

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA NO BRASIL COMO BARREIRA À REDUÇÃO DA IDADE PENAL

VISÕES DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO APLICADO

KARYNA BATISTA SPOSATO

Mestre em Direito Penal pela USP. Doutoranda em Direito pela UFBA e pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Professora de Direito Penal da Faculdade Ruy Barbosa. Consultora nacional do Fundo das Nações pela Infância em matéria de Justiça da Infância e Juventude.

Revista Brasileira de Ciências Criminais • RBCCrim 80/80 • set.-out./2009

ÁREA DO DIREITO: Criança e Adolescente/Constitucional/ Penal-Processo Penal

RESUMO: Vivemos desde a transição democrática brasileira, um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, cujas conseqüências e efeitos podem ser identificados nas novas configurações de qualquer tipo ou natureza de relação jurídica da qual participe uma criança ou um adolescente. Com o objetivo de aprofundar a reflexão no tema da responsabilidade penal de menores de idade e o recorrente debate público em torno de propostas de redução da idade de responsabilidade criminal e de alteração da regra constitucional da inimizabilidade aos 18 anos, o presente texto analisa em que medida a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente cria uma barreira para tais propostas de emenda e reforma constitucional. De um lado parece inegável que a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente abra significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e conseqüentemente de sua alteração. De outro, o reconheci-

ABSTRACT: Since the Brazilian democratic transition we have experienced an unquestionable process of constitutionalization of the Rights of Children and Adolescents in the Brazilian Legal System. Its consequences and effects can be identified in new settings of all types or nature of legal relations concerning children or adolescents. With the objective of deepening the reflection on criminal liability of minors and the recurrent public debate on the proposal to reduce the criminal liability age and make changes to the constitutional rule of criminal liability under 18 years of age. This paper analyzes to what extent the constitutionalization of the Rights of Children and Adolescents create a barrier to these proposals of amendment and Constitutional Reform. On one hand it seems unquestionable that the constitutionalization of the Rights of Children and Adolescents open significant spaces of control over any impulse of compulsion for non-compliance to a constitutional norm and as a consequence, its altering. On the other hand,

to da natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, esvazia o debate da redução da idade penal em conteúdo e utilidade. Mais que isso, o reconhecimento de sua dimensão constitucional implica inevitavelmente traçar os efetivos impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização – Neoconstitucionalismo – Imputabilidade penal – Direitos fundamentais – Constituição material – Condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

the recognition of the criminal nature of the measures applied to adolescents of 12 years of age or older, empties the debate over the reduction of criminal age in terms of content and use. More than that, the recognition of its constitutional dimensions inevitably results in outlining the effective restraints of the progress of such proposals within our constitutional system.

KEYWORDS: Constitutionalization – Neo-constitutionalism – Criminal liability – Fundamental rights – Material constitution – Peculiar condition of the person under development.

SUMÁRIO: 1. Aproximações ao conceito de constitucionalização e neoconstitucionalismo-; 1.1 A constitucionalização do direito na Constituição Federal brasileira de 1988 – 2. Criança e Constituição no ordenamento jurídico brasileiro; 2.1 Princípios constitucionais do direito da criança e do adolescente: da retórica ao respeito – 3. Impedimentos constitucionais à redução da idade penal; 3.1 Preexistência de um modelo jurídico de responsabilidade penal diferenciada; 3.2 Inconstitucionalidade das propostas de redução da idade penal e violação da Constituição material – 4. Considerações finais – Referências bibliográficas

“Tecendo a manhã

Um galo sozinho não tece uma

manhã: ele precisará sempre de outros galos.

De um que apanhe esse grito que ele e o lance a outro; de um

outro galo que apanhe o grito de um galo antes e o lance a

outro; e de outros galos que com muitos outros galos se cruzem

os fios de sol de seus gritos de galo, para que a manhã,

desde uma teia tênue, se vá tecendo, entre todos os galos.

