

A IMPUTABILIDADE PENAL DA CRIANÇA NO DIREITO MOÇAMBICANO

Elysa Vieira

Professora, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

A nossa intervenção nesta Conferência tem por objecto a problemática da imputabilidade penal da criança¹ no direito moçambicano. Na iminência da aprovação do Projecto de Revisão do Código Penal (CP), reacendeu-se, em Moçambique, uma discussão que não é nova noutros quadrantes: discute-se, entre outras coisas, qual a idade a partir da qual a criança deve ser responsável pela prática de um facto que seja qualificado como crime.

Certos juristas e organizações moçambicanas de defesa dos direitos humanos defendem a alteração do *satus quo* propondo a elevação da maioridade penal dos dezasseis para os dezoito anos, de modo a que a criança nunca seja sujeita às reacções próprias do sistema penal mas apenas a intervenções de protecção, assistência e educação.

Mesmo na ausência de um estudo acerca do índice da criminalidade infanto-juvenil em Moçambique, a intensidade da discussão não diminui de tom adoptando-se posicionamentos bem definidos a respeito e que consistem, na essência, na discussão acerca dos modelos de intervenção a aplicar às crianças

1 Considera-se criança toda a pessoa menor de 18 anos de idade (artigo 1 da Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pela Resolução n.º 19/90, de 23 de Outubro, e artigo 2 da Carta Africana dos Direitos e Bem-estar da Criança, ratificada pela Resolução n.º 20/98, de 26 de Maio). Criança é o ser humano ainda em formação. Os conceitos de criança e menor são diversos mas não excludentes. A criança pode ou não ser menor e vice versa. Assim, o menor, para efeitos penais, é criança mas o menor, para efeitos civis não é necessariamente criança.

em conflito com a lei²: “modelo de protecção”, “modelo de justiça” ou “modelo de educação para a responsabilidade”³.

Os que contestam o chamado excessivo protecționismo que é dispensado às crianças colocam o enfoque na posição da criança como delinvente (agente agressor) argumentando que faz falta mais defesa da sociedade em vez de tantas contemplanções no pressuposto da (re) inserção social do menor delinvente. Os outros colocam o enfoque na posição da criança como vítima do sistema sendo a situação do menor delinvente equiparável à do menor em risco e, portanto carente de protecção. A posição intermédia distingue entre as duas categorias de menores mas coloca o enfoque na necessidade simultânea de responsabilizar e educar o menor⁴.

Sendo este o pano de fundo para a nossa apresentação, trataremos para discussão a questão da total desarmonia entre o quadro legal e a realidade. A existência de um quadro legal aparentemente conforme com a Constituição (artigo 121.º) e com as normas e princípios do direito internacional convencional a que o Estado moçambicano está vinculado não é suficiente para solucionar os problemas práticos, os quais estão na base da proposta da elevação do limite mínimo da imputabilidade penal.

I. O limite da menoridade penal

Os preceitos jurídicos dirigem-se à consciência e vontade dos indivíduos. Ao impor ou proibir certo comportamento sob a ameaça da aplicação de uma sanção, a norma jurídico-penal apela à inteligência⁵ e à vontade livre de cada indivíduo. Logo, da inteligência (poder de discernimento) e da liberdade⁶ (poder de autodeterminação) resulta para o homem a sua imputabilidade. Esta é entendida como a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente “a capacidade de suportar um juízo de culpa jurídico-penal e cujo sentido político-

2 O estado de “conflito com a lei” representa a não conformidade entre o comportamento da criança com as normas, formal ou informalmente, institucionalizadas na sociedade. Neste sentido, MONDLANE, Carlos Pedro. *Lei de promoção e protecção dos direitos da criança, Anotada e comentada*, MJ/CFJJ, Maputo, 2011, p. 280.

3 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2 edição, 2011, pp. 597-598.

4 Idem. 598.

5 Aptidão para o conhecimento intelectual de determinados fins, para a apreensão dos meios adequados à sua realização e para discernir o significado benéfico ou maléfico das suas acções. É a capacidade de entender e de querer um determinado resultado.

6 Existe liberdade da vontade quando o agente possa, independentemente de qualquer constrangimento físico, realizar ou evitar um determinado acto qualificado como infracção pela lei penal.

criminal é eminentemente punitivo e preventivo”⁷.

A imputabilidade traduz a qualidade do sujeito com capacidade de entender e avaliar o carácter ilícito ou desvalioso do facto e de se determinar de harmonia com esse entendimento ou avaliação. É, pois, a “*possibilidade de se [l]he atribuir (...) a autoria de certo facto ilícito e a responsabilidade daí decorrente*”⁸.

Sobre o Estado moçambicano recai o dever de, no âmbito da adopção de políticas penais, estabelecer uma idade mínima de imputabilidade penal⁹. Partindo da verdade insofismável de que o processo de desenvolvimento das faculdades mentais assim como da personalidade é gradual, lento e progressivo, presume-se que é aos dezasseis anos que inicia a imputabilidade e a responsabilidade penal.

