

FUNDAMENTOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS
IMPEDITIVOS DA ADOÇÃO DO DIREITO PENAL
JUVENIL NO BRASIL – UM PARELELO EM
RELAÇÃO À DIMINUIÇÃO DA IDADE
DA RESPONSABILIDADE PENAL

Gercino Gerson Gomes Neto

*Promotor de Justiça da Infância e
Juventude em Santa Catarina*

INTRODUÇÃO

Boa parte dos problemas hoje enfrentados em relação à execução de medidas sócio-educativas decorre do injustificável, incompreensível, porém inegável desconhecimento do Estatuto e normas correlatas por parte de seus operadores, com especial enfoque aos, promotores de justiça, magistrados e advogados. Se todos conhecessem e respeitassem as normas e princípios aplicáveis à matéria, por certo não haveria em nosso País, esta recorrente discussão da redução da idade penal, bem como também a iniciativa de um grupo de defesa da infância, que, como resposta, está tentando introduzir o direito penal juvenil no Brasil.

De igual sorte, é imprescindível que seja cobrada a implantação, em cada município, de uma verdadeira política voltada à criação e execução de programas sócio-educativos, que por sua vez devem estar atrelados a programas de proteção (correspondentes às medidas previstas no art.101 do Estatuto) e, destinados aos pais ou responsável (nos moldes

do previsto no art.129 do mesmo Diploma Legal), isto com a PRIORIDADE ABSOLUTA preconizada pelo art.227, caput da Constituição Federal, com a estrita observância do disposto no art.4º, par. único, alíneas "c" e "d" da Lei nº 8.069/90.

Apenas com a implantação, nos municípios (vide art.88, inciso I do Estatuto), de uma ESTRUTURA MÍNIMA DE ATENDIMENTO a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, através de programas de prevenção, proteção, e sócio-educativos em meio aberto, é que se dará plena efetividade à Legislação Tutelar, sendo que neste último caso (implantação de programas sócio-educativos em meio aberto), supervisionados por equipe interprofissional e articulados com programas de proteção, se estará não apenas cumprindo a lei, mas também proporcionando alternativas viáveis e eficazes às medidas privativas de liberdade.

Por fim, a inadequada estrutura dos Estados brasileiros para a execução de medidas privativas de liberdade, com entidades superlotadas, profissionais despreparados, ausência de política pedagógica, etc.

Ao analisarmos o capítulo da Lei 8.069/90 que trata do adolescente em conflito com a lei, precisamos ter em mente a diretriz adotada pela legislação vigente, que estabelece que o adolescente não pratica crimes, bem como não se aplica às medidas sócio-educativas a prescrição, anistia, graça e indulto, posto que são institutos de direito penal e de política criminal.

Se a Constituição quisesse a responsabilização penal, teria expressado

O Estatuto fala da prática de ato infracional, portanto, o intérprete precisa ter a mente aberta para a aceitação desta nova concepção do direito, ou seja que ato infracional não é crime e que sua responsabilização é sócio-educativa e de natureza pedagógica.

Tânia da Silva Pereira diz que "encontram-se na psicologia, pedagogia, medicina, sociologia e nas demais ciências, recursos técnicos e principalmente dogmáticos para que os fins sociais previstos na Lei nº 8.069/90 sejam atingidas."

A resposta não está no direito penal, pois a aplicação de institutos de direito penal nada mais significa do que a falência do Estado, ou melhor, a falência dos operadores jurídicos, que ante a falta de estrutura para fazer justiça, preferem os números fáceis dos arquivamentos, por prescrição, anistia, graça ou indulto.

Os defensores do direito penal juvenil sustentam que imputação penal e responsabilidade penal são coisas diversas e que o fato do direito da criança socorrer-se dos tipos penais traz para o mundo do direito da criança a sistemática do direito penal.

Alegam que o Estatuto da Criança e do Adolescente trata do direito penal juvenil ou Responsabilidade Penal Juvenil.

IMPEDIMENTO CONSTITUCIONAL PARA A PENALIZAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA

O artigo 228 da Constituição Federal e a responsabilidade estatutária ou Direito Infracional

Obram em erro, em primeiro lugar, porque imputabilidade e responsabilidade penal, no direito brasileiro, têm praticamente o mesmo significado e segundo, porque a responsabilidade que se atribui ao jovem é a sócio-educativa, conforme definido no Estatuto.