E se encorpando em tela, entre todos, se erguendo tenda, onde

entrem todos, se entretendendo para todos, no toldo

(a manhã) que plana livre de armação.

A manhã, toldo de um tecido tão aéreo que,

tecido, se eleva por si: luz balão.”

(João Cabral de Melo Neto. A educação pela pedra.

Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1966)

1. Aproximações ao conceito de constitucionalização e neoconstitucionalismo

Para percorrer o caminho proposto por este texto dois conceitos preliminares são imprescindíveis. A definição de “constitucionalização” de um lado, e de outro, de “neoconstitucionalismo” como pontos de partida

da reflexão que se pretende tecer, especialmente para a configuração do atual Direito da Criança no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁻²

Para delimitar a expressão constitucionalização e seus efeitos no campo dos direitos de crianças e adolescentes, valemo-nos das lições de Riccardo Guastini, constitucionalista italiano que desenvolveu sete critérios ou condições de avaliação da presença de normas constitucionais nos ordenamentos jurídicos.

Em primeiro lugar, a constitucionalização de um determinado ordenamento jurídico significa para o autor que o mesmo encontra-se totalmente impregnado por normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza, portanto, por uma Constituição extremamente invasora, até mesmo intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, assim como também a ação de atores políticos e as relações sociais.³

Como a constitucionalização pode ser aferida em diferentes graus e estágios, as sete condições propostas por Guastini oferecem aspectos de análise, no mais das vezes, extremamente inter-relacionados. Assim, a primeira condição correspondente a uma Constituição rígida, implica conseqüentemente que seja também escrita e protegida contra a legislação ordinária. Em outras palavras, a Constituição goza de superioridade em relação à legislação ordinária. Está por cima dela, não podendo ser derogada ou modificada. Se atualmente quase todas as Constituições contemporâneas são escritas e ao mesmo tempo rígidas, convém destacar, como adverte Guastini que a constitucionalização é mais acentuada quando existem princípios constitucionais (expressamente formulados ou mesmo implícitos) que não podem ser modificados de modo algum, nem sequer por procedimentos de revisão constitucional. Quando isto se apresenta, chama-se de Constituição material ao conjunto de princípios imutáveis.

Independentemente do modelo de controle da constitucionalidade adotado, este é o segundo aspecto a ser observado, ou seja, a existência de uma instância de controle sobre a conformidade das leis com a Constituição. O terceiro aspecto corresponde à força vinculante da

1. Recebimento: 22.07.2009. Aprovação: 06.08.2009.

2. Dedicado a Gabriel, em meus sete meses de gestação. Por que a espera é um doce e singular processo de gerar um filho e gerar também uma mãe.

3. Guastini, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

Constituição e pode ser traduzido como a idéia de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou conteúdo normativo, é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos. O quarto aspecto, também intensamente relacionado a este, diz respeito à interpretação do texto constitucional de forma extensiva, ou seja, de modo que não sobrem espaços vazios para nenhum tipo de discricionariedade legislativa, e assim, toda decisão legislativa se vê pré-regulada por uma norma constitucional.⁴

A quinta condição indica a superação da lógica liberal clássica de que as normas constitucionais não regulam relações entre particulares. Conforme o constitucionalismo, atual cabe sim às Constituições moldar as relações sociais, e deste modo, os princípios gerais ou normas programáticas constitucionais podem produzir efeitos diretos, sendo aplicados por qualquer juiz por ocasião de qualquer controvérsia. Já a sexta condição indica a necessidade de uma interpretação das leis conforme a Constituição, o que significa a adoção da interpretação mais harmoniosa e adequada à Constituição, evitando-se qualquer tipo de contradição.⁵

4. À título ilustrativo, sobre a Supremacia da Constituição, merece menção o trecho da MC na ADIn 293/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.04.1993: "O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na ida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao STF incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada" (Cunha Júnior, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 32)

5. Trata-se do que José Joaquim Gomes Canotilho denomina de "superlegalidade material", que quando combinada à superlegalidade formal (constituição como norma reguladora da produção jurídica) produz o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, encerrando a idéia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais

A sétima e última condição, implica influência da Constituição nas relações políticas. Seja no tocante à resolução de conflitos de competências entre distintos órgãos, seja no controle da discricionariedade política, ou ainda para justificar ações e decisões dos órgãos constitucionais e atores políticos.