Desta feita, enquanto os indivíduos não alcançarem a maturidade psíquica são considerados menores não acarretando, os seus actos ilícitos, a responsabilidade que originariam se o seu desenvolvimento psíquico fosse pleno ou completo¹⁰. O fundamento para este estado de coisas é o maior ou menor grau de maturidade, como condição de apreciação da personalidade e da atitude em que ela se exprime¹¹. Este fundamento assenta em estudos empíricos acerca das tendências psíquicas e comportamentais, cognitivas e físicas, que são características de cada idade.

Porém, o consenso em torno do entendimento de que a falta de maturidade psíquica e espiritual constitui causa de inimputabilidade já não existe a respeito de qual a idade que se configura como o “índice formal de imputabilidade”.

A evolução das faculdades mentais não opera uniformemente em todos os indivíduos. Como comprovar que todos os menores de 16 anos são realmente inimputáveis¹², não obstante serem assim considerados pela lei? Como comprovar que todos os maiores de 16 anos são realmente imputáveis? A dificuldade de fixar um limite preciso, a partir do qual a pessoa é tida como maior para efeitos de responsabilidade criminal, conduziu a que tal limite variasse através dos tempos,

7 RODRIGUES, Anabela Miranda. “Direito das crianças e jovens delinquentes”, texto apresentado na Conferência Internacional sobre “As reformas jurídicas de Macau no contexto global” nos dias 16 e 17 de Dezembro de 2008, p. 3.

8 EIRAS, Henriques e Guilhermina Fortes. *Dicionário de Direito penal e Processo Penal*. Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2005, p. 237.

9 Vide alínea a) do número 3 do artigo 40.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) e no número 4 do artigo 17 da Carta Africana dos Direitos e Bem-estar da Criança (CADC).

10 SILVEIRA, José dos Santos. *Da imputabilidade penal no direito português*. Coimbra Editora Limitada, 1960, p. 78.

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. ob. cit., p. 594.

12 SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*. Editorial Verbo, 2005, p. 169.

de legislação para legislação, de país para país.

No ordenamento jurídico moçambicano tal limite foi sendo sucessivamente aumentado. O Código Penal de 1852 fixou, em sete anos, a idade dentro do qual não podia, o agente de qualquer facto punível, ser considerado como criminoso (artigo 23.º). O Código Penal de 1886 considerou como absolutamente inimputáveis os menores de dez anos e relativamente inimputáveis “os menores que, tendo mais de dez anos e menos de catorze, tiverem procedido sem discernimento” (número 1 dos artigos 42.º e 43.º)¹³. Com a Lei de Protecção da Infância de 27 de Maio de 1911 elevou-se a idade da imputabilidade penal dos 14 para os 16 anos e, a partir desta data, o limiar dos 16 anos não sofreu mais qualquer alteração¹⁴. Mas, só com a entrada em vigor do Estatuto da Assistência Jurisdicional de Menores aprovado pelo Decreto n.º 417/71, de 29 de Setembro (EAJM) é que o número 1 dos artigos 42.º e 43.º do CP foram expressamente revogados.

É, pois, um princípio da humanidade, que norteia a ideia unânime de criação de uma “barreira etária intransponível à intervenção penal”¹⁵, ainda que não haja nem consenso e muito menos unanimidade acerca desse limite.

A respeito deste limite, diz-se que a lei revela uma relativa incoerência julgando o homem apto, para efeitos criminais, aos 16 anos e para os civis só aos 21 anos. Há necessidade – dizem – de nivelar a maioridade penal, se não com a maioridade civil, então com a maioridade política, fixadas aos 21 anos¹⁶ e 18 anos¹⁷, respectivamente.

Estas vozes, favoráveis à elevação da idade da imputabilidade penal para os 18 anos, sustentam-se nas mesmas razões pelas quais o sistema penal é geralmente criticado nomeadamente, a estigmatização dos indivíduos que são submetidos ao rito do processo penal e/ou que são condenados no cumprimento da pena de prisão. A isto acresce a falta de idoneidade da pena (de prisão) para

13 Dentro desse período era “admissível, em atenção à idade, a prova de que o agente do facto punível procedeu sem discernimento”.

14 A elevação do limite da imputabilidade para 16 anos eliminou a fase intermédia no decurso do crescimento físico e intelectual no qual, por lei, seja admissível, a averiguação, em concreto, do discernimento suficiente em relação ao agente ou ao facto. Hoje não há lugar à colocação do problema concreto da imputação mas tão-somente à distinção entre plena imputabilidade e imputabilidade diminuída, esta última como circunstância atenuante modificativa.

15 DIAS. Jorge de Figueiredo. ob. cit., 595.

16 Limite etário a partir do qual o menor pode estar habilitado para a prática de actos civis que digam respeito à sua pessoa ou propriedade. Ressalvadas algumas excepções, os menores de 21 anos carecem de capacidade genérica mas não absoluta de exercício de direitos (artigos 122, 123.º e 127.º do Código Civil).

17 Cf. Artigos 10 e 153 da Lei n. 7/2007, de 26 de Fevereiro, a respeito da capacidade eleitoral activa e passiva (poder de ser eleito deputado com 18 anos).

a realização do fim de ressocialização e da sua apetência em sentido oposto, ou seja para a dessocialização.

