

A maioria no novo Código Civil e seus reflexos quanto ao ato infracional

HORÁCIO AFONSO DE FIGUEIREDO DA FONSECA (*)

I - INTRODUÇÃO

Desde a sua tramitação no Congresso Nacional e, principalmente, após a sua publicação, a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, vem suscitando diversas indagações com grande repercussão prática, dentre as quais destacamos os efeitos da maioria, que se adquire, agora, aos 18 (dezoito) anos, sobre as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8069/90), notadamente em relação às conseqüências do ato infracional.

É cediço que a criança ou o adolescente, ao praticar ato infracional, está sujeito às medidas do ECA, cuja natureza é protetiva e educativa, objetivando, sempre, o seu preparo para viver numa sociedade, onde prevalecem conceitos morais e éticos, além dos preceitos legais que têm, por fim último, criar condições para a sobrevivência da ordem e da paz social.

Neste sentido, as medidas sócio-educativas do ECA não têm caráter retributivo, pois não são espécies do gênero sanção, representando, em verdade, uma resposta do Estado com a finalidade de contribuir para a formação de pessoas com valores sociais expressos em normas que, por sua vez, foram desobedecidas.

O que se disse encontra arrimo no próprio texto do ECA, especificamente em uma norma de hermenêutica contida no artigo 6º, que reza:

"Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

II - OS DESTINATÁRIOS DO ECA

A Lei 8069/90, consoante o seu art. 1º, busca a proteção integral da criança e do adolescente, considerando criança a pessoa até 12 (doze) anos incompletos e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade (art. 2º).

De outro lado, o parágrafo único do art. 2º faz ressalva à aplicação da Lei 8069/90, excepcionalmente, às pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade, nos casos expressamente previstos em lei.

Neste sentido, fazemos menção ao art. 104, parágrafo único c/c o art. 121, § 5º, ambos da Lei 8069/90 que, interpretados, significam que o adolescente, ao praticar ato infracional, está sujeito às medidas do ECA até os 21 anos de idade, uma vez demonstrada a necessidade da medida, considerando sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, §1º).

Suponhamos o seguinte exemplo: Caio, com 17 (dezesete) anos de idade, à beira de completar 18 (dezoito) anos, ingressa numa residência e, mediante violência, constringe Flávia, com 12 (doze) anos de idade, à conjunção carnal, e, após o coito, estrangula a vítima, que vem a falecer por asfixia, e, ainda, oculta o cadáver no poço de sua residência. Oferecida a representação, após todo o trâmite processual, ainda que Caio já tenha completado 18 (dezoito) anos, o juiz poderá aplicar a medida de internação, observadas as restrições estabelecidas nos arts. 121 e segs.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, ocasião em que foi elaborada a Lei 8069/90, tal questão não despertava maiores controvérsias, mesmo porque o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente foi sábio ao instituir a possibilidade de se aplicar os seus dispositivos às pessoas maiores de 18 (dezoito) e menores de 21 (vinte e um) anos, pois, do contrário, certas regras seriam ineficazes, valendo relembrar que a ineficácia não seria do ponto de vista retributivo, mas sim sócio-educativo.

III - O NOVO CÓDIGO CIVIL

Dentre tantas inovações trazidas pelo novo Diploma, desperta-nos indagações a norma insculpida no art. 5º, que possui a seguinte redação:

"A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil".

Assim, diante do exemplo de Caio que, próximo de completar 18 (dezoito) anos, estuprou Flávia, provocou-lhe a morte por asfixia e, em seguida, ocultou o seu cadáver e, na ocasião do julgamento (ou ainda antes de se iniciar o processo) já contava com 18 (dezoito) anos completos, seria possível aplicar as medidas do ECA?

Em outras palavras, o art. 2º, parágrafo único do ECA foi revogado? E o art. 121, § 5º, do mesmo Estatuto, deve ser reinterpretado, lendo-se "dezoito anos de idade" onde se lê "vinte e um anos de idade"?

São essas as questões que nos levaram a desenvolver o presente trabalho, buscando apresentar soluções que não têm a pretensão de encerrar a discussão

sobre o tema, mas sim analisá-lo sob a ótica jurídica e apontar uma possível tese.

IV – O ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ECA

Sem dúvida nenhuma, há aqueles que simplesmente invocam a aplicação, *in casu*, do disposto no art. 2º, §2º da Lei de Introdução do Código Civil, no sentido de que a Lei Geral não tem o condão de revogar Lei Especial.

Nesta ordem de idéias, se, simplesmente, considerarmos como premissa maior o princípio mencionado e, como premissa menor, o fato de que o ECA apresenta norma especial, a conclusão seria, inexoravelmente, de que o Novo Código Civil não poderia revogar o ECA, uma vez que aquele possui, no seu bojo, normas gerais.