Paralelamente, por neoconstitucionalismo podemos entender o fenômeno de mudanças e transformações operadas no modelo de Estado Constitucional, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, em diversos países e partes do mundo.⁶

Muito embora possamos ainda encontrar no âmbito da teoria constitucional moderna uma abordagem do neoconstitucionalismo como determinada teoria do Direito, ou seja, como esforço explicativo ou justificativo de um novo estado de coisas, neste texto nossa opção metodológica é pela perspectiva que alude a um modelo de organização jurídico-política ou de Estado de Direito.

Tomando as lições de Luigi Ferrajoli, a expressão “Estado de Direito” abarca por sua vez, duas coisas distintas.⁷ Em um sentido formal, Estado de Direito designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos por lei e exercidos nas formas e procedimentos também legalmente estabelecidos, o que significa que todos os ordenamentos jurídicos modernos podem ser concebidos como Estado de Direito, inclusive os ordenamentos mais antigos, ou mais anti-liberais, desde que presente a fonte e a forma legal. O segundo sentido, substancial, implica consideração de Estado de Direito de somente os ordenamentos nos quais os poderes públicos estejam, além de sujeitos à lei, portanto limitados ou vinculados a ela, condicionados do ponto de vista das formas e dos conteúdos.

Aliás, esta é justamente a concepção de Estado de Direito predominante no uso italiano, ou seja, na doutrina italiana, são Estados de Direito os ordenamentos nos quais todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais estabelecidos pelas normas constitucionais, a exemplo, da divisão de poderes e os direitos fundamentais.

plasmados nas regras ou princípios constitucionais. (Cunha Júnior, Dirley da. Op. cit., 2006, p. 28.)

6. Esta é a concepção que perpassa toda a obra coordenada por Miguel Carbonell. Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
7. Ferrajoli, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 13.

A compreensão do neoconstitucionalismo como um modelo de Estado de Direito, nos conduz a reconhecer três paradigmas ao longo da história constitucional: (a) o Direito Pré-moderno, (b) o Estado Legislativo de Direito e (c) o Estado Constitucional de Direito.⁸

Como esclarece Ferrajoli, o Estado de Direito nasce com a forma do Estado Legislativo de Direito, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido e até mesmo existente, independentemente de sua valoração como justo. Neste cenário, a experiência deixa de ser jurisprudencial e se submete à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação. Portanto mais voltada à forma que ao conteúdo.

Uma segunda mudança se processa com a subordinação da legalidade a Constituições rígidas através de uma específica jurisdição de legitimidade. A possível divergência entre Constituição e legislação confere um papel não só exclusivamente explicativo como também crítico e projetivo em relação a seu próprio objeto. Paralelamente se altera o papel da jurisdição com a subordinação de lei aos princípios constitucionais, o que equivale a introduzir uma dimensão substancial não só nas condições de validade das normas como também na natureza da democracia.

Importa reconhecer ainda, que ambos os modelos - Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional passam por uma crise que afeta ao princípio da legalidade, e tem por gênese, por exemplo, a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, resultado de uma política que degradou a legislação à administração, e dilapidou a distinção entre ambas funções tanto no terreno das fontes como dos conteúdos.

Um segundo aspecto a ser observado se relaciona com a confusão de fontes normativas e a incerteza em torno das competências, sobretudo pelo desenvolvimento de um Direito comunitário jurisprudencial incerto, a regressão ao pluralismo e à superposição dos ordenamentos que foram próprios do Direito Pré-moderno. Expressões como princípio da legalidade e reserva de lei tem neste novo contexto cada vez menos sentido.

