



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

O NOVO CÓDIGO CIVIL E A APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA AO MAIOR DE 18 ANOS

A entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) tem exigido de Promotores de Justiça, Magistrados e demais profissionais dos mais diversos setores a revisão de inúmeras convicções e certezas. De fato, como o novo diploma afastou-se sensivelmente do que estabelecia o Código anterior, prevê-se que algum tempo precisará transcorrer até que todas as inovações sejam bem compreendidas.

Na área específica da infância e juventude, o surgimento do novo Código suscita uma reflexão acerca do alcance de suas possíveis repercussões sobre a legislação especial de proteção da criança e do adolescente. Desde logo constata-se que o ECA foi submetido a diversas alterações pontuais pelo novo Código, como por exemplo a idade do tutelando (art. 36) e do adotante (art. 42), as situações de representação e assistência em juízo (art. 142) e a mudança da designação "pátrio poder" para "poder familiar". Outras mudanças, menos óbvias, serão com certeza reveladas e discutidas pela doutrina e jurisprudência em breve.

Nesta primeira hora de vigência do Código Civil, entretanto, o que se tem observado é o aparecimento de uma polêmica até certo ponto insólita, pertinente à suposta revogação dos dispositivos do ECA (arts. 2º, parágrafo único, 104 e 121, § 5º) que, combinados, autorizam a aplicação excepcional de medida sócio-educativa ao maior de 18 e menor de 21 anos.

Nesse sentido, o periódico Folha de São Paulo noticiou, em sua edição de 21/02/2003, a pretensão da Defensoria Pública do Rio de Janeiro de interpor *habeas corpus* em favor de adolescentes internados, maiores de 18 anos, sob o



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

fundamento de que *"não há sentido na aplicação de medida socioeducativa (considerada uma sanção para pessoas ainda em desenvolvimento) para quem já alcançou a maioridade civil"*.

O insólito de tal situação reside no fato de que, até o aparecimento do novo Código, nunca se supôs ou se sustentou que a maioridade civil, ao invés da penal, estivesse relacionada com a aplicação de medidas sócio-educativas. Conforme veremos, tal tese não merece prosperar.

Sabe-se que o ECA, em consonância com a Constituição Federal (art. 228) e o Código Penal (art. 27), estabelece que os adolescentes (maiores de 12 e menores de 18 anos) são penalmente inimputáveis, respondendo pelos delitos praticados (denominados atos infracionais) através de procedimento definido no próprio Estatuto, e sujeitando-se ao cumprimento de medidas sócio-educativas (1). Excepcionalmente, na forma do art. 2º, parágrafo único, do ECA, a medida sócio-educativa poderá ser aplicada ao maior de 18 anos que praticou ato infracional quando ainda era inimputável, cessando de forma obrigatória quando o jovem completar 21 anos.

A Constituição Federal, o Código Penal e o ECA atuam, portanto, em sintonia no sentido de excluir de pena, por razões de política criminal, o menor de dezoito anos autor de um delito. Tem-se o cuidado, no entanto, de que a prática do ilícito penal não reste livre de sanção, sendo a pena substituída por uma medida de cunho educativo.

Estabelecem os diplomas uma relação direta entre a maioridade penal e a responsabilidade do adolescente pelo ato infracional: onde começa a maioridade, em razão do afastamento da causa etária da inimputabilidade, desaparece a responsabilidade juvenil prescrita no ECA.

O novo Código Civil, por óbvio, não alterou a maioridade criminal, que



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

permanece, conforme determina a Constituição Federal, fixada em 18 anos. A inovação introduzida pela Lei nº 10.406/02 diz respeito à capacidade civil dita de fato, vale dizer, a capacidade para o exercício por conta própria dos atos da vida civil.

No Código revogado, o menor de dezesseis anos era absolutamente incapaz para tais atos, devendo ser substituído por seus responsáveis, ao passo que o menor de vinte um anos era relativamente incapaz, recebendo assistência para os mesmos atos. Com o novo Código, o menor de dezesseis anos continua a ser absolutamente incapaz, mas a capacidade civil plena é obtida aos 18 anos.

Observa-se na tese da revogação do ECA uma mistificação em torno da mera coincidência de idades. O raciocínio parece ser: a capacidade civil plena era obtida aos 21 anos, e o ECA preconiza a aplicação excepcional de medidas sócio-educativas também até 21 anos, "portanto", se a capacidade civil é reduzida para os 18 anos, a aplicação da medida sócio-educativa também passa a ter como limite os 18 anos de idade.

O raciocínio, percebe-se com facilidade, é quase mágico (ou seja, uma falácia lógica), pois confunde coincidência com causalidade, não levando em conta que a fixação de limites etários em ramos diferentes do Direito é determinada por motivos diferentes.

