

# Especialização em Políticas Públicas e Socioeducação

*Eixo 2 - Módulo 4 - Fundamentos legais e teóricos da justiça juvenil*

## Parte II

*Karyna Batista Sposato*

## AULA 4

### EMENTA

Conceito material de Ato infracional. Natureza jurídica da medida socioeducativa. Responsabilidade Penal Juvenil. Teoria do Sujeito Responsável. Regras de Beijing. Diretrizes de RIAD.

Esta aula recupera os conceitos de Natureza jurídica de ato infracional e da medida socioeducativa, bem como as bases principiológicas e doutrinárias do direito penal dos adolescentes. Introduz o cursista na teoria do Sujeito responsável como um elemento a mais de reflexão em torno da temática.

### 1. O direito penal juvenil ou o direito penal de adolescentes

Há uma extensa variedade de autores estrangeiros que se dedicam a definir o Direito penal juvenil. Nas lições de Higuera Guimerá, trata-se de um Direito penal especial, que integra o Direito penal, e orienta-se fundamentalmente para a prevenção especial positiva em seu aspecto educativo.

Claus Roxin<sup>1</sup>, na obra *Derecho penal – Parte general*, assinala que não pelo âmbito das normas tratadas, mas sim pela classe especial de autor, o Direito penal juvenil se converte em um campo de Direito próprio. Trata dos delitos cometidos por menores de idade e suas consequências (parcialmente penais), contendo preceitos especiais de Direito material e processual.

Esta parece ser uma posição relativamente pacífica na doutrina internacional. O Direito penal juvenil corresponde às normas que regulam a responsabilidade penal dos menores de idade. Normas estas que pertencem ao Direito penal, contemplando situações nas quais se impõem consequências jurídico-penais aos autores de uma infração penal. A intervenção punitiva do Estado, surge única e exclusivamente por um motivo: o cometimento de uma infração penal (crime ou contravenção) por menores de idade, à qual se impõe uma reação jurídica voltada a prevenir futuras infrações.

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal- Parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I: Fundamentos. La estructura de La teoría del delito.

No tocante às diferenciações entre o Direito penal de adultos e o Direito penal de adolescentes, destaca-se que repousam apenas no sistema de consequências jurídicas, e em alguma medida a depender do ordenamento jurídico em questão, em aspectos relativos às regras de autoria e participação, tentativa, desistência, atos preparatórios, erro, imprudência e eximentes.

É importante tal consideração porque, conforme adverte Zaffaroni<sup>2</sup>, dentre outros autores, no curso do século XX se configurou um Direito penal juvenil de discutível autonomia científica. Fundado sob a ideologia tutelar, cumpriu a função de ocultar a carência de políticas sociais direcionadas à infância e juventude, utilizando-se dos conceitos de situação irregular e abandono material e moral, admitindo-se, assim, uma indiscriminada intervenção judicial.

Faz-se necessário reforçar que a legislação afeta à responsabilidade de adolescentes é parte do ordenamento jurídico de um Estado de Direito e que, como tal, deve contemplar todas as garantias e limites ao exercício do poder punitivo das agências administrativas e judiciais. Aliás, esse campo exige redobrados cuidados, que, desprezados ao longo da história, levaram a aberrações e autoritarismos extremos.

Mesmo o principal impasse dogmático que se observa atualmente em relação à visão estereotipada do adolescente como ser incapaz tem origem na feição dos primeiros tribunais de menores, criados como tribunais paternais e desjuridicizados.

É preciso, portanto, superar a ideia de uma autonomia do Direito penal juvenil, pois, em verdade, este pressupõe um cabal conhecimento prévio do Direito penal de adultos, ainda que apresente peculiaridades no que se refere às finalidades educativas de suas consequências.

Cabe ainda assinalar na esteira de Higuera Guimerá<sup>3</sup> que a ciência do Direito penal juvenil é dogmático-jurídica, ou seja, constitui-se em setor especializado da dogmática penal, através de um sistema de direito positivo juvenil cuja missão é a interpretação dos preceitos penais.

Do ponto de vista das possíveis configurações do Direito penal material juvenil, Higuera Guimerá<sup>4</sup> aponta três sistemas de possibilidades: o primeiro, no qual há plena coincidência entre o Direito penal juvenil e o Direito penal de adultos. Essa coincidência se define pela idêntica configuração do campo de incidência de suas normas, ou seja, no tocante aos fatos delitivos de menores de idade coincidem aos fatos delitivos também tipificados para os adultos. Trata-se daquilo que já se apontou neste estudo, de que tudo o que é definido como crime para os adultos também o é para os adolescentes. Esse é o sistema adotado pelo modelo de responsabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad – discurso em al aceptación del doctorado honoris causa otorgado por La Universidad de Macerata (Itália) 2002.- Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

<sup>3</sup> HIGUERA GUIMERÁ, J. Derecho penal juvenil, Barcelona: Bosch, 2003.

<sup>4</sup> HIGUERA GUIMERÁ, J. Derecho penal juvenil, Barcelona: Bosch, 2003.

Sobre esta temática, ganha substancial importância a regra 56 das Diretrizes de Riad ao dispor que “a fim de impedir que se prossiga a estigmatização, vitimização e incriminação dos adolescentes e jovens, as legislações dos países não poderão considerar delitivos para estes, fatos que não o sejam para os adultos”. Em outras palavras, um adolescente somente pode ser acusado, processado e sancionado por fatos que ensejariam, de igual forma, o funcionamento do sistema penal de adultos.

A segunda configuração possível é a de um sistema amplo ou extenso de Direito penal juvenil correspondente à admissão de infrações que, não sendo puníveis para os adultos, o são para os menores de idade, tais como faltas escolares injustificadas, desobediências, embriaguez, etc. De plano, um sistema dessa feição contrapõe-se ao princípio de que um menor de idade jamais seja sancionado quando um adulto não o seria. A adoção de um sistema de Direito penal juvenil desta natureza caracterizaria uma intervenção mais gravosa e repressiva aos menores de idade do que o próprio Direito penal de adultos.