Além disso, o processo de integração mundial que chamamos de globalização pode ser visto como um vazio de Direito público produzido da ausência de limites, regras e controle frente a força tanto dos Estados com maior potencial militar como dos grandes poderes econômicos privados.

8. Ferrajoli, Luigi. Op. cit., 2003, p. 14.

De acordo com Gerardo Pisarello, há uma distinção analítica importante entre os conceitos de “mundialização” e “globalização”. Poder-se-ia inclusive, segundo ele, falar de mundialização, e mundializações em plural para designar os progressivos e complexos processos de internacionalização de forças sociais e produtivas que operam, não sem contradições e com distinta intensidade no capitalismo. O conceito de globalização, diferentemente, deveria ser utilizado apenas como ideologia destinada a justificar a extensão do capital a distintos âmbitos geográficos sob as regras e o interesse de poderes privados e, portanto, sem regulações públicas democráticas.⁹

Como vimos, o chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros aspectos, essencialmente pela incorporação de valores e orientações políticas no ordenamento, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.¹⁰

Nesse contexto, as Constituições mostram-se intensamente invasoras, na medida em que impregnam e condicionam a legislação, a jurisprudência, os operadores do Direito e também os mais diversos atores políticos. No Constitucionalismo contemporâneo, valores e opções políticas fundamentais se transformam em normas jurídicas, num grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona.

Conforme assinalado pelo doutrinador italiano Riccardo Guastini, a expressão “constitucionalização do ordenamento jurídico” se refere justamente ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Para Guastini é possível observar graus de constitucionalização que projetam o quanto a ordem jurídica se encontra impregnada pela diretriz constitucional. Segundo o autor, existem condições de constitucionalização que uma vez realizadas nos apontam o grau (maior ou menor) de constitucionalização daquele ordenamento jurídico. As sete condições já detalhadas demonstram e evidenciam quando o ordenamento jurídico pode ser considerado efetivamente impregnado pelas normas constitucionais.

Quando isto ocorre, a Constituição deixa de ser vista como um “manifesto político” repleto de meras recomendações aos operadores do

-
9. Entretanto, como este não é o foco da presente reflexão, apenas assinalamos esta dupla possibilidade de leitura e compreensão dos conceitos (Pisarello, Gerardo. *Globalización, constitucionalismo y derechos*. In: Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007).
 10. Barcellos, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico* 15, jan.-mar. 2007.

Estado e do Direito. Para alguns autores, trata-se exatamente da transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Na definição de Luigi Ferrajoli, o Estado Constitucional de Direito é um novo modelo de direito e de democracia.¹¹ Para ele, o garantismo é a outra cara do constitucionalismo, na medida em que lhe corresponde a elaboração e a implementação das técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Além disso, sua concepção do paradigma democrático conduz à garantia de todos os direitos, não somente os direitos de liberdade, como também os direitos sociais. Garantia que se estabelece também frente a todos os poderes, não só aos poderes públicos mas também aos poderes privados, e em terceiro lugar, garantia em todos os níveis, doméstico e internacional.

Por tais razões, o futuro do constitucionalismo, assim como da democracia, no entender de Ferrajoli está confiado a uma articulação entre o constitucionalismo social e o liberal, entre o constitucionalismo de direito privado e o de direito público e o constitucionalismo internacional e o nacional. Assim sendo, a história do constitucionalismo pode ser lida como a história de uma progressiva extensão da esfera dos direitos.

Todas estas considerações colaboram na elucidação da realidade brasileira em face da Constituição Federal de 1988 e seus efeitos para outros ramos do Direito, como ocorre com o Direito da Criança e do Adolescente.

1.1 *A constitucionalização do direito na Constituição Federal brasileira de 1988*

Em primeiro lugar é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira de 1988 é uma das representantes do que se conhece por constitucionalismo dirigista ou de caráter social, iniciado com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919,¹² com forte influência do modelo alemão do segundo pós-guerra, assim como da Constituição portuguesa, adotada depois da derrubada do regime salazarista, nos anos 70.

