

Crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente

Aspectos polêmicos da Lei 8.069/90

CHRISTIANE MONNERAT ZEFIRO (*)

1 - Introdução

Este estudo pretende trazer à colação alguns aspectos polêmicos dos delitos da Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - não abordados pela doutrina, principalmente com relação à construção dos tipos penais e seu reflexo nos casos práticos, tomando-se por base a aplicação dos princípios atinentes ao Direito Penal.

Alguns autores afirmam, ao comentar a Lei de Falências, que “os crimes falimentares são plantas carnívoras, crescidas longe do cuidado dos penalistas”, pretendendo enfatizar com tal assertiva o tratamento distanciado dispensado à construção destes tipos penais das diretrizes emanadas da Doutrina Penal.

A mesma afirmação tem pertinência no que tange aos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - os quais, seja pela técnica legislativa empregada na construção das *fattispecie*, seja pela ampliação em demasia do campo da incidência do Direito Penal, até então balizado pelo Princípio da Intervenção Mínima, parecem ser regidos por normas *suis generis*, divorciadas dos ditames e princípios norteadores do Direito Objetivo.

2 - Apresentação dos crimes pelo Estatuto

O Título VII do Estatuto da Criança e do Adolescente intitula-se “Dos Crimes e das Infrações Administrativas” e apresenta no Capítulo I, relativo aos crimes, a subdivisão em duas seções, a primeira relativa às disposições gerais e a segunda, aos crimes em espécie.

A primeira seção cuida das regras gerais aplicadas aos delitos, as quais apenas compilam regras previstas em outros textos legislativos que já teriam aplicação, independentemente de constarem da seção inaugural dos crimes do Estatuto. Dizer o artigo 225, *v.g.*, que “*Este Capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, (grifo nosso) sem prejuízo do disposto na legislação penal*” soa despidendo, uma vez que a conduta, base do conceito de crime, somente pode se expressar através da ação *stricto sensu* ou da omissão. Assim,

a princípio, conclui-se que nada traz de novo a seção inaugural do capítulo I relativa às disposições gerais.

3 - *Sujeitos passivos das condutas delituosas*

O Estatuto Menorista prevê na seção II 17 delitos que apresentam reflexo, ainda que indireto, na criança e no adolescente. Não é correto afirmar que os crimes do Estatuto têm a criança e o adolescente como sujeitos passivos das condutas delitivas, uma vez que existem estruturas típicas que contemplam outros legitimados passivos que não aqueles, a exemplo dos artigos 229 e 236. Com efeito, traz o primeiro como sujeitos passivos a parturiente e neonato e o segundo, a Autoridade Judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público.

4 - *Sujeitos ativos das condutas delitivas*

Destarte, encontram-se no texto do Diploma em tela crimes comuns (*delicta communia*), os quais podem ser realizados por qualquer pessoa, a exemplo do artigo 232, bem como aqueles que demandam qualificação especial dos que os praticam (*delicta propria*), como é o caso do artigo 234, o qual somente pode ser cometido por Delegado de Polícia ou Autoridade Judiciária.

A doutrina lança severas críticas às estruturas típicas dos delitos, principalmente com relação à indeterminação danosa advinda da imprecisão das figuras delituosas, o que viola cabalmente, segundo seu entendimento, o Princípio da Reserva Legal (*Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco e outros, 1995, pág. 372). O artigo 228, *vg.*, aponta como sujeito ativo do delito o encarregado de serviço ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante, o que impede a pronta identificação dos autores deste ilícito penal. Na verdade, quem poderia ser considerado dirigente de estabelecimento para fins de aplicação do mencionado artigo? Qualquer funcionário que trabalhe na recepção do estabelecimento poderia ser considerado encarregado de serviço?...

5 - *A culpa e os crimes omissivos próprios*

Questão complexa não abordada pela doutrina e que merece ser trazida à colação refere-se à previsão expressa de forma culposa para os delitos dos artigos 228 e 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É que os artigos 228 e 229 encerram crimes omissivos próprios. Tais delitos, conforme salientou o festejado Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal, Parte Geral*, 1980, pág. 236), são delitos de simples desobediência, pois a omissão integra o tipo penal e basta o simples omitir-se para que a conduta se adeque ao *tatbestand* dos mencionados delitos, considerando-se que se trata de crime fechado. O parágrafo único dos aludidos dispositivos prevê a modalidade culposa das condutas omissivas,

ou seja, relega ao intérprete a verificação caso a caso da real infringência do dever objetivo de cuidado a todos imposto pelas Normas de Direito. Sob esta ótica, como se poderia admitir um crime omissivo próprio na forma culposa, já que a estrutura típica do primeiro, fechada por excelência, não permite nenhuma valoração da conduta praticada pelo agente como se dá com o delito culposo?