Por último, a terceira configuração possível é a de um sistema restringido de Direito penal juvenil, no qual se admita a descriminalização primária para determinados fatos que, sendo puníveis aos adultos, deixem de o ser para os adolescentes. Tal configuração tem sido objeto de discussões frequentes e se interliga, de certo modo, à Teoria do Sujeito Responsável, de Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée<sup>5</sup>, já mencionada neste estudo. De acordo com esses autores, cabe ao Estado demonstrar que disponibilizou todos os elementos necessários aos destinatários das normas para destes exigir responsabilidade.

Considerando que a realidade de um adolescente não é a mesma que a de um adulto, o Direito deve adequar-se a essa situação, modelando diferenças em matéria de regulação.

Observa-se, portanto, quão atrasada encontra-se parte da doutrina brasileira na matéria, ao resistir em aceitar a existência de um direito penal juvenil ou de adolescentes, advogando por um suposto Direito Infracional. Esse posicionamento retrógrado e inconsistente impede que se avance em termos doutrinários à luz do direito comparado. E, o que é mais grave, opera em prejuízo dos adolescentes e em benefício de discursos repressivos, pois a negação de um direito penal juvenil é fonte, na opinião pública, de um forte sentimento de impunidade em relação aos adolescentes autores de infração penal, como se o direito penal lhes fosse indiferente. Alimenta o cíclico debate em favor da redução da idade penal, pois que setores conservadores se valem da ignorância popular para afirmar que no Brasil, diferentemente de outros países, os adolescentes não são punidos pelos crimes que praticam.

Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira<sup>6</sup>:

O sistema de responsabilização presente no Estatuto da Criança e do Adolescente pressupõe, pois, a existência de crime ou contravenção como causa objetiva, eficiente e necessária para o acionamento do sistema, sem prescindir das condições subjetivas (dolo ou culpa). Do ponto de vista objetivo, estabeleceu-se um sistema que não pode prescindir

<sup>5</sup> BUSTOS RAMIREZ, J. Imputabilidad y edad penal. IN: Criminología y derecho penal AL servicio de La persona- Libro homenaje AL professor Antonio Beristain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

<sup>6</sup> SHECAIRA, Sergio Salomão. Sistemas de garantias e direito penal juvenil. São Paulo: RT, 2008.

dos atos aos quais correspondem condutas descritas como crimes ou contravenções. Porém, é variável a intensidade da responsabilização, porquanto há uma relativização do princípio da proporcionalidade em função do superior interesse da criança. Mas, reafirma-se, a dualidade da identificação entre ato infracional e crime ou contravenção não passa de um eufemismo, que na essência permite ainda mais compreender o estudo do tema como de um ramo do Direito Penal.

Tais considerações conduzem à própria definição de ato infracional e reforçam o que já se procurou detalhar no tocante à inegável presença do direito penal na origem da intervenção jurídica como nas suas consequências.

O Direito penal juvenil, desse modo, possui um variado número de princípios e regras que funcionam como limite ou garantia ante o poder punitivo. Para sua caracterização inicial, deve-se necessariamente partir de dois de seus fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso, o início da adolescência, fixado aos 12 anos de idade no ordenamento jurídico brasileiro e no modelo adotado pelo Estatuto – e a incorporação de um conjunto de garantias que limitam o poder punitivo do Estado e orientam uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

O estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais; por exemplo, o item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, estabelece:

“Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual.”

Como dito, no Direito Brasileiro, a idade de início da Responsabilidade Penal Juvenil está fixada em 12 anos. Como será discutido a seguir, se comparada a outros países, é uma idade relativamente baixa. Quando se deixa de encobrir a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal resta vazio em conteúdo e utilidade. Como já dissemos, negar a existência de Responsabilidade Penal de Adolescentes no Direito Brasileiro é como negar a chuva em um dia de tempestade. Necessário, entretanto, é delimitar seus elementos de sustentação: ao lado da delimitação do Direito penal juvenil, o conceito de ato infracional oferece também outros aspectos importantes nessa configuração.

## **2. O conceito material de ato infracional**

Quando se detalhou, na primeira parte deste estudo, o modelo de responsabilidade adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuidou-se também de conceituar preliminarmente o ato infracional, de modo que não seria necessário repetir aquilo que já se afirmou. Contudo, por questão de ordem metodológica, a opção é reinserir o conceito nesta segunda parte do trabalho com o intuito de nomeá-lo como um dos elementos basilares para a Teoria da Responsabilidade de adolescentes.

Afinal, o ato infracional é a condição material necessária ao acionamento do sistema de responsabilidade de adolescentes e à aplicação das medidas socioeducativas. A definição do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente revela: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Portanto, a conduta praticada pelo adolescente somente se afigurará como ato infracional se, e somente se, contiver os mesmos aspectos que conformam a definição do crime, da infração penal. Por conseguinte, o critério de identificação dos fatos de relevância infracional é a própria pena criminal, o que implica que a definição de ato infracional está inteiramente condicionada ao Princípio da Legalidade, como já visto.

Uma possível classificação de crime e contravenção penal é a que os considera como espécies do gênero delito. Desse modo, não se admite no ordenamento jurídico brasileiro a imposição de medida socioeducativa sem a existência de crime ou contravenção. Leciona Salomão Shecaira<sup>7</sup> que, por não haver diferença ontológica entre o crime e a contravenção, as duas modalidades de delito devem ser consideradas para a imputação subjetiva do fato ao infrator.

Também as lições de Olympio de Sá Sotto Maior Neto<sup>8</sup> são particularmente elucidativas nesse aspecto:

Ao tempo em que o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê considerar-se ato infracional a conduta como crime ou contravenção, que o artigo 112, caput também do Estatuto da Criança e do Adolescente indica, em rol taxativo (e não exemplificativo) quais são as medidas socioeducativas (e protetivas) aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, e que, ainda o artigo 114 do mesmo diploma legal estabelece que a imposição de qualquer das medidas socioeducativas pressupõe comprovação da autoria e materialidade da infração, indisputável resta que o princípio da legalidade passa a integrar o conjunto de garantias estabelecido em relação ao adolescente autor de ato infracional.