No entanto, o silogismo que, há tempos, foi considerado como verdadeira regra de aplicação das normas, bem como sua interpretação, não é aceito, hodiernamente, sem ressalvas, pois, como bem leciona o professor MIGUEL REALE:

"(...) a aplicação do Direito não se reduz a uma questão de lógica formal. É antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova". (REALE, Miguel – Lições Preliminares de Direito, Ed. Saraiva, 21ª ed., 1994, pp. 297/298).

Desta forma, embora a regra do art. 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil seja válida, vislumbra-se a possibilidade de haver norma especial incompatível com a norma geral, o que levará, portanto, à revogação da primeira, caso a norma geral lhe seja posterior.

Assim, observemos o art. 36, *caput*, da Lei 8069/90, que possui a seguinte redação:

"A tutela será deferida, nos termos da lei civil, à pessoa de até vinte e um anos incompletos".

Ora, considerando que o instituto da tutela tem por finalidade atribuir a alguém a representação legal de outrem que não possui a plena capacidade civil, nos casos de perda ou suspensão do pátrio poder, é forçoso reconhecer que o limite de idade estabelecido no art. 36 do ECA está diretamente atrelado à incapacidade civil.

Verificada tal situação, uma vez se alterando a idade para adquirir a capacidade de fato ou de exercício, como ocorre no Novo Código Civil, o art. 36 do ECA deve ser reinterpretado, pois não há que se falar em tutela para aquele que não depende de quem quer que seja para praticar os atos da vida civil.

Nesta linha de raciocínio, o art. 36 do ECA deverá ser lido da seguinte forma:

"A tutela será deferida, nos termos da lei civil, à pessoa de até dezoito anos incompletos".

Outra não pode ser a interpretação do art. 36 do ECA, pois, outrossim, os arts. 1728 e 1763, I do Novo Código Civil estabelecem que, doravante, a tutela é destinada aos "menores", entendendo-se, como tal, consoante o art. 5º do Novo Digesto, aqueles que ainda não alcançaram a idade de 18 (dezoito) anos.

Trata-se, portanto, de hipótese em que a Lei Geral altera o sentido de uma norma especial, provocando verdadeira derrogação de seu texto.

Obviamente, o que foi explanado se aplica também a outros dispositivos que estão diretamente ligados à incapacidade civil.

Assim, quanto à vigência do art. 2º, parágrafo único, do ECA, deixamos gravada a nossa tese de que somente não será aplicado quando a idade limite de vinte e um anos estiver atrelada inexoravelmente à maioridade civil, pois, quando isto ocorrer, não será possível a aplicação do Estatuto, por estar o destinatário da norma em pleno exercício de seus direitos e obrigações civis.

Vale, apenas, esclarecer que esta primeira conclusão trará repercussão no que será apresentado adiante.

Permitimo-nos, ademais, criticar a redação do *caput* do art. 5º do Novo Código Civil quando afirma: "a menoridade cessa...", pois seria mais adequado dizer: "A incapacidade, originada pela idade, cessa...", ou redação equivalente, uma vez que o Instituto da qual se trata é a incapacidade, e não a menoridade.

V - O ART. 121, § 5º DO ECA

Em consonância com o que se disse anteriormente, devemos verificar se a possibilidade de aplicação de medida sócio-educativa ao maior de 18 (dezoito) e menor de 21 (vinte e um) anos de idade, como permite o art. 121, § 5º do ECA, permanece em vigor diante do Novo Código Civil, o que, em última análise, significa inquirir se o limite de 21 (vinte e um) anos está, ou não, diretamente atrelado à incapacidade civil.

Não faltará profissional do Direito que alegue a imediata conexão do limite de idade estabelecido no art. 121, § 5º com a incapacidade prevista no Código Civil de 1916 e, outrossim, até acreditamos que esta tenha sido a intenção do legislador. No entanto, ao interpretar a Lei, deve-se ter em mente não a *mens legislatoris* (vontade do legislador), mas substancialmente a *mens legis* (vontade da lei).

Também não convence o argumento de que tais vontades se confundem, pois, no dizer de MIGUEL REALE "(...) *uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como a criança se livra do ventre materno* (...) (REALE, Miguel - *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, 21ª ed., 1994, p. 279).

O que se busca demonstrar é que a prática do ato infracional e as suas conseqüências não têm nada que ver com a questão da capacidade civil, senão vejamos.