Por outro lado, há que se salientar que a forma culposa somente foi prevista para os delitos, cujos bens jurídicos tutelados apresentam cabal relevância, como, por exemplo, a vida, no crime de homicídio. Neste, o resultado advindo com a conduta violadora do dever objetivo de cuidado, por si só, justifica a previsão expressa da modalidade culposa, o que não ocorre com os delitos 228 e 229 do Diploma acima mencionado.

A questão merece abordagem, sobretudo, sob o ponto de vista teórico, pois, na prática, a valoração e o exame do conjunto probatório no mundo fático tornam difícil a aferição do elemento subjetivo para fins de tipificação do ilícito. Assim, como se saber se o dirigente de estabelecimento, na hipótese do artigo 228, deixou de manter o registro, tendo vontade e consciência desta omissão, dirigido finalisticamente à mesma ou porque esqueceu-se de fazê-lo?

A doutrina silenciou-se diante da inovação trazida pelo Estatuto. Insta indagar, desta forma, se a construção do tipo omissivo próprio, pela sua natureza, apresenta incompatibilidade com relação à previsão da modalidade culposa. O Professor **Heleno Fragoso**, abordando perfunctoriamente a matéria, **antes** porém da edição daquele Diploma, prelecionava que *“Nossa lei prevê apenas crimes omissivos próprios dolosos. Seria, no entanto, perfeitamente concebível a previsão de tais crimes na forma culposa, com a violação do cuidado objetivo exigível na realização da ação ordenada, em qualquer de suas etapas”* (*Lições de Direito Penal, Parte Geral*, 1980, pág. 236).

A princípio, portanto, parece-nos não haver óbice intransponível para a existência da modalidade culposa no que concerne aos delitos omissivos próprios, merecendo reflexão, todavia, a assertiva constante da última parte do comentário acima transcrito no sentido de que *“Seria, no entanto, perfeitamente concebível a previsão de tais crimes na forma culposa, com a violação do cuidado objetivo exigível na realização da ação ordenada, em qualquer de suas etapas”* (grifo nosso). É que sendo o delito omissivo próprio crime unissubsistente, o que impossibilita o fracionamento da conduta em etapas, difícil seria se imaginar uma ação que violasse o dever de cuidado exigível em uma etapa diversa da própria omissão exigida. Exemplificando-se, ou o médico deixa, por esquecimento, de realizar os exames referidos no artigo 10 do Estatuto e comete o delito previsto no artigo 229, parágrafo único, ou os realiza, e o fato é atípico. Não há a possibilidade de se destacar as etapas ou atos que compõem o simples omitir-se. Exatamente por esta razão, não é admissível a tentativa nestas espécies de delito.

6 - Concurso de agentes e os crimes omissivos próprios dolosos

Outro ponto que desperta interesse diz respeito ao concurso de agentes nos delitos omissivos próprios, abrangendo aí os artigos 228 e parágrafo único, 229 e parágrafo único, 231, 234 e 235 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode haver co-autoria nestes delitos? A resposta negativa surge irrefutável quando se trata de delito omissivo próprio doloso, tendo em vista a impossibilidade de divisão comunitária de tarefas inerente à caracterização da co-autoria. Suponhamos que dois médicos, responsáveis pelo parto de uma cliente, deixem, consciente e voluntariamente, de proceder à realização dos exames a que estão obrigados por força do artigo 10. Ambos têm o dever de agir e se omitem, respondendo cada qual pelo delito do artigo 229 separadamente. Cada um é autor do crime retromencionado, havendo, portanto, dois crimes distintos. Acrescente-se que, como se trata de obrigação solidária, basta que um só médico realize o exame para que o outro esteja desobrigado de realizá-lo.

Por outro lado, se quem omite não tem o dever específico de agir, *v.g.*, um estagiário desprovido de conhecimento técnico para a realização dos referidos exames, não pode ser autor do ilícito em tela, já que dele não é exigida a realização dos exames, mas pode praticar o crime em tela na posição de partícipe do médico que tinha de realizar o exame e se omitiu. A participação somente pode ocorrer mediante comportamento positivo do estagiário ao instigar ou induzir (participação moral) o médico a não realizar os exames. Se o estagiário se omite, não pode ser autor do ilícito, pois não tem o dever de agir. Pode, entretanto, instigar o médico a omitir-se e caso isto ocorra, comete o médico o crime na posição de autor (realiza a conduta principal) e o estagiário é seu partícipe (realiza conduta acessória). Caso o médico se omita contando com a aquiescência de seu estagiário, desde que não induzido ou instigado por este, somente responderá o médico, pois não pode haver participação por omissão em delito omissivo.