A questão do socorro do Estatuto aos tipos penais e contravençionais não tem o objetivo de igualar ato infracional a crime, pois se assim fosse, o legislador teria mantido a nomenclatura do Código de Menores, que chamava de infração penal, bem como teria feito distinção entre contravenção penal e crime ou escalonado as medidas de acordo com a gravidade do ato praticado, o que impediria por exemplo, um autor de homicídio de receber medida de liberdade assistida.

Péricles Prade no seu livro *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente* ao comentar a apreensão em flagrante diz:

“Houve, no caput, do art. 106, evidente adaptação do texto transcrito, já que, em relação ao adolescente, por ser inimputável, em se tratando de pessoa entre doze e dezoito anos (ECA, art. 2º), não pode ser preso em flagrante delito, ocorrendo, tão-só, flagrância de ato infracional, conquanto seja a correlata conduta anti-social descrita como crime ou contravenção”.¹

E mais adiante:

¹ In *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente*, Obra Jurídica ed. Fpolis, 1995, p. 12.

Se não há prisão em flagrante, o mesmo se dá com a prisão preventiva... se cinge ao ato físico da simples apreensão (ECA, art. 107), decorrente da inimputabilidade. Em suma: Não são equiparados aos réus, adultos e imputáveis, sofrendo medidas sócio-educativas, isto é, sem caráter de apenação”

O Tribunal de Justiça de Goiás na Apelação 17076-9/213, Rel. Des. Byron Seabra Guimarães diz:

“Sendo o menor inimputável, não há que se falar em extinção de punibilidade, fundamento da prescrição...O menor não pratica crime, nem contravenção penal, mas sim ato infracional...”²

Trabalho do TJBA diz o seguinte:

“Uma outra posição se eleva, talvez até mesmo um tanto mais adiante do ECA, mas certamente respeitando-o e defendendo-o. Trata-se da perspectiva “abolicionista” que é defendida por estudiosos europeus e que começa a despertar interesse entre brasileiros opositores da cultura da punição, do castigo e do encarceramento. Vale trazer a colaboração de Silva (referem-se a Roberto Baptista da Silva):

“O padrão penalizador de resposta às situações-problema em que se envolvem os adolescentes no Brasil é uma prática que, além de infringir o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - que privilegia o princípio pedagógico como meio para se chegar à solução das questões atinentes ao futuro cidadão - é uma prática que deve ser combatida, não para substituí-la por “penas alternativas”, enquanto imposições de modelos preestabelecidos de respostas, tidos como axiomas que preservam a centralização do poder, mas com o intuito de, através de uma educação horizontalizada e que valoriza a conciliação, atingir maior grau de liberdade.”

“A cultura punitiva brasileira é a expressão da ideologia dominante do sufoco dos mais pobres, já plenamente realizado na vida econômica mas que se quer estendido ao direito. A FEBEM é o exemplo terrível do quadro mais cruel que é o sistema penitenciário brasileiro. *A sociedade da exclusão pensa em vingança contra o excluído. Profissionais da justiça solapam o ECA e enganam com suas palavras e conceitos que emanam dos altos postos que ocupam.* Cada homem, em sua fragilidade, é responsabilizado pelo seu próprio destino, e antes mesmo que atinja a maturidade. Os adolescentes são vistos do mesmo modo

² in *Infância e Juventude – Jurisprudência*, Escola Superior do MP, Goiás, 1998

por todos aqueles que, preventivamente e a posteriori, querem que o infrator esteja fora do convívio social, e se possível de forma definitiva.³ (grifei).

Vanderlino Nogueira, afirma:

“No Brasil, desde a promulgação do Código Penal de 1940, uma coisa pode ter como certa e indiscutível: não se pode falar em ‘responsabilidade penal’ da criança e mesmo do adolescente, quando têm condutas em conflito com a lei penal. Com a Constituição de 1988, isso passa a ter sede constitucional.”⁴

Reafirmo que o objetivo do Estatuto é o compromisso com o resgate da cidadania do adolescente que só pode ser alcançado através da educação, aí compreendida não só a educação escolar, mas aquela voltada à socialização, à formação do caráter, aquela desenvolvida 24 horas por dia, onde convivência sadia, a troca de experiência, o interagir produzem mais efeitos do que a simples preleção, o transmitir verbal de conhecimentos ou mesmo o aprendizado através do padecimento imposto pela aplicação da punição.