Realmente, a aplicação excepcional de medida sócio-educativa jamais teve por causa a circunstância de não possuir o jovem entre dezoito e vinte e um anos plena capacidade para praticar, por si, os atos da vida civil. Não importa, para a incidência da medida sócio-educativa, se o adolescente pode adquirir direitos ou contrair obrigações por conta própria, ou se pode ou não celebrar contratos, emitindo validamente sua vontade sem a necessidade de assistência. Afinal, a medida sócio-educativa é aplicada à revelia da vontade do infrator, e normalmente



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

em oposição à vontade deste. Não há um ato próprio da vida civil, mas a sujeição a uma imposição judicial.

A causa do limite de 21 anos no ECA, na verdade, é outra: a aplicação excepcional se justifica na medida em que há o interesse de evitar que não venham a ser sancionados delitos graves (que justificam, nos termos do art. 122 do ECA, a imposição da medida de internação) (2) praticados pelo jovem em vias de adquirir a maioridade criminal. Não fosse a regra da aplicação excepcional, um homicídio praticado por alguém na véspera de completar dezoito anos permaneceria isento de resposta no ordenamento jurídico, não recebendo o seu agente qualquer sanção.

E por que exatamente 21 anos? A explicação está no fato de que o ECA estabelece em três anos o prazo máximo de internação (art. 121, § 3º) (3). O termo inicial é 18 anos, pois pelos atos posteriores o jovem responderá criminalmente; somando-se três anos chega-se à idade de 21 anos. Percebe-se, então, que, se o prazo máximo de internação fosse outro, a aplicação excepcional da medida precisaria acompanhar a mudança. Não por acaso, no projeto de lei nº 6.923/2002, atualmente em tramitação na Câmara, ao mesmo tempo em que se propõe o aumento do prazo de internação máximo para seis anos (4), o limite etário para a perpetuação da medida passa a ser vinte e quatro anos.

Há de ser considerado, também, que, no que diz respeito a atos infracionais (5), o ECA constitui lei especial. Como tal é reconhecido pela própria Constituição Federal: *"São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial"* (art. 228, grifo nosso). Há de se levar em conta, então, o disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), segundo o qual: *"A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior"*.



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

Sobre o tema, a lição de Maria Helena Diniz é: *"Para que haja revogação é preciso que a disposição nova, geral ou especial, modifique expressamente ou insitivamente a antiga, dispondo sobre a mesma matéria diversamente. Logo, lei nova geral revoga a geral anterior, se com ela conflitar. A norma geral não revoga a especial, nem a nova especial revoga a geral, podendo com ela coexistir (...), exceto se disciplinar de modo diverso a matéria normada, ou se a revogar expressamente"* (6).

Diante disso, sabendo-se que o novo Código Civil nada disciplinou sobre o ato infracional, e muito menos sobre a aplicação de medidas sócio-educativas, não se poderia concluir que as disposições especiais e específicas do ECA estariam revogadas.

O problema mais grave que se detecta na referida tese não está tanto na confusão entre maioria civil e maioria para fins penais, mas sim na forma temerária com que se interpreta o novo Código Civil, com uma busca por derrogações no ECA sendo empreendida aparentemente sem atenção às repercussões do que está sendo proposto.

Sobre a tarefa do hermenêuta, cabe sempre recordar a lição de Carlos Maximiliano (7):

"Deve o direito ser interpretado inteligentemente e não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis."

Ora, com certeza há de repugnar a qualquer consciência que crimes como o homicídio, o estupro e o latrocínio possam ser praticados em qualquer sociedade sem nenhum tipo de sanção. Propor que adolescentes autores de condutas desse tipo permaneçam livres de qualquer espécie de reprimenda é



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

certamente absurdo e despropositado. Afinal, leis não são brinquedos para que possam ser manipuladas sem que se leve em conta as conseqüências. Sugerir que não existe no ordenamento jurídico norma vedando que adolescentes matem ou estuprem é obviamente impossível, e revela pouca consideração para com o Direito enquanto sistema que precisa preservar sua coesão lógica e função social (8).

Conclusões semelhantes já foram rejeitadas pela jurisprudência:

"A prevalecer a orientação do magistrado, o menor não sofrerá qualquer corretivo: nem a nível da lei menorista (visto que, segundo o primeiro, estaria ela imune à jurisdição de menores), nem a nível de lei penal, quando não praticou a infração na condição de imputável. Em outras palavras, permanecerá impune pela simples circunstância de haver atingido 18 anos após a prática de ato anti-social, mas antes do julgamento da sindicância, ou seja, não será alcançada por qualquer das 'jurisdições' mencionadas. Justamente para obviar essa situação é que o legislador menorista insculpiu no texto codificado a regra do § 1º do art. 99 (atual art. 2º, parágrafo único, do ECA)" (9).