7 - Concurso de agentes e os crimes omissivos próprios culposos

A questão torna-se mais complexa ao analisarmos os delitos omissivos próprios na forma culposa. Nos crimes culposos, não se admite participação, uma vez que qualquer conduta que viole o dever de cautela é considerada principal, pertencendo à própria fase da execução, e, assim, qualquer um que aja descuidadamente é considerado autor.

Por outro lado, os crimes omissivos próprios dolosos não admitem, como acima disposto, co-autoria. Assim, conclui-se pela impossibilidade de haver co-autoria ou mesmo participação quando se tratar de crime omissivo próprio culposos.

8 - O artigo 232 e os problemas que suscita

8.1 - Quem pode ser sujeito ativo?

O artigo 232 do Estatuto ao dispor que é crime “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento” tem suscitado inúmeras dúvidas sob diversos prismas. O crime em questão é classificável entre os chamados próprios porque somente podem cometê-lo as pessoas que se acham numa especial relação de assistência para com o sujeito passivo. A doutrina leciona que tanto poderão ser autores deste delito os pais, responsáveis ou guardiães de fato como pessoas simplesmente incumbidas de cuidar temporariamente de crianças como babás e atendentes de creche. Indaga-se, *in casu*, qual o verdadeiro alcance dos vernáculos autoridade e vigilância. Vale a pena trazer à colação um recente caso de um adolescente portador de anomalia físico-psíquica que apareceu em um famoso programa de televisão, cujo apresentador o fez passar por inúmeros constrangimentos ao tecer irônicos comentários sobre sua doença. Indaga-se, então, se o apresentador pode cometer o delito *sub examen*, ou seja, exerce algum tipo de vigilância ou autoridade sobre o adolescente? A questão se complica ainda mais diante da impossibilidade de realização de interpretação ampliativa da responsabilidade penal o que viola frontalmente o Princípio da Reserva Legal.

A princípio, parece-nos que a solução prática para o problema deve ser analisada considerando-se as circunstâncias específicas de cada caso concreto, senão vejamos. Se em um programa de auditório em que as crianças são deixadas a sós com um apresentador e este, de qualquer forma, as submete a qualquer tipo de constrangimento ou vexame, cremos que a incidência da Norma Penal é indubitável, pois naquele momento, ainda que temporariamente, tinha a criança ou o adolescente sob sua vigilância. É que esta vinculação pode advir de um preceito legal, de contrato ou mesmo de certos fatos.

No mesmo exemplo, o genitor que leva o filho para participar de um programa, sabendo que o mesmo será exposto a vexame, certamente é partícipe do delito cometido pelo apresentador. Aliás, considerando-se a posição de garantidor do genitor para os efeitos do artigo 13, parágrafo 2o, letra “a” do Código Penal, basta que o mesmo, ainda que não tenha tido qualquer contribuição para a situação vexatória do menor, a presencie, **omitindo-se, nada fazendo para detê-la** para que seja partícipe **por omissão** do delito praticado pelo apresentador.

Se concluíssemos, no exemplo acima apresentado, que o apresentador não tem a criança ou o adolescente sob sua vigilância ou autoridade, resta-nos o crime de injúria, de ação penal privada, o qual deve ser proposto pela vítima, devidamente representada pelo seu representante legal.

Neste caso, se assim se entender, o genitor que leva o filho ao programa, colaborando para que o mesmo seja submetido a vexame ou constrangimento, em obediência ao Princípio da Acessoriedade Limitada, seria partícipe do crime de injúria.

Nesta hipótese, levando-se em conta o conflito de interesses entre o menor vítima e seu genitor, partícipe do delito de injúria, deve ser nomeado curador especial para defesa de seus interesses.