O que há de particular em relação às crianças é a circunstância de os conhecidos efeitos criminógenos das prisões se produzirem de forma mais vincada numa personalidade ainda em formação. Os riscos inerentes ao encarceramento encontram, no espírito vulnerável das crianças, terreno mais fértil para florescer com todos os prejuízos que daí advêm para a personalidade e para o futuro das mesmas. Adianta-se ainda outra razão de ordem prática: a necessidade de evitar as dificuldades inerentes à aplicação simultânea de medidas tutelares e de penas¹⁸ quando o menor, em cumprimento de medida tutelar, atinja a maioridade penal e nessa condição, infrinja uma norma penal. Finalmente, as razões que se prendem com a necessidade de “compreensão da pena pelo agente e, conseqüentemente, de poder ser por ela influenciado no sentido da sua socialização”¹⁹ dirigem-se mais à importância da identificação de uma idade mínima para o início da intervenção educativa, aspecto no qual a legislação moçambicana é omissa²⁰.

Pensamos, porém, que este “pluralismo das menoridades” não é desprovido de fundamento lógico. Ele está dependente da maturidade humana que é exigida atendendo à diversa natureza do direito civil e direito penal.

Assim, a exigência de plena maturidade psíquica para a celebração de negócios jurídicos e administração de bens²¹ advém do facto de que estes resultam das convenções dos homens e ainda do facto de nem todas as circunstâncias das quais as mesmas dependem serem previsíveis ou facilmente perceptíveis. A capacidade para a prática de negócios jurídicos exige maior perspicácia quanto às suas conseqüências jurídicas nomeadamente, quanto à antecipação dos possíveis prejuízos e da possível má-fé do outro contraente. Em contrapartida, a consciência do bem e do mal, do lícito e do ilícito é adquirida num estágio mais precoce porque o mal e o ilícito são reprovados pela consciência do homem mesmo antes de o serem pelo legislador²².

Estamos cientes de que este não é um argumento infalível, principalmente porque o chamado direito penal secundário é composto por um número

18 Neste sentido Duarte-Fonseca, “Interactividade entre penas e medidas tutelares – Contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”, RPCC11, 2001, p. 272 e ss *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, 2 edição, 2011, p. 600, nota 90.

19 DIAS. Jorge de Figueiredo. ob. cit., p. 596.

20 No ordenamento jurídico português e cabo-verdiano esta intervenção inicia aos 12 anos de idade.

21 Com ressalva do disposto nas alíneas a) e b) do número 1 do artigo 127.º Código Civil.

22 SILVEIRA, José dos Santos. ob. cit., p. 79.

significativo de infracções axiologicamente neutras. Porém, é nossa percepção que o aumento da menoridade penal, além de não encontrar reflexo significativo no sentimento da comunidade moçambicana em geral e da comunidade jurídica, em particular, vai embocar na conhecida tendência para adopção de medidas que atacam os efeitos do problema e não as suas causas.

Ou seja, ao invés de se combater a apatia do Estado em adoptar medidas apropriadas para a prevenção e tratamento da delinquência infanto-juvenil, opta-se por uma solução que, em termos imediatos, minimiza os efeitos nefastos da inércia do Estado mas nada contribui para a eliminação de tal inércia.

II. Transição do regime de protecção para o regime repressivo

2.1. Menores inimputáveis

Sendo a imputabilidade penal fixada em 16 anos de idade (artigo 109 do Código Penal²³ e número 1 do artigo 24.º da Lei da Organização Tutelar de Menores – LOTM²⁴), aos menores de 16 anos aplica-se uma circunstância dirimente da responsabilidade criminal, a inimputabilidade absoluta (número 1 do artigo 41 do Código Penal) em razão da idade.

Nos termos do artigo 83.º da Lei de Promoção e Protecção dos Direitos da Criança – LPPC²⁵, “*A criança com menos de 16 anos de idade não pode ser sujeita a medidas de privação de liberdade, apenas se lhe podendo aplicar as medidas tutelares previstas por lei*”. Daqui se depreende que é a incapacidade dos menores para se sujeitarem à pena criminal que determinou a sua incapacidade para a imputação do facto punível.

Assim, mesmo quando pratiquem factos que integrem, na sua objectividade, um ilícito criminal, apenas lhes poderão ser aplicadas medidas tutelares de protecção, assistência ou educação previstas em legislação especial, em particular na LOTM e na LPPC, e estão sempre sujeitos à jurisdição dos tribunais de menores.

Excepcionalmente, as medidas tutelares de protecção, assistência ou educação são aplicáveis aos menores que, tendo mais de 16 anos, se mostrem inadaptados à disciplina da família, social, do trabalho ou do estabelecimento de educação ou assistência em que se encontrem internados (artigo 24.º LOTM). A competência do tribunal de menores é extensiva ao conhecimento das infracções praticadas pelos menores com mais de 16 anos e menos de 18 anos durante a execução da medida, no intuito de proceder à revisão da medida, sempre que

23 Redacção do DL n.º 39 688, de 5 de Junho de 1954.

24 Lei n.º 8/2008, de 15 de Julho: revogou o Estatuto da Assistência Jurisdicional de Menores aprovado pelo Decreto n.º 417/71, de 29 de Setembro.

25 Lei n.º 7/2008, de 9 de Julho.

a personalidade do menor e as circunstâncias pouco graves do facto assim o aconselharem (artigo 25.º LOTM). Cessa a competência do tribunal de menores para o conhecimento das situações referidas quando o processo der entrada naquele órgão jurisdicional depois de o menor atingir 21 anos de idade, caso em que o processo será arquivado (artigo 26.º LOTM).