Quis o legislador, constituinte e estatutário, resguardar o adolescente do ranço da punição estigmatizante. Tanto que em nenhum momento a lei reporta-se ao efeito retributivo ou mesmo intimidatório da medida, pelo contrário, sempre preteriu tais figuras em favor da garantia de oportunizar e facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições dignas, destacando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Mesmo porque, hoje já é consenso entre os educadores e profissionais afins de que não se educa pela repressão, ou pela punição. A verdadeira educação processa-se pelo armazenamento de experiências e pela compreensão dos fatos e atos.“

Pela repressão e punição forja-se um comportamento artificial, não condizente com o de um cidadão cômico de direitos e deveres.

Não há punição pedagógica. Pois o conceito de uma repele o da outra.

³ obra citada, p.38

⁴ In políticas públicas e estratégias de atendimento sócio-educativo ao adolescentes em conflito com a lei, Coleção Garantia de Direitos, série subsídios, tomo II, Ministério da Justiça, 1998, p. 32.

Os que defendem que a medida sócio educativa tem caráter retributivo e de prevenção da prática de ato infracional através do exemplo da punição, não estão interpretando adequadamente o Estatuto.

A proposta do Estatuto não é nem retributiva nem de exemplificação, mas apenas e tão somente o compromisso responsabilizante e pedagógico, de caráter sócio-educativo.

Outra questão é a não compreensão, pelos operadores, de que a contenção, aí englobadas a internação e a semiliberdade, não têm um fim em si mesmas, pois são meio, ou seja, instrumentos para que a proposta pedagógica seja introjetada no adolescente em conflito com a lei.

Isto significa dizer que a contenção é aplicada porque a proposta pedagógica só terá resultado, ao menos inicialmente, se houver a contenção do adolescente, com seu afastamento temporário do meio em que está inserido.

Reforço meu ponto de vista com os argumentos da ilustre professora Tânia da Silva Pereira, constantes do livro antes mencionado:

“Antes de iniciar o estudo particularizado de cada medida sócio-educativa, é necessário esclarecer que elas não são penas. Na verdade, devem ser providências judiciais cujo objetivo principal é proteger o adolescente, promovendo seu desenvolvimento pleno e sadio”.

Outro equívoco, e que sustentaria a tese tanto da diminuição da idade penal quanto do direito (responsabilidade) penal juvenil é a argumentação de que a fixação dos 18 anos como data limite da imputabilidade penal é questão pura e simples de política criminal.

A Constituição da República, em seu artigo 228, diz que:

“ São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitando-se às normas da legislação especial.”

É verdade, porém o critério dos 18 anos, adotado na maioria dos países leva em conta sim, a maturidade do jovem, tendo o nosso legislador escolhido este marco biopsicológico em razão disto, e isto ocorre em muito mais de 50% dos países do mundo.

Aliás, esta é a recomendação das Nações Unidas (Seminário de Assistência Social – 1949).

J. Cretella Júnior, constitucionalista, ao comentar o artigo 228 da Constituição Federal, cita Raul Chaves e diz que: “O Código Penal, na

parte geral, art. 23, fixa em dezoito anos a capacidade penal e, com esse limite, seguiu 'de perto, sem exagerar, a média das conclusões tidas por científicas, a respeito do momento de maturidade do indivíduo'.

O Psiquiatra Forense Guido Arturo Palomba, em artigo publicado na Folha de São Paulo, tecendo comentários a respeito dos limites da menoridade, demonstrando, contudo, desconhecer a responsabilização estatutária traça, do ponto de vista médico os critérios definidores da maturidade, dizendo que entre os 13 e 17 anos, quando ocorrem o espermatozóide no homem e a menarca na mulher, o cérebro ainda não está totalmente desenvolvido, embora já ofereça condições para, no meio social, o indivíduo formar seus próprios valores ético-morais e ter seus interesses particulares. Aqui cabem, juridicamente, a semi-imputabilidade penal e a incapacidade relativa para certos atos da vida civil. A partir dos 18 anos, a pessoa já tem suas estruturas suficientemente desenvolvidas, biológica e psicologicamente; tem capacidade para entender o caráter jurídico, civil e/ou penal de um determinado ato e está apto para determinar de acordo com esse entendimento. Maioridade, imputabilidade penal e capacidade civil. Ao adotarmos a zona fronteira na graduação da idade civil e penal, daremos grande salto qualitativo em matéria de direito.