"Lembra-se, a propósito, que jurisprudência desta Câmara Especial é no sentido de que a simples aquisição da maioridade, em momento posterior à prática da infração, não justifica o arquivamento da sindicância. A orientação contrária conduziria à ampla e indesejável impunidade de qualquer menor que praticasse infração tipificada como crime às vésperas de completar a maioridade" (10)

A adoção da tese de revogação do ECA conduz, ainda, a outras situações contraditórias. Se a aquisição da capacidade civil plena isenta o jovem maior de 18 anos de medida sócio-educativa, então pelo mesmo motivo o emancipado maior de 16 e menor de 18 deveria usufruir do mesmo benefício (11). A emancipação tornar-se-ia, então, uma forma de adquirir o "direito" de praticar delitos impunemente. Aliás, por coerência os defensores da tese deveriam ter sustentado tal ponto de



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

vista ainda sob a égide do Código Civil revogado, procurando livrar de internação o menor de vinte e um anos emancipado.

Ainda por coerência, deveriam os defensores da tese enunciar que também o Código Penal está derogado. Se o que importasse para fins de aplicação de sanção decorrente da prática de delito fosse a capacidade civil plena, teria desaparecido a circunstância atenuante de possuir o agente menos de vinte e um anos (art. 65, I, do CP).

Cabe mencionar, por fim, que além das incorreções já discutidas, a tese de impossibilidade de internação do maior de 18 anos contribui para o fortalecimento dos argumentos favoráveis à diminuição da maioridade penal. Atualmente, sabe-se que a opinião pública é seduzida pela falsa idéia de que o adolescente infrator, autor de delitos graves, permanece impune, omitindo-se nesse discurso, entre outras coisas, o fato de que ao adolescente são aplicadas medidas que também possuem cunho sancionador. A prevalecer a mencionada tese, no entanto, tal impunidade tornar-se-ia real, o que conduziria fatalmente à aprovação da redução da imputabilidade penal, com todos os prejuízos daí decorrentes.

NOTAS:

- 1) Eventualmente, também a medidas protetivas (art. 112, VII).
- 2) A internação é a única medida sócio-educativa com relação à qual há disposição expressa no ECA a respeito de sua aplicação ao maior de 18 anos (satisfazendo o requisito previsto no 2º, parágrafo único). A questão, entretanto, não é consensual, existindo na doutrina e jurisprudência posicionamentos sustentando a aplicação excepcional também das demais medidas.



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

3) No mesmo sentido a lição de Wilson Donizeti Liberati: *"Isso vem provar que o adolescente, com 17 anos e 11 meses, considerado autor de ato infracional poderá, em cumprimento a medida de internação aplicada pelo juiz, permanecer privado de sua liberdade até completar 21 anos, vencendo o triênio estipulado pelo § 3º acima citado"* (Em Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 4ª ed., Malheiros Editores, 1999 p. 96).

4) O que nos parece um exagero, transparecendo uma intenção apenas punitiva e não educativa, não podendo ser dito que seis anos de internação seriam compatíveis com os princípios da brevidade e excepcionalidade previstos no art. 121 do ECA.

5) É claro que não apenas com relação a esse tema o ECA apresenta-se como lei especial, mas todos os aspectos relacionados à proteção integral da criança e do adolescente.

6) Em Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada, 4ª ed. , Saraiva, 1998, p. 75.

7) Em Hermenêutica e Aplicação do Direito, 2º ed. ED. Livraria do Globo, 1933, p. 183.

8) O argumento da Defensoria Pública do Rio de Janeiro tendente a evitar tal absurdo, conforme publicado no periódico antes referido, dispensa maiores comentários: *"Por uma questão de bem-estar da sociedade, quando se tratar de jovem que cometeu crime bárbaro, e a Defensoria entender que o melhor para ele é continuar na unidade, a gente não vai pedir o habeas corpus"*.

9) Decisão do TJSP, transcrita por Alberto Silva Franco em Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 2, 6ª ed., RT, 1999, p. 390.



CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

10) Decisão do TJSP, transcrita por Válder Kenji Ishida em Estatuto da Criança e do Adolescente, 2ª ed., Atlas, 2000, p. 194.

11) Corrigindo tal conclusão, José de Farias Tavares afirma que:
"A doutrina penal, em harmonia com a civilista, ensina que, mesmo tendo o menor de 18 anos obtido emancipação por uma das modalidades previstas no Código Civil, não passa à maioria penal por antecipação, permanecendo, portanto, na condição de inimputável". (Em Direito da Infância e da Juventude, Del Rey, 2001, p. 166).