Questão que urge esclarecer é a que respeita à circunstância de, muito embora antes de atingido um tal estágio de evolução pessoal (16 anos), exista já um ser livre que torna a pessoa substancialmente responsável, o Direito não se basta com o mero conhecer e com a simples vontade do agente. Isto porque as crianças agem, na maioria das vezes, por irreverência assumindo riscos ou comportamentos desafiadores na procura da afirmação pessoal ou da integração num grupo seguindo cegamente os respectivos membros. Elas não têm a frieza, a maturidade ou a voluntariedade que caracteriza a actuação de um adulto, ou seja, não têm o pleno controlo das suas emoções.

Assim sendo, quando as infracções cometidas pelas crianças sejam explicadas no contexto do processo de desenvolvimento da sua personalidade, fica impossível ao julgador, apreender “*as conexões de sentido objectivo que derivam da atitude da pessoa do agente e se exprimem no facto*”²⁶. Logo, pelo facto de se admitir que um menor de 16 anos possa ter, em concreto, capacidade de avaliar a ilicitude da sua conduta, não significa que tal comportamento lhe deva ser pessoalmente censurado a título de culpa jurídico-penal. Esta solução é uma clara manifestação do princípio da *mínima intervenção* do Estado em matéria criminal na censura de condutas praticadas por agentes que ainda se encontra em processo de formação da sua personalidade. E a ter que haver qualquer intervenção, a mesma deve ser “primacialmente ordenada ao interesse do menor”.

A LOTM fixa um quadro legal que garante a assistência dos menores no domínio da prevenção criminal, mediante a aplicação de medidas tutelares de protecção, assistência ou educação aos menores que:

1. Mostrem dificuldades sérias de adaptação a uma vida social normal, pela sua situação, pelo seu comportamento ou pelas tendências que hajam revelado;
2. Adoptem conduta anti-social, de marginalidade ou de entrega à libertinagem (situações de para-delinquência);
3. Se encontrem em grave situação de risco (por ex. desamparo familiar, doença, maus tratos, trabalho forçado);
4. Sejam agentes de algum facto descrito na lei penal como crime ou contração.

Julgamos que três breves considerações se justificam:

26 DIAS. Jorge de Figueiredo. ob. cit., p. 595.

A primeira respeita à circunstância de o legislador dar o mesmo tratamento jurídico a questões distintas. Assim, as situações descritas nas alíneas a) a c) referem-se aos casos de crianças/menores em risco justificando-se a intervenção do Estado sempre que o poder de autodeterminação da criança esteja seriamente ameaçado. Nestes casos justificam-se as medidas de protecção e de assistência, tal como resulta do artigo 121.º da Constituição. Situação distinta é a da alínea d). Quando o menor é agente de um facto qualificado como crime ou contravenção, a medida de protecção não é dirigida a este mas sim ao bem jurídico violado com a sua conduta. Ao menor devem ser aplicadas, neste caso, medidas de correcção ou de educação inculcando-lhe um sentimento do dever ser jurídico. Este tratamento indiscriminado aproxima a legislação de um modelo de protecção.

A segunda respeita ao facto de a previsão e a disciplina das medidas tutelares de prevenção (artigos 27.º ss LOTM)²⁷ serem desprovidas de exequibilidade e eficácia. Por um lado, a lei atribui a liberdade ao Tribunal de Menores para escolher a medida que se mostrar mais adequada a cada caso. Para tanto, o juiz deve tomar em consideração:

- a) O grau de censura social atribuída à conduta;
- b) O interesse da sua ressocialização;
- c) A exequibilidade prática das medidas;
- d) As possibilidades reais das instituições; e
- e) As demais circunstâncias concretas que interessem à eficácia da medida decretada (artigo 28.º, número 1 da LOTM).

Por outro lado, temos a quase total ausência de uma estrutura de base adequada na medida em que faltam recursos humanos, materiais e financeiros para atender às exigências legais de tratamento de menores que infringem a lei.

Bastante esclarecedora desta realidade é o excerto do Relatório da Save the Children Norway que passamos a transcrever: “... *não se mostra praticável a adopção de medidas como a recolha a centro de observação em regime de*

27 a) Repreensão registada; Entrega à responsabilidade dos pais, tutor, família de acolhimento ou pessoa encarregada pela sua guarda;

- b) Caução de boa conduta;
- c) Liberdade assistida;
- d) Proibição de frequentar determinados recintos ou locais por período certo de tempo ou de acompanhar com certo tipo de pessoas;
- e) Assistência médico-psicologia;
- f) Colocação em família idónea ou em estabelecimento oficial de educação, em regime de semi-internato;
- g) Colocação, em regime de internato, em escola de artes e ofícios;
- h) Prestação de serviço à comunidade por período não superior a noventa dias;
- i) Internamento em estabelecimento de recuperação juvenil;
- j) Obrigação de reparar o dano.

semi-internato, a assistência de instituto médico-psicológico, ou o internamento em instituto educacional, por não terem sido criados formalmente, no país, estabelecimentos deste tipo ...”²⁸. Ressalva-se o caso do Centro Chiango criado logo após a independência e outros centros que o Governo instalou em cada província, entre 1978 e 1984 mas que não sobreviveram ao alastramento da guerra civil. Segundo o referido Relatório, estes centros não poderiam contribuir devidamente para a recuperação de menores delinquentes por causa da “sua estrutura organizativa e de direcção (...) demasiado política e militar, hostilizando as crianças que neles eram internadas”²⁹.