Por analogia, entre a infância e o adequado controle das funções intelectuais e emocionais há a adolescência, dos 13 aos 18 anos. Ela dá à pessoa o "tom" psicológico entre irresponsabilidade e responsabilidade, estado fundamental que poderia ser contemplado nas leis que os homens fazem.

Então, demonstrado que o critério dos 18 anos não é mero critério de política criminal, tem sua lógica no ser em desenvolvimento, na maturidade psicológica e biológica, o que legitima a opção da Constituição e do Estatuto pela pedagogia.

DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO BRASIL, ENQUANTO CATEGORIA CONSTITUCIONAL⁵

Iniciando a discussão sobre a questão da idade penal como garantia individual e a responsabilização especial como direito individual, am-

⁵ Os próximos capítulos fazem parte do Opúsculo A Inimputabilidade Penal como Cláusula Pétrea, do autor, publicado pelo Centro das Promotorias da Infância, do Ministério Público de Santa Catarina, 2000

bos constitucionais, e conseqüentemente, como inseridos em cláusula pétrea, passemos a breves considerações sobre os direitos e garantias individuais no Brasil, em sede constitucional.

A história dos direitos e garantias individuais no Brasil é uma história de sofrimento, luta e desrespeito.

Porém, interessa-nos analisar sua elevação à categoria constitucional e sua asseguuração como cláusula pétrea.

A Constituição do Império, em seu artigo 178, dizia que "é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias."⁶

Vê-se que a Constituição do Império elencou como direitos constitucionais os direitos políticos e individuais do cidadão, tornando-os cláusula pétrea.

Nas demais constituições, todas republicanas, depreende-se das transcrições de Cretella Jr.⁷ que em nenhuma outra há menção à condição de cláusula pétrea dos direitos individuais do cidadão.

Entretanto, as Constituições de 1891, 1934, 1967 e 1969 mantêm como cláusula pétrea a forma republicana federativa.

As Constituições de 37 e 46 não fazem qualquer ressalva ao poder de reforma.

Já a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, parágrafo 4o, inciso IV, novamente colocou no patamar de cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, impedindo sua modificação ou abolição.

Assim, diz o artigo 60 mencionado:

"A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

"Parágrafo 4o – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...

"IV – os direitos e garantias individuais."

⁶ In J. Cretella Jr., Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, RJ, 1 ed. 1991, p. 2720

⁷ idem

Então, diante do estabelecido no artigo 60 da Constituição depreende-se que a reforma constitucional derivada é possível no Brasil, desde que observadas as exigências dos incisos do *caput* do mesmo artigo.

Entretanto, o poder derivado é limitado pois impossível a abolição da forma federativa, do voto, da separação dos poderes e, por fim, dos direitos e garantias individuais.

OS ARTIGOS 227 E 228 COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

Com a Constituição Federal de 1988, a questão da inimizabilidade penal passou a ser questão constitucional, assim como todo o conjunto de direitos da criança e do adolescente e a prioridade no seu atendimento.

Quis o legislador originário definir com clareza os limites da idade penal, em sede constitucional, da mesma forma como tratou de várias questões penais, já no artigo 5º, quando trata dos direitos e garantias individuais.

Dito isto, resta analisar quais sejam os direitos e garantias individuais, que do ponto de vista constitucional é claro.

Estabelece o artigo 5º da Constituição Federal, o rol de direitos e garantias individuais da pessoa humana, sendo desnecessário discutir se são ou não amparados pelo parágrafo 4º do artigo 60, pois expressamente definido na carta.

Entretanto, o parágrafo 2º do artigo 5º diz que são direitos e garantias individuais as normas dispersas pelo texto constitucional, não apenas as elencadas no dispositivo mencionado.

Diz o parágrafo 2º do artigo 5º :

“ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, este parágrafo nos traz duas certezas.

A primeira, que a própria Constituição Federal admite que encerra em seu corpo, direitos e garantias individuais, e que o rol do artigo 5º não é exaustivo.

A segunda, que direitos e garantias concernentes com os princípios da própria Constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil, integram referido rol, mesmo fora de sua lista.

Voltando à leitura do inciso IV, do parágrafo 4o, do artigo 60, compreendemos que o dispositivo refere-se a não abolição de todo e qualquer direito ou garantia individual elencados na Constituição, não fazendo a ressalva de que precisam estar previstos no artigo 5º.

Dito isto, parece-nos insofismável que todo e qualquer direito e garantia individual previstos no corpo da Constituição Federal de 1988 é insusceptível de emenda tendente a aboli-los.