E, como já delineado, das prescrições legais pode-se afirmar que ato infracional é toda conduta típica (crime ou contravenção penal), antijurídica e culpável (punível/reprovável). Daí derivar de suma importância a regra do art. 189 do Estatuto, segundo a qual se determina à autoridade judiciária que não aplique qualquer medida desde que reconheça estar provada a inexistência do fato, não haver prova da existência do fato, não constituir o fato ato infracional ou não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Desse modo, em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida socioeducativa.

<sup>7</sup> SHECAIRA, Sergio Salomão. Sistemas de garantias e direito penal juvenil. São Paulo: RT, 2008

<sup>8</sup> SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD/SEDH/UNFPA(ORGS.).Justiça , adolescentes e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD,2006.

Fala-se aqui de um conceito material de ato infracional, a exemplo do conceito material de delito, que, conforme descreve a extensa maioria dos autores, refere-se tanto à qualidade quanto ao conteúdo da atuação punível.

No escólio de Roxin<sup>9</sup>, o conceito material de delito é aquele que denota um critério político-criminal sobre o que se pode punir e o que se deve deixar impune, superando, assim, um conceito meramente formal de delito apenas adstrito à definição de direito positivo.

Luís Fernando Camargo Vidal<sup>10</sup> traduz essa compreensão, ao abordar que:

“Ao definir o ato infracional como a conduta criminosa ou contravençional, evidentemente a lei opera com o fenômeno da criminalidade na visão parcial do direito penal, pois se vale justamente da noção de mínimo ético que o define. Conseqüentemente, derivam do direito penal as regras de interpretação do ECA quanto ao ato infracional. O estabelecimento de garantias processuais, de hipóteses absolutórias, etc., previstas no ECA, comprova o raciocínio.”

Em suma, o ato infracional é a condição indispensável para o acionamento do sistema de responsabilidade juvenil, assim como é o crime para o sistema penal tradicional. Por isso, o preenchimento de conteúdo material constitui elemento basilar da responsabilidade penal de adolescentes.

### **3. A natureza jurídica da medida socioeducativa**

Representando o exercício do poder coercitivo do Estado e necessariamente implicando uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade, a medida socioeducativa imposta ao adolescente como resposta ou reação estatal ao cometimento do ato infracional tem inegável natureza penal e, de uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas.

Isso porque a medida socioeducativa cumpre o mesmo papel de controle social que a pena, possuindo finalidades e conteúdo assemelhados, diferindo apenas quanto ao sujeito destinatário. Isto é, como já dito, representa a política de controle social do delito na adolescência e funda-se no reconhecimento de que, se adultos e adolescentes são seres em condições e realidades diferentes, também o Direito deve ajustar-se a tais diferenças.

Cerezo Mir<sup>11</sup> destaca que o Direito penal juvenil está essencialmente orientado aos fins da prevenção especial e marcadamente influenciado pelas normas de Direito internacional, especialmente pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. No caso da legislação espanhola, o referido autor demonstra que na própria Exposição de Motivos da lei se assume a natureza educativa das medidas

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal- Parte geral. Madrid: Civitas, 1997. t. I: Fundamentos. La estructura de La teoría del delito.

<sup>10</sup> VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros, A irresponsabilidade penal do adolescente. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, IBCrim, n.18, abr/jun. 1997.

<sup>11</sup> CERESO MIR, José. Curso de derecho penal español- parte geral- Teoria jurídica del delito/. Madrid: Tecnos 2001. t.III.

sancionadoras, de especial intensidade, e rejeitam-se outras finalidades essenciais do Direito penal de adultos, como a proporcionalidade entre o fato e a sanção, ou a intimidação dos destinatários da norma.

Pondera, entretanto, que as medidas sancionadoras são penas, ainda que não recebam esse nome e se lhes atribua um maior acento na prevenção especial. Outros autores compartilham dessa posição, enfatizando o caráter penal das medidas dirigidas aos menores de 18 anos, ainda que fortemente voltadas à ressocialização.

Por fim, arremata Cerezo Mir<sup>12</sup>:

“É inegável, portanto, que na eleição e aplicação das medidas, as exigências da prevenção especial joguem um papel importante, mas ainda que em menor medida também aquelas de reafirmação do ordenamento jurídico e de prevenção geral se fazem presentes. Ademais, não se aplicam medidas sancionadoras educativas se concorre alguma das eximentes do Código Penal (ou seja, alguma causa de justificação, de inimputabilidade, de exclusão da culpabilidade, ou alguma escusa absolutória).”

Com todas as características de coerção penal, as medidas procuram evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes e, sobretudo, diminuir a vulnerabilidade do adolescente ao Sistema de controle penal, por meio da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais.

A principal distinção da medida socioeducativa em relação à pena está em sua dupla face: a sancionadora e a educativa. Porém, mesmo a pena criminal no Direito Penal tradicional possui sua face ressocializadora, em virtude da função de prevenção especial, sem a qual a pena seria meramente simbólica, retributiva e instrumentalizadora do ser humano.

Para os adolescentes, contudo, o Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem.

Olympio de Sá Souto Maior Neto<sup>13</sup> também discute a aplicação da medida socioeducativa no marco da legislação brasileira, atrelada às necessidades pedagógicas do adolescente. Demonstra o autor que não existe prévia correlação entre o ato infracional praticado e a medida socioeducativa a ser aplicada:

“Aliás, mesmo tendo havido a prática de um ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite – atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional – a concessão de remissão como perdão puro e simples (portanto sem a inclusão de qualquer medida socioeducativa) em qualquer fase do processo,

<sup>12</sup> CERREZO MIR, José. Curso de derecho penal español- parte geral- Teoria jurídica del delito/ . Madrid: Tecnos 2001. t.III

<sup>13</sup> SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD/SEDH/UNFPA(ORGS.).Justiça , adolescentes e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD,2006

inclusive como forma de sua exclusão (v. arts. 126 e 127 do ECA). Por outro lado, a aplicação de medida socioeducativa não está vinculada aos parâmetros traçados no Código Penal para a dosimetria da pena (o chamado sistema trifásico de fixação da pena), nem mesmo à análise das denominadas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mas sim a princípios próprios indicados nos arts. 112, § 1º, e 113, combinados com os arts. 99 e 100, todos do ECA (capacidade de cumprimento da medida pelo adolescente, as circunstâncias e gravidade da infração, as necessidades pedagógicas do adolescente, a preferência daquelas que visam ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e a possibilidade de sua substituição a qualquer tempo).”