Assim, não obstante a consagração de instituições estatais para a aplicação de medidas tutelares aos inimputáveis, não obstante a consagrações de estabelecimentos de acolhimento destes menores, não obstante a criação dos tribunais de menores, entre outros factores, a verdade é que estes meios e recursos são inexistentes ou escassos³⁰. O Estado não proporciona à criança os direitos e as garantias que a lei lhe confere³¹. Tais disposições da lei são normas programáticas que ainda não obtiveram concretização da parte do Estado e dificultam a tarefa dos aplicadores da lei na hora da escolha das medidas³².

Na prática, as medidas que são aplicadas com carácter de quase exclusividade são as de repreensão registada e a entrega à responsabilidade dos pais, tutor, família de acolhimento ou pessoa encarregada pela sua guarda. Também aqui, na ausência das chamadas famílias de acolhimento as crianças são deixadas aos cuidados de outros membros da família. Mas este é um mal menor nas sociedades africanas em que a família é um núcleo consideravelmente alargado pelo que consegue-se, em regra, integrar a criança num lar. No que respeita à medida de prestação de serviço à comunidade, um estudo recentemente concluído e ainda não divulgado do Ministério da Justiça revela que as comunidades nas quais o menor pertence não são receptivas a que o mesmo preste tais serviços aí. Em contrapartida, entende-se não ser seguro que a criança preste tais serviços

28 Save the Children Norway, Maputo, 2003, p. 65 *apud*, MONDLANE, Carlos Pedro. ob. cit., p. 285.

29 *Ibidem*.

30 Em boa verdade, só existe um Tribunal de menores em funcionamento na Cidade de Maputo sendo as suas funções desempenhadas, nas demais províncias, pelos tribunais comuns.

31 No sentido de que é a lei que, em virtude da sua inefectividade, está em conflito com a situação da criança, vide Sérgio Baleira, *et al.* Relatório de Pesquisa: *A Criança em Conflito com a Lei*, Save the Children Norway, Maputo, 2003, pp. 29-30 *apud*, MONDLANE, Carlos Pedro. *Lei de promoção e protecção dos direitos da criança, Anotada e comentada*, MJ/CFJJ, Maputo, 2011, p. 284.

32 MONDLANE, Carlos Pedro. ob. cit., p. 284.

nas comunidades de origem da vítima. Assim sendo, o serviço é prestado em instituições públicas como hospitais e escolas para evitar estes constrangimentos.

Finalmente, a respeito dos pressupostos para a intervenção educativa em caso da prática de crime pelo menor, não existe uma indicação clara de quais sejam tais pressupostos. Porém, a prova da prática do facto qualificado como crime é incontornável. E, neste particular, aproximamo-nos de um modelo de justiça uma vez que, ao que tudo indica, a prática do facto ilícito legitima, por si só, a actuação do sistema³³. Parece-nos que, deve adoptar-se um pressuposto similar ao do direito português, o qual exige a prova da necessidade de educação da criança para o direito. Sem esta concreta necessidade – subsistente no momento da sua aplicação (“actualização” da resposta educativa³⁴) – de correcção da personalidade do menor no sentido do respeito dos princípios essenciais conformadores do dever ser jurídico-penal³⁵, não pode ter lugar a intervenção educativa ainda que tenha havido a prática do facto. A lei exige que o juiz tome em consideração o grau de censura social atribuída à conduta e o interesse na socialização da criança ou jovem, realidades que confirmam a adopção de um modelo de educação para a responsabilidade jurídico-penal (“educação para o direito”) ainda que moderado.

2.2. Menores imputáveis

As crianças e jovens penalmente imputáveis são as que integram a faixa etária dos 16 aos 21 anos de idade. Diz-se que estas crianças e jovens estão em conflito com a lei quando a sua conduta coincide com a descrição formal de uma norma incriminadora.

Por tudo o que deixámos explanado a respeito do regime tutelar de menores, a probabilidade é que estas crianças não tenham sido, antes dos 16 anos, sujeitas a quaisquer medidas de educação para o direito. A probabilidade é que, até aos 16 anos reincidiram, sistematicamente, na prática de certos delitos, instrumentalizadas ou não por adultos. O certo é que as mesmas crianças, cientes de que, com menos de 16 anos não podem sofrer sanção privativa da liberdade, optaram, conscientemente, por nunca se fazer acompanhar por qualquer documento de identificação declarando sempre a idade de 15 anos perante a autoridade³⁶.

Estas crianças que conheceram um significado distorcido do seu estatuto de inimputável vêm-se agora, com 16 anos, na iminência de ter que responder,

33 Porém, há possibilidade de o tribunal sustar a aplicação de medida tutelar “quando a idade, a personalidade, o comportamento, a situação e os interesses relativos à educação daquele” assim o aconselhem (artigo 29.º e 40.º da LOTM).