Em relação a isto, assim se posiciona Ives Gandra Martins⁸:

“Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.”

Diante do exposto, e com a certeza de que existem outros direitos e garantias individuais espalhados pelo texto da Carta Política de 1988, resta-nos a análise e comprovação, de que a inimizabilidade penal encerra disposição pétrea, por ser garantia da pessoa com menos de 18 anos.

No que se refere à inimimizabilidade penal, deixou-a o constituinte para o capítulo que trata da criança e do adolescente, por questão de técnica legislativa, uma vez que duas emendas populares, apresentadas pelos grupos de defesa dos direitos da criança, fizeram inserir na Constituição os princípios da doutrina da proteção integral, consubstanciados nas normas das Nações Unidas.

Desta forma, nada mais lógico do que inserir os direitos da criança e do adolescente no capítulo da Família.

Quis o constituinte separar os direitos e garantias das crianças e adolescentes das disposições relativas ao conjunto da cidadania, visando sua maior implementação e defesa.

Assim, elegeu tais direitos, colocando-os em artigo próprio, com um princípio intitulado de prioridade absoluta, que faz com que a criança tenha prioridade na implementação de políticas públicas, por exemplo, e desta forma, inclusive por questão de coerência jurídico-constitucional não iria deixar ao desabrigo do artigo 60, § 4º, IV, os direitos e garantias

⁸ in Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Saraiva, vol 4, tomo I, 371 e ss

individuais de crianças e adolescentes, quando, foi justamente o contrário que desejou fazer e o fez.

Para comprovar o afirmado até aqui, transcrevemos parte do artigo 5º e dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal.

Em relação ao ato infracional e ao crime e seus processos:

“Art. 227-

§ 3º-

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;”.

Paralelo a este direito, temos o princípio constante do artigo 5º :

“ Art. 5º –

LV – aos litigantes... e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Inegável que os princípios do artigo 227 encontram suporte no inciso acima transcrito e em todos os outros estabelecidos a partir do inciso XXXIX.

Inegável, também, que tal disposição se coaduna com os princípios adotados na Constituição Federal.

Ora, a formalização da ação sócio-educativa, a defesa profissional, tudo isto não existia no antigo “direito do menor” e só passaram a incorporar o direito da criança e do adolescente a partir da Constituição, garantista por excelência.

No que diz respeito ao artigo 228, da Constituição Federal, a interpretação é a mesma.

Diz ele:

“São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Traçando um paralelo, novamente, com o artigo 5º, no que diz respeito ao direito penal e a vedação de aplicação de certas penas aos cidadãos, vemos:

"Art. 5º -

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;"

O legislador deixou claro que as penas ali constantes não serão aplicadas e, no caso do 228, da Constituição, ficou mais claro ainda, ao afirmar que os menores de 18 anos não receberão pena, posto que penalmente inimputáveis.

Assim, quando afirma isto, o artigo 228 garante ao adolescente sua inimputabilidade, da mesma forma que o artigo 5º garante a todos os cidadãos a não-aplicação das penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Então, se a legislação máxima não permite, por exemplo, a aplicação da pena de morte ou de prisão perpétua e isto se consubstancia em garantias dos cidadãos, insofismável afirmar que tais garantias são cláusulas péticas.

Pinto Ferreira⁹ diz que em relação às garantias criminais repressivas, elas são várias, "destacando-se entre elas inicialmente a individualização da pena, impondo a pena de acordo com as condições pessoais do delinqüente, a fim de suavizá-la, numa conquista que foi trazida pela Constituição vigente de 1988...".

O artigo 228, nada mais é do que a garantia da não-responsabilização criminal da pessoa menor de 18 anos, justamente em razão da sua condição pessoal de estar em desenvolvimento físico, mental, espiritual, emocional e social, sendo que, nada mais justo, que esta garantia se aplique aos adolescentes.

Traçando um paralelo com a responsabilização especial do adolescente e sua inimputabilidade, temos que quando a Constituição Federal, no *caput* do artigo 228 afirma que as pessoas menores de 18 anos são inimputáveis, ela garante a toda pessoa menor de 18 anos que ela não responderá penalmente por seus atos contrários a lei.