Dessa forma, a medida socioeducativa é espécie de sanção penal, visto que representa a resposta do Estado diante do cometimento de um ato infracional por adolescente e revela a mesma seleção de condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena.

A prevenção especial, delimitada pelo princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tem por objetivo evitar a reincidência e, com efeito, impedir a vulnerabilidade dos adolescentes ao sistema de controle social e à marginalização.

Poder-se-ia afirmar, também, que, para o alcance de tais objetivos, a medida socioeducativa lança mão de um conteúdo estratégico correspondente à educação, o que, em última instância, significa que a intervenção do Estado diante do cometimento de um ato ilícito e antijurídico por um adolescente não se move pelo castigo, nem tampouco pela retribuição. Essa dupla face educativa-pedagógica e sancionadora encontra respaldo no documento do SINASE ao definir as medidas no âmbito do sistema nacional de atendimento:

As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sociopedagógica, haja vista que sua execução está condicionada à garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem a formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva Ético-pedagógica.

Conforme enfatiza Flávio Frasseto<sup>14</sup>, ainda que evitasse admitir o caráter penal das medidas, reconheceu o SINASE que a medida, sendo sanção, implica o uso da força pelo Estado para impor-se na forma de restrição de alguns direitos dos adolescentes. E, sendo sanção, acrescenta ele:

“a medida implica uma resposta do estado à ação transgressora do adolescente, resposta que lhe gera uma consequência indesejada (por isso coercitiva) de restrição de direitos. Na verdade, a característica básica da

<sup>14</sup> FRASSETO, Flávio Américo. Medidas socioeducativas: do debate sobre natureza aos parâmetros legais de aplicação e execução. In: Matriz curricular de formação continuidade do SINASE. No prelo, 2011



sanção é que ela se impõe e deve ser cumprida independentemente da concordância ou não do sancionado”.

Na linha de uma espécie de teoria mista da medida, ou teoria da dupla face da medida, admitindo seu caráter híbrido, a opção aqui adotada corresponde a identificar, na sanção aplicável ao adolescente, a pertinência jurídica e a pertinência pedagógica, de forma conjunta e concomitante. Toda e qualquer intervenção somente se legitimaria se demonstrada a dupla pertinência.

Segue-se, nesse aspecto, a medida socioeducativa, seja ela qual for, tem uma natureza híbrida: pedagógico-sancionatória. É uma sanção finalisticamente dirigida a uma proposta pedagógica, sem a qual não poderá ser aplicada. A sanção somente se fundamenta pedagogicamente e, como o reverso de uma mesma moeda, a medida pedagógica somente é defensável como resposta à uma conduta infracional. Há uma evidente vinculação umbilical entre uma finalidade e a outra. Desta natureza híbrida, portanto, extraímos a conclusão de que a aplicação da medida socioeducativa não pode ser tratada exclusivamente como resposta a uma necessidade pedagógica.

De outro lado, não podemos tolerar que quaisquer das medidas socioeducativas sejam aplicadas com uma finalidade exclusivamente sancionatória, sem qualquer finalidade pedagógica.

Por fim, não se poderia deixar de evocar que, a polêmica a partir das diferentes perspectivas que pedagogos (com a visão mais tutelar) e juristas (com a visão mais penal juvenil, garantista) têm da natureza da medida socioeducativa. Para ele, a medida socioeducativa deve responder simultaneamente a duas ordens de exigência: deve ser uma reação punitiva da sociedade ao delito cometido pelo adolescente [perspectiva dos juristas] e ao mesmo tempo deve contribuir para o seu desenvolvimento como pessoa e cidadão [perspectiva dos pedagogos]. O desafio é localizar um território comum em que pedagogos e juristas possam se encontrar e, a partir da perspectiva de cada um, lançar as bases de um relacionamento construtivo e maduro, este território – não tenho nenhuma dúvida – é o da responsabilização do adolescente. Como se vê, as medidas socioeducativas são uma modalidade específica de consequência jurídica derivada do delito.

Tal afirmação permite concluir que o Direito penal juvenil do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se em sintonia inequívoca com os preceitos que o Estado Social e Democrático de Direito impõe ao Direito Penal. Em primeiro lugar, pela atribuição à pena da função de prevenção de delitos; em segundo, pela rejeição explícita às exigências ético-jurídicas de retribuição ao mal causado; e, por fim, pela limitação à incidência do Direito Penal estritamente aos casos de necessária proteção dos cidadãos.

Essas características do Direito penal juvenil estão traduzidas nas regras e princípios que compõem as Regras de Beijing. O item 17.1 é definido como o rol de princípios norteadores do funcionamento do Sistema de Justiça Juvenil:

a) A resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade; b) As restrições da liberdade pessoal do jovem serão

impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível;c) Não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;d) O interesse e bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos.

Como constatado, cada uma dessas disposições corresponde à conjugação dos princípios penais com os princípios próprios do Direito penal juvenil. A alínea “a” traduz os princípios da Proporcionalidade, Culpabilidade e Respeito à Condição Peculiar de Desenvolvimento; a “b” refere-se à Intervenção Mínima; a “c” à excepcionalidade da internação; e a alínea “d”, ao princípio do melhor interesse do adolescente.

## AULA 5

### EMENTA

Idade penal. Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

A aula está direcionada a apresentar uma visão comparada de distintas legislações internacionais com foco na maioria penal juvenil e nas alternativas à privação da liberdade e ao encarceramento que constituem-se hoje como importante tendência no mundo todo. De um modo geral, apresenta-se as principais tendências da política criminal nessa matéria.