O ato infracional somente ocorre quando o sujeito ativo de uma conduta descrita como crime ou contravenção for menor de 18 (dezoito) anos, pois aqueles que ultrapassarem essa idade serão sujeitos ativos de crime. Portanto, o limite de idade estabelecido nos 18 (dezoito) anos leva em consideração o instituto da inimizabilidade, que não se confunde com incapacidade.

Ademais, é possível que uma determinada pessoa plenamente capaz, no exercício da capacidade de fato, seja autora de um ato infracional. Assim, Maria, com 17 (dezessete) anos de idade, casada, mata seu esposo com golpes de faca. Ora, o casamento, mesmo no sistema do Código Civil de 1916, é causa de cessação da incapacidade, mas nem por isso seria fato que excluiria a aplicação do ECA, pois se a capacidade fosse razão para afastar a ocorrência de ato infracional, Maria não poderia sofrer qualquer medida estatal, pois também não cometeu, tecnicamente, crime, pelo fato de ser inimizável.

Admitir tal hipótese implica em permitir que o casamento ou qualquer outra causa de cessação da incapacidade posterior ao ato infracional excluísse a possibilidade de resposta do Estado.

Ora, se o limite de idade (vinte e um anos) previsto no art. 121, § 5º do ECA não apresenta conexão com a maioridade civil, qual seria sua razão de ser?

A lei busca, na verdade, evitar a própria omissão do Estado na recuperação de uma pessoa que praticou ato infracional, enquanto adolescente, para que seja inserido novamente na sociedade após receber a aplicação de uma medida sócio-educativa, pois o ECA, em regra, como aponta o art. 1º e art. 2º, *caput*, destina-se às pessoas menores de 18 (dezoito) anos, porém excluir o art. 121, § 5º significaria permitir ao adolescente que completará 18 (dezoito) anos, por exemplo, em 2 (dois) dias, a ausência de intervenção estatal eficaz, que terá, como único objetivo, a sua própria proteção.

Outrossim, a idade máxima prevista no art. 121, § 5º do ECA poderia ser de 19 (dezenove) anos, ou até mesmo 22 (vinte e dois) anos de idade, tendo o legislador, por outro lado, estabelecido o limite em 21 (vinte e um) anos por questão de mera política legislativa, já que aos 21 (vinte e um) anos, na técnica do Código Civil de 1916, a pessoa passaria a gozar plenamente de sua capacidade civil, ressalvando, no entanto, que não havia qualquer "obrigação" em se adotar tal critério.

O que realmente importa, no que toca ao ato infracional, é o disposto no art. 104, parágrafo único, que reza:

"Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato".

O conteúdo deste dispositivo é de grande riqueza, pois dá valor, tão somente, à idade do adolescente na data do fato, sendo indiferente se, durante o cumprimento da medida, o adolescente completa 18 (dezoito) anos, podendo estar sujeito ao seu cumprimento até os 21 (vinte e um) anos, independentemente de ser ou não capaz.

Analogicamente considerando, aquele que comete crime de furto qualificado pelo repouso noturno (art. 155, § 1º do CP), não se vê livre da qualificadora simplesmente por já ter o dia amanhecido. O mesmo se diga em relação àquele que completou 18 (dezoito), se o fato por ele praticado foi anterior àquela idade.

Assim, afirmar que o agente do furto qualificado pelo repouso noturno não sofre a incidência da qualificadora após o romper do dia tem o mesmo impacto quando se afirma que o agente do ato infracional não poderá receber a resposta estatal por já ter completado 18 (dezoito) anos e, principalmente, quando se pretende atrelar tal idade à capacidade civil.

VI - CONCLUSÃO

O que se buscou esclarecer é que o art. 2º, parágrafo único, da Lei 8069/90 (ECA), somente terá aplicação quando a idade de 21 (vinte e um) anos não estiver atrelada diretamente à maioridade civil, pois, do contrário, a cessação da incapacidade aos 18 (dezoito) anos, conforme estabelecido no Novo Código Civil, implicará em re-interpretação de diversos dispositivos do ECA.

De outro lado, permanece a possibilidade de se aplicar medida sócio-educativa ao adolescente que praticou ato infracional, ainda que tenha, posteriormente, completado 18 (dezoito) anos, estando sujeito às disposições do ECA até completar 21 (vinte e um) anos de idade, pois tal limite não apresenta correlação direta e imediata com a capacidade civil, sendo apenas um parâmetro utilizado pelo legislador para submeter à apreciação do Juiz da Vara da Infância e da Juventude o ato infracional, independentemente de ter o agente alcançado a capacidade de fato referida na legislação cível.

Rio de Janeiro, 03 de Janeiro de 2003.

(*) HORÁCIO AFONSO DE FIGUEIREDO DA FONSECA é Promotor de Justiça Substituto no Estado do Rio de Janeiro.
