúvida, é a superação da teoria do discernimento, pela vaguedade e indeterminação de seu conceito e sua diversa apreciação por psiquiatras e especialistas na avaliação da responsabilidade, cuja análise se deve remeter à livre apreciação judicial.

Em relação ao possível direito penal juvenil, destinado aos denominados "jovens adultos", tem-se advertido que tão arbitrária resulta a fronteira, que separa menores e adultos, como a que serve de base para referida classificação, a par de que a tendência de englobar grupos, mais do que presenciar indivíduos concretos, conduz inevitavelmente a uma "estandardização", que invalida os supostos para o adequado tratamento. Com a integração de "jovens adultos", na categoria de menores, pelo princípio da proximidade do paradigma mais benéfico, evitam-se os limites de idade diversificados, ficando somente menores e adultos.

Naturalmente, a Nova Defesa Social, oposta às concepções tradicionais, critica a criação de categorias em atenção à idade e, em consequência, à presunção *ex lege* da imputabilidade.

Não resta a menor dúvida de que toda distinção, em função da idade, é artificial. A solução “ponte” é, precisamente, o reconhecimento da categoria “jovens-adultos-delinquentes”, que permitirá trazer ao regime dos menores os próprios adultos.

Um direito penal de menores autônomo, materialmente, deveria recolher uns poucos tipos de injustos, que estivessem na visão do menor, já que o emaranhado normativo dos adultos é diferente do mundo de permissões-proibições do menor.

Finalmente, com relação ao direito penal juvenil, coloca-se o problema de uma falsa decisão. É menos prejudicial se ao jovem-adulto se aplica o direito de menores, do que a hipótese contrária. A questão radica na prevalência do princípio *in dubio pro educatione* ou *in dubio pro reo juvenali*?

A resposta consiste na constatação do fracasso da ideologia educativa, de um puro modelo de bem-estar-social (*welfare model*), e na exigência de garantias mais intensas de proteção jurídica, afinadas com o denominado *justice model*, mais de conformidade com a essência do Estado democrático.