



IMPEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA O AUMENTO DO TEMPO DE DURAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO – UM PARALELO EM RELAÇÃO À DIMINUIÇÃO DA IDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL

Gercino Gerson Gomes Neto - Promotor de Justiça/SC

Introdução

No Brasil, desde a edição do Estatuto de Criança e do Adolescente, há 15 anos, temos nos deparado com um debate acalorado e nada jurídico no que diz respeito à idade da responsabilidade penal.

Na verdade, ocorre um debate falacioso que esconde uma realidade incontestável, ou seja, a gravíssima omissão dos poderes públicos na implementação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Então, após muitos anos de trâmite de emendas constitucionais tendentes a diminuir a idade da responsabilidade penal, sem sucesso, evidentemente, procura-se agora, a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dentre as idéias que têm surgido, uma busca desconstituir os princípios de brevidade e excepcionalidade das medidas privativas de liberdade, numa flagrante inconstitucionalidade, como veremos a seguir.

Aumento do tempo de internação e tempo determinado para o cumprimento da medida

No ano passado, foi constituído grupo de trabalho na Câmara dos Deputados, para analisar propostas de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que diz respeito à aplicação das medidas sócio-educativas.

Proposta tendente a modificar os artigos 103, 108, 121, 122 e 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente, visa, justamente, mudar o conceito de ato infracional, abrindo então a porta para o direito penal no Estatuto da Criança e do Adolescente e, via de conseqüência, a possibilidade para mudança dos princípios de brevidade e excepcionalidade.

Diz o esboço:

“Art 103. Considera-se ato infracional a conduta de menor de 18 anos autor ou partícipe de fato tipificado com crime ou contravenção penal.

“Art. 108. A internação provisória, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias, salvo nos casos dos atos infracionais referidos nos §§ 5º e 6º.

“Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios atinentes à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

§ 1º A medida de internação será sempre fixada com prazo máximo determinado, devendo O juiz proferir decisão fundamentada à vista de laudo de avaliação clínica, psicológica, psiquiátrica e assistencial.

§ 2º No laudo, os peritos deverão avaliar o grau de periculosidade do autor do ato infracional, definir se ele é dotado de potencialidade para assimilar as medidas sócio-educativas para sua recuperação, e recomendar o tempo de sua internação.

§ 3º Quando o período de internação, estabelecido pelo juiz, não exceder a três anos, o autor do ato infracional será reavaliado a cada seis meses.

§ 4º Nos atos infracionais graves, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, em que a pena mínima cominada aos crimes correspondentes for de até quatro anos de reclusão, o período de internação não excederá a seis anos, devendo a reavaliação ocorrer anualmente.

§ 5º No caso dos atos infracionais referidos no parágrafo anterior se a pena mínima cominada aos crimes correspondentes for igual ou superior a quatro anos, o período de internação não excederá a dez anos e a reavaliação ocorrerá a cada dois anos, ressalvada a hipótese do § 12.

§ 6º Nos atos infracionais de excepcional gravidade que correspondam aos crimes hediondos previstos na Lei N° 8.072 de 25 de julho de 1990, o tempo máximo de internação poderá ser igual à média da soma das penas mínima e máxima, cominadas aos crimes, e a reavaliação ocorrerá a cada três anos, ressalvada a hipótese do § 12.

§ 7º Os laudos de avaliação e reavaliação referidos neste artigo estabelecerão o grau de periculosidade ou sua cessação, e basearão a decisão judicial que estabelecer a manutenção ou extensão do regime de internação, ou a transferência do autor do ato infracional para o regime de semiliberdade ou liberdade assistida.

§ 8º Ao atingir a idade de 18 anos, o autor de ato infracional previsto na hipótese dos §§ 5º e 6º,



será transferido para ala especial do sistema penitenciário comum, onde cumprirá o período que lhe restar de internação, sempre observadas as reavaliações previstas nos parágrafos anteriores.

§ 9º Na hipótese de constatação de periculosidade em laudo de exame psiquiátrico, psicológico, clínico e assistencial, em virtude de sofrer de doença mental, desenvolvimento mental retardado, psicopatia ou psicose, o infrator será submetido à medida especial de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico específico para autores de atos infracionais.