### 1. Inimputabilidade etária e o Direito Penal juvenil comparado

#### 1.1. Diferenças relativas à idade penal

Diferentemente do que alguns jornais, revistas ou veículos de comunicação em geral têm divulgado, a idade de responsabilidade penal no Brasil não se encontra em desequilíbrio se comparada à maioria dos países do mundo.

De uma lista de 54 países analisados, a maioria deles, como discutido a seguir, adota a idade de responsabilidade penal absoluta aos 18 anos de idade, como é o caso brasileiro.

No entanto, tem sido fonte de grande confusão conceitual o fato de que muitos países possuam uma legislação específica de responsabilidade penal juvenil e que, portanto, acolham a expressão penal para designar a responsabilidade especial que incide sobre os adolescentes abaixo dos 18 anos.

Nesse caso, países como Alemanha, Espanha e França possuem idades de início da responsabilidade penal juvenil aos 14, 12 e 13 anos. No caso brasileiro, tem início a mesma responsabilidade aos 12 anos de idade. A diferença é que no Direito Brasileiro, nem a Constituição Federal nem o ECA mencionam a expressão penal para designar a responsabilidade que se atribui aos adolescentes a partir dos 12 anos de idade. Apesar disso, as seis modalidades de sanções jurídico-penais possuem, tal qual as penas dos adultos, finalidades de reprovação social. A não utilização da expressão Penal em nosso

sistema não altera a natureza das medidas aplicadas, que, como visto, é inegavelmente penal.

Acredita-se que essa revelação tem muito a colaborar no recorrente debate em torno da redução da idade penal, posto que reconhecer a já existência de um Sistema Penal Juvenil resulta na completa inutilidade em seguir alimentando uma discussão que, mais que compromissada com a proteção da sociedade, é altamente populista e demagógica, amparada na ignorância e desconhecimento da população e da opinião pública sobre o modelo brasileiro.

Da informação de 53 países, sem contar o Brasil, temos que 42 deles (79%) adotam a maioria penal aos 18 anos ou mais. Essa fixação majoritária decorre das recomendações internacionais já discutidas que sugerem a existência de um sistema de justiça especializado para julgar, processar e responsabilizar autores de delitos abaixo dos 18 anos. Em outras palavras, no mundo todo, a tendência é a implantação de legislações e justiças especializadas para os menores de 18 anos, como é o caso brasileiro.

No que concerne à idade mínima inicial para que esses sistemas de justiça especializados tenham incidência, observa-se que, entre os 53 países, sem referir o Brasil, a predominância é a fixação do início da responsabilidade juvenil entre 13/14 anos, o que se expressa em 25 países da lista (47%).

Especificamente, temos as seguintes idades: abaixo dos 12 anos estão Escócia em alguns casos (8 anos), Estados Unidos (10), Inglaterra e Países de Gales (10 anos), México (11 anos), Suíça em alguns casos (7 anos) e Turquia (11 anos), portanto 7 países. Os países que estabelecem a idade de início aos 12 anos, tal qual o Brasil, são 12: Bolívia, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Espanha, Equador, Holanda, Irlanda, Países Baixos, Portugal, Peru e Venezuela. Aos 13 anos de idade, Argélia, Estônia, França, Grécia, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Polônia, República Dominicana e Uruguai totalizam 10 países. Já Alemanha, Áustria, Bulgária, Colômbia, Chile, China, Croácia, Eslovênia, Hungria, Itália, Japão, Lituânia, Panamá, Paraguai e Rússia (em casos graves) formam o grupo mais numeroso de 15 países que adotam a idade de 14 anos para o início da responsabilidade juvenil. Cinco países da lista têm a idade fixada aos 15 anos: Dinamarca, Finlândia, Noruega, República Checa e Suécia. E, por fim, aos 16 anos estão Argentina, Bélgica e Romênia.

O Comitê da Criança das Nações Unidas, em sessões realizadas em janeiro e fevereiro de 2007, discutiu aspectos relacionados à idade mínima para a responsabilidade juvenil e a incidência dos sistemas de justiça especializadas. Em primeiro lugar, identificou que há uma grande variedade de idades mínimas estabelecidas, como apresentado. Entretanto, ressaltou como recomendável que os estados-parte adotem idades entre 14 ou 16 anos.

Como se vê, o direito brasileiro encontra-se em sintonia com a tendência mundial de fixação da maioria penal aos 18 anos. Porém, quanto à idade inicial de responsabilidade penal juvenil fixada aos 12 anos mediante a definição de adolescente, encontra-se dentre os países que adotam idades relativamente precoces para a responsabilização.

Além disso, não há no sistema brasileiro faixas etárias diferenciadas de modo a condicionar a qualidade e intensidade das medidas aplicadas, ou seja, já a partir dos 12 anos admite-se a imposição da privação de liberdade. Esse aspecto em particular vem sendo discutido na comunidade internacional na perspectiva de sua aplicação unicamente como último recurso.

Por fim, de modo que não nos reste dúvidas sobre as implicações práticas do princípio da condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes em face do poder punitivo do Estado, é importante recuperar o que prescrevem os documentos internacionais.

O artigo 37 da Convenção Internacional indica que a consideração da idade é elemento decisivo na execução das medidas de privação de liberdade, recomendando que:

“Toda criança privada de liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade.”

Disposições correspondentes também se fazem presentes do texto das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing<sup>15</sup>. Exemplo contundente é o item 26.3:

“Os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em estabelecimentos separados ou em partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos.”

Modernamente, observa-se, a exemplo de diversos países europeus, intensa reformulação nos Sistemas de Justiça Juvenil (Alemanha, Inglaterra, França, Itália, Áustria), de modo a situar o Direito penal juvenil à frente do direito penal dos adultos. A título de exemplo, na Áustria, a prioridade à reparação extrajudicial introduzida na Justiça da Infância e Juventude no ano de 1988 tem sido atualmente examinada no campo do direito penal também. Na Alemanha, a discussão sobre mediação entre vítima e delinquente e reparação de danos já estabelecidas nos procedimentos da justiça juvenil tem sido um dos aspectos da reforma do direito penal tradicional.