34 RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit., p. 2.

35 DIAS. Jorge de Figueiredo. ob. cit., p. 599.

36 Idem, p. 285.

pela primeira vez, pelos seus delitos. A percepção de “impunidade” é substituída pela dura realidade do sistema penal. E a dureza desta realidade é tanto maior quanto menos eficazes tiverem sido as medidas de prevenção criminal a que as mesmas foram, anteriormente, sujeitas.

Quanto ao regime jurídico aplicável aos menores imputáveis (dos 16 e os 21 anos), há que distinguir o regime do Código Penal e de legislação especial.

Aos imputáveis que ainda sejam crianças ou jovens, o Código Penal reserva um tratamento diferenciado traduzido na aplicação de um regime de responsabilidade especialmente atenuada. Embora se considere que a partir dos 16 anos o agente passa a ser imputável, o seu tratamento penal não é ainda idêntico ao de um adulto plenamente formado dando a ideia de que a imputabilidade “cresce” ao passo da maturação do indivíduo, até o jovem atingir 21 anos.

Porém, sendo certo que o necessário discernimento se alcança paulatinamente no decurso da infância e da adolescência, pareceria ser mais conforme com a realidade admitir um período de adolescência durante o qual a imputação do facto dependeria da verificação, em concreto, do necessário discernimento, no momento de cometer o facto punível³⁷. Ou seja, nem se deveria afirmar a obtenção instantânea desse discernimento aos 16 anos, nem a atenuação especial da pena de prisão em relação aos jovens adultos deve resultar, *automaticamente*, de uma presunção de que, dada a sua juventude, o agente tem um menor poder de agir de outra maneira. Uma menor censurabilidade determinada por uma menor maturidade.

Mas, no direito vigente, a *atenuação automática da pena* funda-se numa ideia de imputabilidade diminuída (ou de semi-imputabilidade)³⁸⁻³⁹. Para estes indivíduos a lei estabelece um limite máximo de punição⁴⁰ e indica o princípio da proporcionalidade como o critério ou modo de atenuação da responsabilidade.

Somos, no entanto, do parecer de que são o menor grau de ilicitude do facto e da culpa do agente que deverão determinar a atenuação especial da pena desde

37 FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português, Parte Geral I*, Verbo, 1981, pág. 429 esclarecendo que esta solução já teve sustentação no CP de 1852 (art. 23.º, número 3) e no actual CP 1886 no n.º 1 do art. 43.º, actualmente revogado.

38 CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, vol. II, reimpressão de 2007, pp. 263-265.

39 No sentido de que aos 16 anos se adquire a imputabilidade plena e de que a consagração de um regime específico para jovens adultos ao nível das consequências jurídicas do crime constitui apenas uma opção de política criminal que toma em consideração as especiais necessidades de ressocialização do jovem delincente, vide DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, p. 600.

40 Nestes termos, o art. 107.º CP estabelece a pena de 2-8 anos como pena máxima a aplicar ao agente que não tiver completado 18 anos. E o art. 108.º estabelece a pena de 12 a 16 anos como pena máxima a aplicar ao agente que não tiver completado 21 anos. A menoridade (civil) constitui uma circunstância atenuante modificativa.

que as exigências de prevenção (geral ou especial) a isso não se oponham e desde que o tribunal tenha fundados motivos para crer que, da atenuação, resultarão vantagens para a reintegração social do agente⁴¹.

Nos termos da LPPDC, “*À criança maior de 16 anos e menor de 18 anos que cometa crime de pequena gravidade deve aplicar-se, sempre que possível, medida alternativa à de prisão*” (artigo 84.º).

Tomando em linha de conta o conceito material de pena como a pena necessária, então as penas devem ser aplicadas e executadas primeiramente com um sentido pedagógico e ressocializador garantindo, em complemento, que a sociedade continue a confiar na eficácia da norma jurídica. O objectivo é que, através da pena, se fortaleça a consciência jurídica da comunidade e o respeito pelos valores sociais protegidos pelas normas. Essa pena não tem de ser necessariamente a pena privativa da liberdade mas sim uma pena de substituição (designada medida alternativa).

É actualmente consensual que a capacidade de resposta eficiente de um sistema sancionatório criminal não se mede mais pela severidade das suas penas e que a eficácia da justiça e a sua capacidade de prevenção dependem muito mais do leque de penas de substituição do que das penas de prisão. Entende-se assim porquê qualquer das formas de substituição da pena de prisão continua a representar um mal, um sofrimento para o agente, na medida em que comporta sempre restrições à sua total autonomia e liberdade pela imposição de condições muito severas⁴². Constituindo uma resposta menos vigorosa à prática de um crime, não deixam de ser uma resposta adequada e não deixam de ser *verdadeiras penas* porquanto são dotadas de um “conteúdo autónomo de censura”, não se resumindo a “meros institutos especiais de execução da pena de prisão” ou a “medidas de pura terapêutica social” e de “clemência legislativa”⁴³.

As penas de substituição da pena de prisão pressupõem a determinação

41 FONSECA, Jorge. O “programa constitucional” cabo-verdiano para a infância e a juventude e as grandes orientações em sede de medidas tutelares educativas, protecção penal de menores e direito penal de jovens delinquentes, texto apresentado na Conferência Internacional sobre “As reformas jurídicas de Macau no contexto global” nos dias 16 e 17 de Dezembro de 2008, p. 16.