§ 10 Se o autor do ato infracional previsto nos § 5º e 6º praticá-lo sob efeito de droga, da qual for absolutamente dependente, ele só poderá deixar o regime de privação de liberdade, a ser cumprido em estabelecimento adequado em que receberá terapia específica, se constatada a cura da dependência sem prejuízo da obrigação de sujeitar-se à avaliação e às reavaliações de periculosidade nos prazos e condições definidos nesse artigos.

§ 11 Nos casos dos parágrafos 5º e 6º, ao proceder à primeira avaliação, os peritos levarão em conta a condição de periculosidade do autor no momento e nas circunstâncias em que praticou o ato infracional. Nas reavaliações os peritos deverão considerar também o comportamento posterior do autor, durante o regime de internação.

§ 12 No caso de reiteração de ato infracional subsumido nas hipóteses dos parágrafos 5º e 6º, ocorrida durante o regime de internação, o juiz poderá estender o seu período por tempo equivalente ao máximo da pena cominada ao crime correspondente, passando as reavaliações a serem procedidas a cada quatro anos. O mesmo tempo de internação será fixado quando a reiteração referida neste parágrafo ocorrer após o cumprimento de internação anterior.

§ 13 Os autores de atos infracionais previstos nas hipóteses dos parágrafos 5º e 6º, deverão ser internados em estabelecimentos ou entidades que lhes sejam exclusivamente destinados.

§ 14 Será permitida ao internado a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica do estabelecimento ou entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário, e nos casos de ele ser autor dos atos infracionais referidos nos § 5º e 6.

§ 15 As reavaliações poderão, em caso plenamente justificado pelas circunstâncias, a critério do juiz, ser realizadas a qualquer tempo.

Art. 122 A medida de internação também poderá ser aplicada se houver descumprimento reiterado e injustificável de medida diversa anteriormente imposta.

I Revogado.

II Revogado

III Revogado

§ 1º Revogado

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, se outra medida for adequada.

Art. 123 A internação, ressalvado o disposto nos parágrafos 8, 9, 10 e 13, do artigo 121, deverá ser cumprida em estabelecimento ou entidade exclusivos para adolescentes, em local distinto daquele destinado a abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e graduação dos atos infracionais.”

Observa-se então, que o esboço de anteprojeto lei, em discussão no âmbito daquela comissão estabelece medida sócio-educativa, de até 30 anos, que para mim passa a ser pena, no caso de reincidência.

Estabelece critérios variados para fixação da medida sócio-educativa, estabelecendo parâmetro em relação às penas fixadas para os crimes respectivos.

Assim, no caso de um ato infracional cuja conduta seja descrita como roubo em concurso de agentes, cuja pena mínima será de 5 anos e 4 meses, o adolescente poderá receber medida de internação de até 10 anos, com reavaliação a cada dois anos.

Desta forma, o princípio da brevidade cai por terra, torna-se letra morta na Constituição Federal, pois a medida de internação, no caso poderá ser 330% maior que a até aqui estabelecida.

Na verdade, trata-se de penalização das medidas sócio-educativas e, para tanto, o esboço introduz profunda modificação conceitual sobre o que é ato infracional, com a nova redação.

Impedimento constitucional para a penalização do direito da criança e supressão dos princípios da brevidade e excepcionalidade

Quando o esboço introduz a modificação no artigo 103 o faz, justamente para introduzir o conceito de crime no de ato infracional.

A definição atual é a seguinte: “ *Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*”



A definição da proposta é a seguinte: “*Considera-se ato infracional a conduta de menor de 18 anos autor ou partícipe de fato tipificado com crime ou contravenção penal.*”

Ora, a mudança é significativa, pois atualmente o ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal e, com a nova proposta se torna autor ou partícipe de fato tipificado como crime ou contravenção penal, deixando portanto de ser a mera conduta para se tornar o crime ou contravenção penal.

Tal mudança tem por escopo legitimar a introdução de disposições penais, muitas das quais não vamos aqui discutir, pois nos interessa apenas a derrogação do princípio constitucional da brevidade por lei ordinária.

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:

“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

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.”*³

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.

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, pois o adolescente continuará praticando atos infracionais, etc.

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”.

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.”

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

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

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

³ 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.



limite, seguiu ‘de perto, sem exagerar, a média das conclusões tidas por científicas, a respeito do momento de maturidade do indivíduo’.