8.2 - *É possível sua prática por omissão?*

O delito previsto no artigo 232 é tipicamente de dano, produzindo uma situação de fato efetivamente danosa, lesiva sob o ponto de vista naturalístico. Trata-se, outrossim, de crime de ação livre, isto é, o meio executivo, ao contrário do delito de maus tratos (artigo 136 do Código Penal) não foi previamente traçado pelo legislador. A princípio, portanto, qualquer conduta que submeta a criança ou o adolescente a vexame ou constrangimento é típica para fins de configuração do ilícito. Diante desta afirmativa, indaga-se: É possível a sua prática na forma omissiva? Suponha-se o seguinte exemplo: Uma professora de escola primária presenteia todos os alunos da classe onde leciona com um bombom, deixando, todavia, de dá-lo a um aluno para deixar claro seu descontentamento com a direção da escola que permitiu sua matrícula a despeito da situação de seus pais que acabaram de se divorciar. Certo é que incorreu a mencionada professora no crime em questão.

9 - *O artigo 234 e os problemas que suscita*

Dispositivo que vem causando na prática inúmeros problemas é o 234 que dispõe "*Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão.*" Trata-se de crime omissivo próprio tal como os tipos dos artigos 228, 229 e 231 já comentados. Discute-se, todavia, o alcance da mencionada norma, principalmente do elemento normativo **sem justa causa** e seu reflexo na adequação típica da conduta praticada.

Inicialmente, insta verificar se a Lei pretende evitar a lesão (crime de dano) ou se almeja evitar apenas a probabilidade desta (crime de perigo). Inobstante não ser o evento naturalístico fator decisivo para se realizar a distinção entre crime de perigo e de dano, não se pode negar certa influência do resultado na determinação da mencionada classificação, embora existam outros fatores que devem ser considerados, tais como, o evento normativo, o grau de lesão ao bem jurídico bem como a lesão à norma. Analisando-se atentamente o tipo do artigo 234 do ECA, através dos fatores retromencionados, concluímos que se trata de delito de perigo.

No caso em tela, trata-se de crime de perigo abstrato, tendo se preocupado o legislador em coibir a simples probabilidade de dano, pois esta já foi avaliada antecipadamente pelo legislador. Presume-se o perigo *juris et de jure*. Desta forma, à semelhança do que ocorre com o artigo 16 da Lei Antitóxicos, basta que se comprove a conduta praticada pelo agente, **não** sendo necessário que se perquiria a real e concreta probabilidade de dano ou qualquer finalidade especial para que o delito

exista. Sucinto, basta a simples conduta de não ordenar a liberação imediata da criança ou do adolescente, desde que sem justa causa, para que o crime se configure.

Suponhamos que um Magistrado verifica que determinado jovem que se encontra preso na Delegacia local não é maior de 18 anos, constatação esta feita através da certidão de nascimento, cuja veracidade é incontestável. Neste caso, o Magistrado **deve** determinar sua imediata liberação sob pena de incorrer no delito previsto no artigo 234 do ECA. No mesmo exemplo, se a Autoridade Policial, quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, toma conhecimento, através da certidão de nascimento, que o indiciado não é maior, **deve** tomar as providências pertinentes, vale dizer, encaminhá-lo imediatamente à DPCA, não podendo, entretanto, mantê-lo nas dependências carcerárias sob pena de incidência do delito em foco. Em ambos os casos, não há que se perquirir o real propósito das mencionadas Autoridades ou se a situação colocou em risco o adolescente apreendido. Destarte, caso se verifique que a Autoridade Judiciária ou Policial desejou punir o adolescente (dolo de dano), tem-se aí, em obediência ao Princípio da Consunção, crime de prevaricação (crime de dano) previsto no artigo 319 do Diploma Penal.

Nesta linha de raciocínio, suponhamos que determinado Magistrado, prestando auxílio a uma Vara Criminal, verifica, comprovadamente, que o indiciado não é maior de 18 anos. Ao invés de liberá-lo, limita-se a remeter o processo ao Juiz titular, uma vez que se trata de processo ímpar e ficou acordado verbalmente entre ambos, que somente lhe caberiam os feitos pares. Torna-se evidente que também incide, neste caso, a mesma regra acima explicitada, tendo praticado o Magistrado, *in casu*, o delito em questão. Não há que se falar em justa causa no exemplo em exame, pois resta claro que não desejaria a Lei dar tamanha elasticidade a este elemento normativo em detrimento da liberdade do adolescente. Assim, em que pesem críticas ao posicionamento ora apresentado fundadas com justas razões na impossibilidade de responsabilização objetiva na seara atinente ao Direito Penal, o tipo penal, nos moldes em que foi construído, não deixa margem a alternativa diversa.

Trata-se de crime eminentemente subsidiário, somente devendo ser reconhecido quando o fato não constitui crime mais grave (subsidiariedade implícita).

(*) Christiane Monnerat Zefiro é Promotor de Justiça Titular da 1ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Nova Iguaçu.