42 RODRIGUES, Anabela Miranda. “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, in *O Direito Penal em acção numa sociedade em evolução*, XXXVII Curso Internacional de Criminologia, CEJ, Sociedade Internacional de Criminologia, Lisboa, 1989, pág. 116 e 117. LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Manual de Formação de Direito Penal de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2005, pp. 234-235. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, vol. II, reimpressão de 2007, pp. 423-426.

43 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, § 79.

prévia da medida da pena de prisão⁴⁴. Assim, perante uma pena de prisão concretamente *aplicada*, o juiz decide sobre a aplicação de uma pena de substituição, a qual é executada em vez daquela. Enquadram-se nesta categoria a pena de multa (art. 86.º e n.º 4 do art. 94.º CP) e a de suspensão da execução da pena de prisão (arts. 88.º e 89.º CP), muito embora não exista consenso doutrinário quanto à natureza jurídica deste instituto.

Ao delincente primário condenado em prisão pode ser suspensa, durante um certo lapso de tempo, a execução da pena. A pena de prisão efectivamente pronunciada pelo tribunal não chega a ser cumprida. O juiz, tendo “ponderado o grau de culpabilidade e comportamento moral do delincente e as circunstâncias da infracção” conclui, por um lado, que a suspensão da execução satisfará as necessidades de reprovação e de prevenção do crime e, por um lado, que afastará o delincente primário da criminalidade. Entende-se que a simples ameaça de pena, acrescida da possibilidade de imposição de certas obrigações ao réu, nunca poderão constituir obrigações humilhantes ou vexatórias, impossíveis ou de difícil cumprimento para o condenado⁴⁵, será suficiente para o afastar da criminalidade. O tribunal pode ainda impôr ao condenado determinadas *regras de conduta* destinadas a propiciar a reintegração do agente na sociedade, como sejam as de não frequentar certos meios ou lugares; entre outros (§ 2.º do art. 88.º e art. 121.º C.P.).

A prestação de trabalho comunitário corresponde à prestação gratuita de um serviço a favor do Estado ou de outras entidades, públicas ou privadas, com interesse para a comunidade. A sua principal vantagem é a de permitir a criação de uma maior apatia do público, em geral, para o fenómeno da delinquência, desfazendo velhos preconceitos e colaborando activamente nas tarefas de reinserção social do delincente. A medida revela-se eficaz quando tem boa aceitação pelo público, devidamente informado de que tal serviço é realizado no âmbito do cumprimento de uma pena. Também “o condenado passa a partilhar da execução de tarefas construtivas, orientadas a favor da colectividade, confrontando-se com o resultado directo do seu próprio trabalho, com todos os efeitos saudáveis que resultam da consciência de ser autor de acções visivelmente positivas.”⁴⁶

Porém, a implementação desta medida implica a existência de uma consistente estrutura de suporte. Neste particular, o Serviço Nacional de Prisões (SNAPRI) teria um relevante papel na colaboração com o tribunal na escolha da

44 ANTUNES, Maria João. *Consequências Jurídicas do Crime*, Lições policopiadas, Coimbra, 2007-2008, pp. 16-17.

45 LEAL-HENRIQUES, Manuel. ob. cit., p. 241.

46 RODRIGUES, Anabela Miranda. “As sanções...”, p. 132.

entidade na qual o trabalho seria prestado e respectivo horário, na preparação da execução da medida e no respectivo controlo através da selecção, preparação e retribuição de funcionários afectos à supervisão dos condenados. E todas estas formas de colaboração devem ser objecto de regulamentação legal.

Com este dispositivo, o legislador concede aos magistrados judiciais um critério claro para, na escolha da pena, dar preferência (fundamentada), de entre as sanções aplicáveis, à pena não detentiva quando seja adequada e suficiente para assegurar as finalidades da punição (“sempre que possível”). Resta apenas que os magistrados judiciais tomem a consciente decisão de aderir à aplicação destas penas encarando-as como verdadeiras penas e não como medidas de perdão ou de abrandamento da pena, fazendo uso dos meios legais já disponíveis como forma de obstar aos efeitos criminógenos da prisão e de salvaguardar o princípio constitucional da necessidade da pena.

O Projecto de Revisão do Código Penal prevê as chamadas penas alternativas à prisão, de entre as quais se incluem: a prestação de trabalho socialmente útil; a prestação pecuniária ou em espécie; a perda de bens ou valores; a multa e a interdição temporária de direitos. Sem embargo da referência, no artigo 84.º da LPPDC, à expressão “medidas alternativas”⁴⁷, tudo indica que o legislador pretende referir-se às “penas alternativas” na medida em que estas penas substituem-se à pena de prisão obstando à sua efectivação (número 3 do art. 116 Projecto). Verificados os pressupostos gerais da sua aplicação, estas penas são de aplicação obrigatória a infracções dolosas puníveis com prisão entre 2 e 8 anos (número 2 do artigo 117.º Projecto). O pressuposto de execução das chamadas penas alternativas é a *suspensão da execução da pena* de prisão pronunciada na sentença condenatória (artigo 120 Projecto) ou a *suspensão da pronúncia da pena* (regime de prova – artigo 127.º Projecto).