A legislação alemã sobre Justiça Juvenil estabeleceu de maneira expressa o princípio da subsidiariedade da pena e do procedimento penal, por exemplo. E, por força das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, essa concepção espalhou-se por diversos países. Portanto, a desjudicialização ou diversion é reforçada, em sintonia com o princípio da ultima ratio do encarceramento, nas sentenças judiciais relativas aos jovens.

Sobre a experiência alemã, é interessante pontuar que a Lei Judicial Juvenil estabelece uma culpabilidade diferenciada para os adolescentes, calcada na percepção de que seu grau de discernimento e maturidade é distinto do dos adultos. Por essa razão, o art. 3º da lei alemã estabelece que o menor é penalmente responsável se no momento do ato era suficientemente maduro para compreender a antijuridicidade do ato praticado.

---

<sup>15</sup> Será utilizada a seguir a denominação Regras de Beijing sempre que se fizer menção a esse documento.

Ressalte-se que a lei alemã menciona responsabilidade penal, e esta incide sobre as pessoas entre 14 e 18 anos. A faixa etária seguinte, dos 18 aos 21 anos, possui um sistema diferenciado, o dos jovens adultos. E, por consequência lógica, os menores de 14 anos não sofrem nenhum tipo de resposta penal. Nesse aspecto, o sistema brasileiro é mais severo, uma vez que a adolescência tem início aos 12 anos.

O Sistema dos Jovens Adultos na Alemanha tem despertado grande interesse acadêmico e prático entre os demais países. Consiste na possibilidade de aplicação da legislação penal juvenil aos maiores de 18 anos até a idade de 21 anos, se demonstrada a ausência de pleno discernimento no momento do cometimento do fato.

O fundamento legal dessa inclusão é o reconhecimento da Lei Penal Comum como subsidiária. A Lei Penal Comum é aplicável a adolescentes e jovens adultos, na medida em que a Lei Penal Juvenil não dispuser de outra forma. Assim, se um jovem adulto incorre na prática de um fato ilícito, que segundo as disposições gerais está sancionado com pena, abre-se a possibilidade para o juiz utilizar o Sistema Juvenil de modo concorrente ao Sistema comum.

No caso brasileiro, são recorrentes as tentativas de justificação da redução da idade penal para 16 anos, propugnando-se um sistema para jovens adultos, que incidiria na faixa etária dos 16 aos 18 anos. O equívoco é grotesco, pois o Sistema de Jovens Adultos Alemão, além de dirigir-se à idade mais avançada, tem uma característica fundamental, qual seja, a incorporação dos jovens adultos no próprio Sistema Juvenil. A lógica, portanto, é diametralmente oposta da pretendida por alguns setores no Brasil. Enquanto as propostas de redução da idade penal fundamentam-se pela ideia de exclusão dos jovens entre 16 e 18 anos do Sistema Juvenil, o modelo alemão, ao contrário, tem como pressuposta a inclusão dos jovens adultos nas regras destinadas aos adolescentes.

Ainda sobre a desjudicialização, sua presença é marcante no modelo espanhol. Tendo em vista o monopólio da ação pelo Ministério Público, exatamente como ocorre no Sistema Brasileiro, toda instrução é de sua responsabilidade e, portanto, a observância do princípio da oportunidade é sua atribuição.

Conforme já assinalado, no Direito brasileiro a idade de início da responsabilidade penal juvenil está fixada em 12 anos. Se comparada a outros países, é uma idade relativamente baixa. Quando se desmascara a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal certamente resta vazio em conteúdo e utilidade.

Nessa direção, alternativas à privação da liberdade e ao encarceramento constituem-se hoje como importante tendência no mundo todo. As regras fundadas sobre o princípio da subsidiariedade e também da proporcionalidade das intervenções públicas contra os jovens delinquentes refletem as tendências da política criminal nessa matéria, especialmente nos últimos dez anos.

Tais tendências caracterizam-se pelo reforço às garantias constitucionais nos procedimentos e pela diminuição da gravidade ou severidade das respostas penais. Nessa ótica, não se trata apenas de evitar a privação de liberdade, senão também que

esta tenha a duração mais breve possível, a fim de reduzir seus efeitos negativos demonstrados empiricamente (princípio da brevidade).

Esse aspecto, aliás, é particularmente importante em sistemas de justiça juvenil nos quais a privação de liberdade tem duração indeterminada, como é o caso brasileiro. Na maioria dos países, isso tem sido eliminado, como é o caso da Alemanha, Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá, entre outros. As razões para essa eliminação do caráter indeterminado das medidas privativas de liberdades fundam-se em aspectos pedagógicos e constitucionais.

A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal tem um lugar seletivo, restrito e simbólico quando as políticas sociais básicas são insuficientes. Ou seja, como já dito, o Direito penal juvenil é subsidiário em relação ao Direito da Criança e do Adolescente.

## AULA 6

### EMENTA

Idade penal. Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Constituição Material. Impedimentos constitucionais. Cláusula Pétrea.

Em conclusão ao percurso percorrido durante às aulas anteriores, faz-se um apanhado da política do Estado de Bem-Estar Social, dos princípios que regem a intervenção socioeducativa, em especial, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o princípio da brevidade como fundamentos à imposição de medidas. As tendências encontradas caracterizam-se pelo reforço às garantias constitucionais no sistema de justiça juvenil. Por último, enfrenta-se a questão da redução da idade penal e seus impedimentos constitucionais.

### 1. Tendências em matéria do Direito penal de adolescentes

A consolidação do Direito da Criança e do Adolescente ocorre simultaneamente à consolidação dos pilares do Estado de Bem-Estar Social, o que produz um traço bastante particular sobre toda a normativa pertinente e que não poderia ser diferente no que se refere à responsabilidade penal dos menores de idade, ainda que sendo matéria específica e vinculada ao Direito Penal. Basicamente, a consideração da adolescência como uma fase peculiar do desenvolvimento humano foi o princípio orientador para a construção de regras e normas jurídicas distintas do Direito Penal tradicional destinado aos adultos.