⁹ in Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 5 ed., 1991, p. 153

Sendo assim, o referido artigo encerra uma garantia de não aplicação do direito penal, como por exemplo, as cláusulas de não-aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua, são garantias de não-aplicação do direito penal máximo a todos, conseqüentemente, todas cláusulas pétreas garantidas pelo artigo 60, da Constituição Federal.

Em relação à segunda parte do artigo 228, que dispõe que o adolescente, apesar de inimputável penalmente, responde na forma disposta em legislação especial, contém além de uma garantia social de responsabilização de adolescente, um direito individual de que a responsabilização ocorrerá na forma de uma legislação especial.

Assim, estamos diante de uma responsabilização especial, não penal, que é um direito individual do adolescente e, como tal, consubstanciado em cláusula pétrea.

Dito isto, só nos resta assegurar que este dispositivo constitucional também é cláusula pétrea, portanto, insuscetível de reforma ou supressão.

O advogado Rolf Koerner Júnior, enquanto integrante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 1996, teve aprovação unânime daquele Conselho, de parecer contrário à proposta de Emenda à Constituição 301/96, e que dá nova redação ao artigo 228 da Constituição Federal que diminuía a imputabilidade penal para os dezesseis anos, onde assim se manifesta:¹⁰

“ (Também) a inadmissibilidade da emenda: a norma do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

...

Apesar de a norma do art. 228, da Carta Magna, encontrar-se no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso), do Título VIII (Da Ordem Social), não há como negar-lhe, em contraposição às de seu art. 5º (Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título, II, dos Direitos e Garantias Fundamentais), a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.”

Escreveu J.J. Gomes Canotilho que “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos,

¹⁰ Koerner Júnior, Rolf, A menoridade é carta de alforria?, in O ato infracional e As Medidas Sócio-Educativas, Subsídios, 6, para a Assembléia Ampliada do Conanda, Brasília, 2 e 3 de setembro de 1996, CONANDA, apoio UNICEF e INESC.

liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes.

“Então, nesse aspecto, na regra do art. 228, da Constituição Federal, há embutida uma ‘garantia pessoal de natureza análoga’, dispersa ao longo do referido diploma ou não contida no rol específico das garantias ou dos meios processuais adequados para a defesa dos direitos.”

O posicionamento ora transcrito se coaduna com o posicionamento do jurista Ives Gandra Martins, citado acima.

Não aceitar tal interpretação é negar vigência à própria disposição constitucional do § 2º, do artigo 5º.

DIREITOS ASSEGURADOS NO ARTIGO 227

Para reforçar tais argumentos, pergunta-se o motivo pelo qual o legislador colocaria no artigo 227, da Constituição que a criança e o adolescente têm assegurado direito à vida e a liberdade, se no caput do artigo 5º, tais direitos já estão assegurados a todos indistintamente.

O artigo 227 elenca inúmeros outros direitos, grande parte deles idênticos aos do artigo 5º, apenas com redação um pouco diferente, pois, quando assegura, por exemplo, o direito à dignidade e ao respeito, nada mais está dizendo do que aquilo que já consta dos incisos IV, V, IX, X, do artigo 5º.

Desta forma, quando o constituinte separou, não quis diminuir a importância de tais direitos e garantias. Ao contrário, pretendeu pô-los em evidência.

José Afonso da Silva¹¹, ao comentar os direitos da criança e do adolescente, assim se posiciona:

“A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral...”

Desnecessário dizer que a responsabilização especial foi insculpida na legislação pátria, através de novo ramo do direito brasileiro, que é o Direito da Criança e do Adolescente, criado pela Lei 8.069/90, tendo como fontes formais a Doutrina da Proteção Integral, Consubstanciada

¹¹ In Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9 ed. P. 721

no Direito Internacional – Convenção das Nações Unidas, Regras de Riad, Regras de Beijing, e, no Direito Pátrio, como fonte a própria Constituição Federal em seus artigos 227, 228, 204, II e § 2º do art. 5º.

O ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL Enunciado de duas garantias/direitos constitucionais dos adolescentes

A primeira delas afirma que nenhuma pessoa menor de 18 anos de idade será responsabilizada penalmente, ou seja, garante às crianças e adolescentes a inimputabilidade penal absoluta.

E a segunda, decorrente da primeira, assegura ao adolescente a responsabilização por seus atos infracionais, na forma da legislação especial, que, não poderá conter princípios de direito penal, sendo vedado o direito penal juvenil.