Direitos e garantias individuais no Brasil, enquanto categoria constitucional ⁴

Iniciando a discussão sobre a questão da idade penal como garantia individual e a responsabilização especial como direito individual, ambos constitucionais, e conseqüentemente, como inseridos em cláusula pétrea, passemos a breves considerações sobre os direitos e garantias individuais no Brasil, em sede constitucional.

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.”

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 à 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 imputabilidade penal passou a ser questão constitucional, assim como todo o conjunto de direitos da criança e do adolescente e a prioridade no seu atendimento.

No caso específico dos princípios da brevidade e excepcionalidade também, posto que inseridos no inciso V, do § 3º, do artigo 227 da Constituição Federal.

Quis o legislador originário definir com clareza os limites da idade penal, em sede constitucional, bem como dos princípios da brevidade e excepcionalidade da internação, 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.

Porém, o parágrafo 2º do artigo 5º diz que também 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 à 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, bem como os dispositivos legais que vieram a regulamentar disposições constitucionais.

Em relação a isto, assim se posiciona Ives Gandra Martins⁵:

⁴ Os próximos capítulos fazem parte do Opúsculo A Imputabilidade Penal como Cláusula Pétrea, do autor, publicado pelo Centro das Promotorias da Infância, do Ministério Público de Santa Catarina, 2000



“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 e, por via de consequência os princípios da brevidade e excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação.

No que se refere à inimizabilidade 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 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.

⁵ in Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Saraiva, vol 4, tomo I, 371 e ss



Consignou no artigo 227, § 3º, inciso V, que a medida de internação será breve e excepcional, vejamos: *“obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;”*.

Assim, quando afirmam isto, o artigo 228 garante ao adolescente sua inimputabilidade, e o 227 que a medida de privação de liberdade será breve e excepcional, 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 pétreas.

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 à lei.

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.

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

Aliado a isto, temos a garantia de que a internação será breve e excepcional.

Dito isto, só nos resta afirmar que estes dispositivos constitucionais também são cláusulas pétreas, portanto, insuscetíveis de reforma ou supressão.

Da mesma forma, impossível a modificação da regra que regulamentou dispositivo pétreo constitucional.

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 diminuí a imputabilidade penal para os dezesseis anos, onde assim se manifesta:⁶

“(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, 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”

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.

⁶ 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.



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.

José Afonso da Silva⁷, 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 inculpada na legislação pátria pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que é a Lei 8.069/90, tendo como fontes formais a Doutrina da Proteção Integral, Consubstanciada 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 inimizabilidade penal.

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 ou qualquer nome que se de ao direito penal.

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 imimizabilidade penal, seja com a criação do chamado “direito penal juvenil”, ou ainda com a mitigação do princípio da excepcionalidade e modificação do tempo máximo de internação que suprimiria o princípio da brevidade, pois a Constituição atribuiu a lei à definição das normas e sendo tais princípios garantias dos adolescentes autores de ato infracional, a sua definição por lei, petrifica tais definições, inclusive por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Conclusão

Diante disto, só nos resta reafirmar que a alteração da inimizabilidade 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 imimizabilidade/responsabilidade (penal juvenil).

Assim, primeiro, é inconstitucional o Direito Penal Juvenil.

Segundo, a Constituição Federal é clara ao enunciar que lei especial disporá sobre as normas de responsabilização dos menores de 18 anos e, tal lei, ao ser editada regulamentou o que seriam os princípios da brevidade e excepcionalidade.

Terceiro e último, o Estatuto da Criança e do Adolescente definiu como sendo de 03 anos o período máximo de internação, delimitando o que seria breve, atribuição dada pela Constituição à lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente definiu também o que seria excepcionalidade, estabelecendo que a medida de internação só seria aplicada quando outra não fosse possível, entendendo a jurisprudência que a sentença que aplica a medida de internação deverá especificar os motivos pelos quais não foi aplicada medida não privativa de liberdade.

Diante do exposto, e com fundamento nos artigos 227, 228, 60, § 4º, IV e 5º, e § 2º, da Constituição Federal c/c 103, 104 e 121, da Lei 8.069/90, cabe rechaçar qualquer proposta legislativa tendente a aumentar o tempo máximo de internação ou estabelecer tempo certo para internação, dependendo do ato infracional praticado e, ainda, qualquer proposta que pretenda suprimir ou mitigar o princípio da excepcionalidade.

⁷ In Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9 ed. P. 721