Conclusão

É indispensável estipular-se um limite de idade “intransponível à intervenção penal”. A questão referente à imputabilidade penal da criança pressupõe a discussão da sujeição da criança a um regime repressivo com julgamento pelos tribunais comuns e com aplicação de penas, algumas das quais, as privativas da liberdade, têm de ser cumpridas em estabelecimentos prisionais. Neste caso particular, as deficiências do sistema não radicam a nível legislativo mas na ausência de estruturas logísticas e de suporte, físicas, materiais e humanas. O quadro legal está conforme com a Constituição e com as normas e princípios do direito internacional convencional a que o Estado moçambicano está vinculado na

47 Nos termos do Projecto, constituem medidas alternativas à prisão a transacção penal e a suspensão provisória do processo. Pensamos que, em bom rigor deveriam designar-se por medidas alternativas à acusação já que obstem que o processo siga para a instância do julgamento.

prevenção e tratamento de menores que infringem a lei. Porém, está em desarmonia com a realidade dada a quase total a ausência de uma estrutura de base adequada. Faltam recursos humanos, materiais e financeiros para atender às exigências legais.

A prevenção e repressão da criminalidade infanto-juvenil está claramente relegada para um segundo plano. Assim, recomenda-se a criação, para os jovens delinquentes, de um de um regime especial menos severo no tocante às reacções criminais.

As penas devem ser aplicadas e executadas primeiramente com um sentido pedagógico e ressocializador garantindo, em complemento, que a sociedade continue a confiar na eficácia da norma jurídica. O objectivo é que, através da pena, se fortaleça a consciência jurídica da comunidade e o respeito pelos valores sociais protegidos pelas normas. Porém, essa pena não tem de ser necessariamente a pena privativa da liberdade mas sim uma pena de substituição da prisão, a que o legislador designa “medidas alternativas”. O leque das “medidas” de substituição à disposição do juiz foi reforçado no Projecto de Revisão do Código Penal com as chamadas “penas alternativas”.

Consequentemente, devem os magistrados judiciais fazer o melhor uso possível do critério disponibilizado pelo legislador para, na escolha da pena, dar preferência (fundamentada), à pena não detentiva quando seja adequada e suficiente para assegurar as finalidades da punição.

Pensamos que uma das razões por detrás da proposta de aumento da menoridade penal reside na percepção de que, em regra, o sistema repressivo é sinónimo de pena institucional. E conhecidos os efeitos criminógenos das prisões, é compreensível o alarme de que os mesmos se produzam de forma mais vincada num espírito vulnerável e numa personalidade ainda em formação. De facto, a transição do regime tutelar de menores para o regime repressivo é brusca. A percepção de “impunidade” é substituída pela dura realidade do sistema penal.

O tratamento diferenciado que o Código Penal reserva aos jovens adultos, a atenuação especial da pena de prisão resulta, *automaticamente*, de uma presunção de que, dada a sua juventude, o agente tem um menor poder de agir de outra maneira.

Porém, sendo a culpa entendida no seu sentido normativo, a escolha de uma idade como indicadora formal da inimputabilidade só poderá ser compreendida no contexto de razões de política criminal. No entanto, em Moçambique, não pode falar-se de uma Política Criminal, entendida esta como um programa de objectivos, de métodos de procedimentos e de resultados que o Ministério Público e as autoridades de polícia criminal prosseguem na prevenção e repressão da criminalidade⁴⁸.

48 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O que é a política criminal, porque precisamos dela e como a podemos construir?, disponível em <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/docente>.

No ordenamento jurídico moçambicano, muito embora o limite da imputabilidade tenha sido sucessivamente aumentado, é nossa percepção que o aumento da menoridade penal para os 18 anos não encontra reflexo significativo no sentimento da comunidade moçambicana em geral e da comunidade jurídica, em particular. Nessa base, julgamos ser de se manter o limite dos 16 anos. Porém, e porque na LOTM se exige que o juiz tome em consideração o grau de censura social atribuída à conduta e o interesse na socialização da criança ou jovem, somos levados a concordar que são o menor grau de ilicitude do facto e da culpa do agente que deverão determinar a atenuação especial da pena desde que as exigências de prevenção (geral ou especial) a isso não se oponham e desde que o tribunal tenha fundados motivos para crer que, da atenuação, resultarão vantagens para a reintegração social do agente.

Ocorrendo a condenação de um jovem delincente numa pena privativa da liberdade, o condenado deve, na falta de instalações distintas para o internamento dos jovens adultos e demais reclusos, ser colocados em secções distintas do mesmo estabelecimento. E, no intuito da sua ressocialização, deve ser dado um forte enfoque nos programas de formação e capacitação profissionais, além de outras actividades desportivas e culturais⁴⁹.

As fragilidades do sistema tutelar de menores têm reflexo directo na operacionalidade do sistema penal aplicável à criança e jovem imputável. Por isso não se deve descuidar uma eficaz política de prevenção criminal. Em paralelo, o Governo, através do Ministério da Justiça, enquanto órgão do Estado que tutela o sector prisional, deve criar centros especiais destinados ao tratamento dos jovens delinquentes.

49 FONSECA, Jorge. ob. cit., p. 16