De outro lado, a percepção da infração juvenil como episódica na vida da maior parte dos adolescentes e também, em grande parte das vezes, a insignificância de sua natureza, constituem as razões fundamentais para o caráter subsidiário e de ultima ratio das medidas de privação da liberdade, reforçado pela demonstração empírica de que suas consequências e efeitos, em geral, mais impedem do que favorecem a inserção social dos jovens.

## 1.1 O debate da redução da idade penal no Brasil

É sabido que no âmbito do legislativo nacional tramitam várias propostas de Emenda Constitucional que buscam reduzir para 16 (dezesesseis) anos a idade de imputabilidade penal.

O paradigma adotado na legislação nacional especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no bojo de um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente, põe em evidência o tratamento constitucional conferido aos adolescentes. Por isso, perverter a racionalidade e a principiologia constitucional, através dos intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 (dezesesseis) anos, ou abaixo disso, recebam as mesmas penas cominadas aos adultos, consistiria em retrocesso jurídico, além de afronta às garantias constitucionais, já asseguradas no Estado Democrático de Direito.

Adultos, crianças e adolescentes, sendo pessoas diferentes entre si, não podem ser tratadas de igual maneira pelo Direito. Deve-se obedecer à isonomia e à proporcionalidade, respeitando-se o Princípio da Culpabilidade, da Proteção Integral e, principalmente, da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento.

Dessa maneira, diante do cometimento do delito por menor de idade, busca-se como resposta não a defesa da impunidade ou a indiferença penal, mas a compatibilidade da sanção em relação ao agente que o cometeu, inclusive por imperativo de ordem político-criminal, como já vimos anteriormente.

A primeira objeção a qualquer alteração no modelo e sistema adotado está amparada na constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no âmbito do Estado Democrático de Direito, como barreira efetiva para tais propostas de emenda e reforma constitucional.

## 1.2. Impedimentos constitucionais à redução da idade penal

Não resta dúvida que a presença de princípios e regras de garantia em matéria dos direitos da infância e juventude no texto constitucional brasileiro configura não só um novo modelo de proteção e salvaguarda dos direitos dessa população, como produz efeitos em toda a disciplina infraconstitucional que venha a regular a condição material de crianças e adolescentes.

Mais que isso, no bojo de uma Constituição material, como a brasileira, quaisquer propostas de alteração ou diminuição de garantias vêm a se constituir como violação inequívoca de cláusula pétrea. Neste sentido, Luís Fernando Camargo de Barros Vidal<sup>16</sup> defende a natureza pétrea da cláusula constitucional que estabelece a idade penal. Afirma que:

“A inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é, sem dúvida, um princípio que integra o

<sup>16</sup> VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: IBCCrim, n. 18, abr./jun. 1997.

arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea.”

Levando-se em conta que a reforma constitucional se configura como a via formal de mutação para as constituições rígidas (estruturação de um procedimento mais rigoroso em se tratando de modificação do texto), a exemplo da Carta Magna brasileira, que se concretiza através de procedimentos específicos realizados pelo poder constituinte derivado, a própria Constituição, em seu texto, traça limites no que tange à redução de garantias e direitos já assegurados constitucionalmente.

Quanto às possibilidades de emenda, de maneira expressa o seu procedimento vem delimitado no art. 60 da Constituição Federal da República Federativa:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais” (grifo nosso).

Em se tratando da modificação da menoridade penal poder ser ou não objeto de quaisquer deliberações de emenda constitucional, no sentido de restringir direitos e garantias individuais atinentes ao adolescente, René Ariel Dotti<sup>17</sup> entende não ser possível:

“A inimputabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se, pois de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior à idade penal – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF.”

Reforça-se assim a identificação do direito à inimputabilidade penal como cláusula pétrea, conteúdo material da Constituição, derivado de princípios imutáveis. Tratando-se de direito e garantia individuais, a melhor interpretação é aquela que não só enfatiza a principiologia constitucional (prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes), mas também reconhece o peso de norma constitucional dos parâmetros internacionais decorrentes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e outros instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro. Todos esses dispositivos apontam para a necessidade de uma legislação e jurisdição especiais no trato de questões relacionadas à infância e à juventude.

<sup>17</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal-Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense,2001.



Ressalte-se que a EC n. 45/2004 estabelece que os tratados e as convenções internacionais têm status de emenda constitucional. Nessa direção, Flávia Piovesan<sup>18</sup>, associando-se às mesmas ideias de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>19</sup>, defende a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais resultantes de documentos e tratados internacionais:

“O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.”

Desse modo, qualquer proposta de alteração de uma dessas regras desmonta e impede a operacionalização do sistema como um todo, interferindo inclusive em outras esferas jurídicas, como a civil, à medida que reconhecer e imputar a responsabilidade penal a uma pessoa de 16 anos entra em contradição com a regra da incapacidade relativa do Direito Civil, por exemplo.

Outras contradições se revelam também no que diz respeito às competências jurisdicionais para a imposição das penas, se aplicadas aos adolescentes a partir dos 16 anos, como também a que órgão corresponderia a fiscalização e o acompanhamento da execução penal.

Destaca-se que os direitos da criança e do adolescente compõem uma classe de direitos fundamentais. A universalidade se realiza porque todas as relações jurídicas das quais participem crianças e adolescentes são reguladas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e, nesse aspecto, estão incluídos toda criança e todo adolescente, independentemente de classe social. A normatividade é composta, além da legislação especial, das regras constitucionais e dos princípios decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Já a matéria correspondente à resposta à prática de infrações penais cometidas por adolescentes está regulada, no caso brasileiro, especificamente pelo Título III do Estatuto da Criança e do Adolescente. O que se pode definir como o Direito penal juvenil, subsidiário à dogmática da Criança e do Adolescente.