Se considerarmos que mesmo as garantias e direitos que não constam do artigo 5º são considerados cláusulas pétreas, teremos a nítida compreensão de que, em nenhuma hipótese, o adolescente responde penalmente, seja, com a vedação da redução da imputabilidade penal, seja com a criação do chamado “direito penal juvenil”, pois a Constituição impede a responsabilização penal do adolescente, não podendo serem aplicados princípios de direito penal, não importando que adjetivo tenha este direito penal, sendo proibida a criação de legislação infraconstitucional com tais características.

CONCLUSÃO

Diante disto, só nos resta reafirmar o dito até aqui, ou seja, que a alteração da inimputabilidade penal das pessoas menores de 18 anos e a forma de sua responsabilização (sócio-educativa) é constitucionalmente proibida ao legislador infraconstitucional e ao reformador constitucional.

O direito constitucional e da criança brasileiros não recepcionam a imputabilidade/responsabilidade (penal juvenil).

Primeiro, como dito, é inconstitucional o Direito Penal Juvenil.

Segundo, imputabilidade é a qualificação penal da pessoa e responsabilidade penal ocorre quando o imputável quebra a norma penal expressa, e uma vez que a pessoa até 18 anos é inimputável, não possui responsabilidade penal, ao contrário do que consta da nova doutrina, que pode se aplicar a outros países, mas por força da Constituição Brasileira, aqui não se aplica.

A maneira como se interpreta o que é ato infracional e a proposta pedagógica do Estatuto da Criança e do Adolescente, estão levando a interpretação equivocada dos preceitos do Estatuto.

O Estatuto enunciou novo direito, e, mesmo que se diga que a origem das medidas sócio-educativas é de institutos assemelhados de direito penal, elas nada tem a ver com pena e como tal não podem ser confundidas.

Têm a ver, isto sim, com o resgate da cidadania daqueles adolescentes que por motivos diversos conflitaram com a lei. Este resgate se faz possível pela condição peculiar que possuem ou em que estejam, ou seja de serem pessoas em desenvolvimento o que lhes faculta serem submetidos a propostas pedagógicas concebidas para o fim específico de lhes proporcionar a complementação de sua formação, a qual, em razão dos atos infracionais, mostrou-se precária.

E, finalmente, importa dizer, que não podemos nos tornar reféns desta teoria, visando deixarmos de ser reféns da inadequação do Sistema Sócio-educativo Brasileiro.

Não podemos continuar reféns da pressão social pela redução da idade penal e respondermos com a implantação do direito penal juvenil.

A falta de garantias aos adolescentes em conflito com a lei resolve-se com a aplicação dos princípios constitucionais e legais vigentes.

Nenhuma nova lei, ou uma nova leitura do que seja o Ato Infracional e a sua responsabilização irão resolver os problemas concernentes à aplicação das medidas sócio-educativas.

Precisamos sim, responsabilizar os Poderes Executivos, Ministério Público e Judiciário, para que cumpram o seu papel, os primeiros, implementando as políticas e os programas necessários ao atendimento dos adolescentes em conflito com a lei, o segundo, através de seus Órgãos, cobrando dos primeiros, seja por meio de ações civis públicas ou ajustamentos de conduta a implementação da Lei 8.069/90, em sua

integralidade e princípios e, por fim, ao terceiro, julgando de acordo com a lei e Constituição Federal para obrigar a implementação das políticas e programas públicos.

BIBLIOGRAFIA

- FERREIRA, Pinto – Comentários à Constituição Brasileira, 7º volume, Editora Saraiva, São Paulo/SP, 1995;
- FERRREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Liberdades Públicas, parte geral, Edição Saraiva, São Paulo/SP, 1978;
- SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, Malheiros Editores, São Paulo/SP, 1992;
- BASTOS, Celso Ribeiro – Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988), 2º volume, Editora Saraiva, São Paulo/SP, 1989;
- BASTOS, Celso Ribeiro – Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988), 3º volume, tomo I, Editora Saraiva, São Paulo, 1989;
- BASTOS, Celso Ribeiro – Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988), 4º volume, tomo I, Editora Saraiva, São Paulo/SP, 1989;
- CRETELLA JÚNIOR, José – Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume III, Forense Universitária, Rio de Janeiro/RJ, 1993;
- CRETELLA JÚNIOR, José – Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume V, Forense Universitária, Rio de Janeiro/RJ, 1993;
- CRETELLA JÚNIOR, José – Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume VIII, Forense Universitária, Rio de Janeiro/RJ, 1993;
- FERREIRA Wolgran Junqueira - Comentários à Constituição de 1988, volume 3, Julex Livros, Campinas/SP, 1989;
- CRANSTON, Maurice – O Que São os Direitos Humanos?, Difusão Editorial S.A., 1979;
- GENESIS: Revista de Direito Administrativo Aplicado, Jan-Mar 1996, nº 8, Genesis Editora, Curitiba/PR, 1996;
- Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros Editores, São Paulo/SP, 9/1995;