Assim, o reconhecimento da dignidade humana de todo adolescente impõe a existência de uma “justiça especializada”, que introduza em seu funcionamento o critério da sanção mais adequada para cada caso concreto, com atenção à condição peculiar de desenvolvimento em que o adolescente se encontra.

Não por acaso, diversos estudiosos da matéria alertam que o Direito penal juvenil tem muito a ensinar ao Direito Penal tradicional de adultos. E isso, de fato, vem ocorrendo. Além do mecanismo de transação que originalmente foi introduzido no Direito brasileiro pelo instituto da remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente, influenciando

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 10 ed. São Paulo: Saraiva 2009.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional. Coimbra Livraria Almedina, 1991.

posteriormente a própria lei de criação dos juizados especiais criminais – a Lei n. 9.099/95 –, mais recentemente são crescentes as experiências de justiça restaurativa, que, iniciadas nos juizados da infância e juventude, paulatinamente vêm ganhando espaço na justiça penal como um todo.

Quando se situa o Direito da Criança e do Adolescente como categoria integrante dos direitos fundamentais, reforça-se a compreensão dos direitos da criança e do adolescente como parte da doutrina universal de direitos humanos. Do ponto de vista normativo, é interessante observar que os mecanismos de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente são complementares, nunca substitutivos dos mecanismos gerais de proteção de direitos reconhecidos a todas as pessoas, como estabelece o art. 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Um segundo esclarecimento parece necessário e se refere a uma subdivisão: enquanto a normativa da criança e do adolescente é parte integrante da doutrina de direitos humanos, o Direito penal de adolescentes é subsistema do Sistema de Garantias e Direitos que se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, Direito penal de adolescentes também se encontra constitucionalizado. Normas constitucionais funcionam como limite ou garantia ante o poder punitivo sobre adolescentes. Sua caracterização inicial revela dois fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso, o início da adolescência está fixado aos 12 anos de idade – e a incorporação de um conjunto de garantias que limita o poder punitivo do Estado e orienta uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

O estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais, a exemplo do item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, que estabelece: “Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”. Reconhecer sua dimensão constitucional implica inevitavelmente traçar os efetivos impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema democrático constitucional.

### **1.3. Da inconstitucionalidade das propostas de redução da idade penal e violação da Constituição Material**

Todas as propostas de alteração da idade penal que vez por outra aparecem no cenário político e no debate público nacional têm a mesma característica, independentemente de seus conteúdos diversificados. Todas, indistintamente, afrontam o texto constitucional brasileiro, pois a Constituição Federal de 1988 destaca a absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente e consagra ainda como princípios o respeito à condição peculiar de desenvolvimento de crianças e adolescentes e a brevidade e excepcionalidade na aplicação de medidas privativas da liberdade. Trata-se do direito à proteção integral,

que abrange ainda o direito a responder por infrações penais com base na legislação especial, nos moldes do já citado art. 228 da CF/1988.

Os intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 anos, ou até mais jovens, recebam as mesmas penas que se aplicam aos adultos, representam uma violação da Constituição material, tendo em vista que a Constituição assegura, dentre as cláusulas pétreas constitucionais, os direitos e garantias individuais, conforme o também já mencionado art. 60, § 4º, IV, da CF/1988.

É direito individual de todo adolescente a possibilidade de responder pela prática de infrações penais com base em legislação especial, diferenciada do Código Penal, que se aplica aos adultos, maiores de 18 anos. É, portanto, matéria que não poderá ser abolida como se pretende nas propostas de emenda à Constituição.

Em decisão do STF referente à EC n. 3/93, foi conferida interpretação extensiva à cláusula “direitos e garantias fundamentais”, alcançando nesse exemplo a garantia tributária da anterioridade. Como não reconhecer a mesma interpretação extensiva para a questão do modelo de responsabilidade previsto aos adolescentes?

Em outras palavras, não é necessário que o direito ou a garantia individual esteja expressamente descrito no art. 5º da CF/1988 para impedir a deliberação da proposta. Basta que esteja no texto constitucional como um direito ou garantia que diga respeito diretamente à vida, à liberdade, à igualdade e até mesmo à propriedade, e que no caput do citado art. 5º venha reforçado por uma cláusula de inviolabilidade. Além disso, a referência, no art. 34, VII, b, da CF/1988, aos direitos da pessoa humana como princípio sensível, auxilia a firmar ainda mais essa linha de raciocínio:

“A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (grifo nosso).”

Desse modo, é direito da pessoa humana com idade inferior a 18 anos ser julgada, processada e responsabilizada com base em uma legislação especial, diferenciada da dos adultos. Em decorrência de sua natureza, a matéria encontra-se ao abrigo das cláusulas pétreas constitucionais e se constitui como conteúdo material da Constituição, ainda que derivado de princípio implícito.

---

Além disso, não se pode esquecer dos parâmetros internacionais que, por força do art. 5º, § 2º, da CF/1988, têm peso de norma constitucional. Os direitos enunciados em tratados e documentos internacionais de proteção aos direitos humanos somam-se aos direitos nacionais, reforçando a imperatividade jurídica dos comandos constitucionais já mencionados.

Desse modo, é inconteste que o novo direito constitucional também foi responsável pela exigência de uma leitura verticalizante no campo do Direito da Criança e do Adolescente e, por consequência, do Direito penal juvenil. Tal constitucionalização do direito se evidencia através da necessária interpretação da lei conforme a Constituição e da aplicação direta da Lex Máxima às relações jurídicas.

Conclui-se preliminarmente que a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente abre significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e conseqüentemente sua alteração. Deve-se fazer prevalecer a supremacia constitucional como garantia da própria Constituição; do contrário, coloca-se em risco a própria unidade da Carta Política.

Esse conjunto principiológico exige que toda matéria infraconstitucional seja filtrada pela ótica da Constituição, ou seja, impõe também no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente a chamada filtragem constitucional, tal qual definiu Gomes Canotilho<sup>20</sup>, como condição inclusive do efetivo garantismo em torno dos direitos da infância e juventude.

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional. Coimbra Livraria Almedina, 1991.