- Revista da ESMESC, 3ª Semana de Estudos para o Harmonizar Institucional de Princípios de Sistemas Constitucionais e Infraconstitucionais dos Países das Américas, 1998.
- DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente, edições ABMP, SP, 1992.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Idem.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O Direito da Criança e do Adolescente, Renovar, RJ, 1996.
- LEAL, César Barros. Apostila Digital ABMP – Texto 28.
- KOERNER JÚNIOR, Rolf, A menoridade é carta de alforria?, in O ato infracional e As Medidas Sócio-Educativas, Subsídios, 6, para a Assembléia Ampliada do Conanda, Brasília, 2 e 3 de setembro de 1996, CONANDA, apoio UNICEF e INESC
- PRADE, Péricles. Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente, Obra Jurídica, Fpolis, 1995, p.11/12.
- TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Liberdade Assistida, Uma polêmica em aberto, IEE-PUC/SP, 1994, p.15.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal Juvenil, São Paulo, Editora José Bushatsky.
- Constituição da República, Saraiva, 5 ed., SP, 1991.
- Estatuto da Criança e do Adolescente.
- Código de Processo Penal Brasileiro, Lei de Execução Penal.
- VOLPI, Mario (Org). Adolescentes Privados de Liberdade, Cortez Editora, FONOCRIAD, apoio UNICEF, São Paulo, 1997.
- FRANÇA, R. Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito, edição Saraiva, p. 395-399
- O que é e o que faz, Revista do ILANUD nº01, São Paulo, Imprensa Oficial, 1997.
- Textos Reunidos, Revista do ILANUD nº 12, São Paulo, Imprensa Oficial, 1998.
- GOMES NETO, Gercino Gerson. O Adolescente Autor de Ato Infracional Frente Aos Princípios Garantistas do Estatuto da Criança e do Adolescente, Revista Igualdade, Ministério Público do Estado do Paraná, livro 20, Curitiba/PR, 1998, p.1-10.
- ROCHA, Roberto Mauro Gurgel (coord.). A Vida como é que é ... (O Adolescente em Conflito com a Lei), apoio FUNAC e SOLECIT, São Luís/MA, 1998.

- VIEIRA, Henriqueta Scharf. Perfil do Adolescente Infrator no Estado de Santa Catarina, Ministério Público do Estado de Santa Catarina, apoio Associação Catarinense do Ministério Público e Escola de Preparação e Aperfeiçoamento do Ministério Público, Fpolis, 1999.
- O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude, Cadernos Populares nº 6, 2ª Edição, Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente, nº 2, ABMP/SC, apoio UNICEF, Instituto Airton Senna e Varig, 1997.
- Políticas Públicas e Estratégias de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei, Coleção Garantia de Direitos, Série Subsídios, tomo 2, Ministério da Justiça, 1998.
- TRINDADE, Lourdes Maria Luz de Noronha. Crianças e Adolescentes, Medidas Sócio-Educativas e Adoção, dois problemas em duas abordagens, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador/BA, 1998.
- BISSOLI FILHO, Francisco. Estigmas da Criminalização, dos Antecedentes à Reincidência Criminal, Obra Jurídica Editora, Fpolis, 1998.
- GREGORI, José (coord.). Atendimento ao Adolescente em Conflito com a Lei, Coleção Garantia de Direitos, Série Idéias & Resultados, caderno 1, Ministério da Justiça, Brasília, 1998.
- Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, CBIA, UNICEF e Ministério da Justiça.
- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, CBIA, UNICEF e Ministério da Justiça.
- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing, CBIA, UNICEF e Ministério da Justiça.
- Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad, CBIA, UNICEF e Ministério da Justiça.
- HOEPERS, José Francisco. Aspectos Penais das Medidas Sócio-educativas, 1999.
- PALOMBA, Guido Arturo. Folha de São Paulo, Cotidiano, p. 3-2 12, do dia 05.12.1998.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Introdução à sociologia jurídico-penal, 1993.