Como toda Constituição social, estabelece obrigações positivas para o Estado na área social, buscando regulamentar as atividades eco-

11. Ferrajoli, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. In: Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

12. Vieira, Oscar Vilhena. *A globalização e o direito - realinhamento constitucional*, 2006.

nômicas, assim como configurando órgãos para a implementação de suas políticas públicas, que podem inclusive constituir agentes econômicos diretos.¹³

A Constituição de 1988, ainda que elaborada num contexto de franco reducionismo dos direitos de caráter social, adotou a roupagem do Estado de Bem-estar Social, o que se pode compreender pela própria história brasileira marcada por profundos padrões de desigualdade e repressão de suas demandas básicas por um longo regime ditatorial. Com a participação intensa da sociedade civil, jamais verificada antes na história do país, e também sob forte influência corporativa, a Constituição de 1988 se configurou num compromisso entre os diversos setores articulados que detinham, naquele momento, parcelas de poder.

Pode-se ver como adverte Oscar Vilhena Vieira, um compromisso maximizador, através do qual, distintos setores lograram alcançar a constitucionalização de seus interesses substantivos. Conseqüentemente, efeitos colaterais são produzidos por esta intensa constitucionalização, dentre eles, o próprio envelhecimento precoce do texto constitucional.¹⁴ Se de um lado a rigidez é garantida, e, portanto a perenidade a uma infinidade de assuntos e temas, de outro, quando as circunstâncias se modificam é quase inevitável não pensar numa mudança na Constituição.¹⁵

Fato é que a Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma, de dupla dimensão: comprometimento com a efetividade de suas normas, e desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.¹⁶ Em outras palavras, tal paradigma permite reconhecer sua força

13. Conforme a maioria dos autores define, a gênese do Constitucionalismo Social pode ser aferida nos movimentos sociais das revoluções mexicana de 1910 e russa de 1917, e se constitui paulatinamente como uma postura diferenciada do Estado em face dos indivíduos, pelo princípio da não-neutralidade e a intervenção no domínio econômico em ordem à consecução de uma sociedade menos desigual (Jorge e Silva Neto, Manoel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

14. Vieira, Oscar Vilhena. Op. cit, 2006.

15. Em outro sentido, pondera Luís Roberto Barroso que a despeito da compulsão reformadora, a Constituição brasileira vem consolidando um verdadeiro sentimento constitucional, e absorvendo graves crises políticas dentro do quadro de legalidade constitucional (Barroso, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2001)

16. Sobre os temas, ver Luís Roberto Barroso: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2001, e do mesmo autor, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2001.

normativa, o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superando a concepção anterior de ser a Constituição apenas um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.

Como ensina Luís Roberto Barroso, estas transformações alteraram significativamente a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. Um dos efeitos mais visíveis foi a perda de preeminência do Código Civil mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microsistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família).¹⁷ E assim como sucedeu na Alemanha, após a Segunda Guerra, a Lei Fundamental brasileira passou ao centro do sistema.

No caso brasileiro, o novo Direito constitucional coincide com a redemocratização e reconstitucionalização do país, o que o reveste de características bastante particulares, afetando o modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, sobretudo no desafio de superação de históricas desigualdades e desvios no campo da economia e da política.

Este fenômeno de ler e apreender toda a ordem jurídica através da lente da Constituição foi denominado por Gomes Canotilho como *filtragem constitucional*, na medida em que todos os institutos, inclusive do direito infraconstitucional são reinterpretados na ótica constitucional com o objetivo de consagrar os valores enunciados pela Constituição.¹⁸

E ainda que o constitucionalismo, por si só, não seja capaz de sanar todos os problemas sociais, não se pode negar sua contribuição.

A Constituição Federal de 1988 traduz para a realidade brasileira a idéia de neoconstitucionalismo e de constitucionalização de distintos ramos infraconstitucionais do Direito. Daí ser considerada uma Constituição material, que funciona como limite ou garantia e ao mesmo tempo como norma diretiva fundamental.¹⁹ Evidentemente, a constitucionalização não é absoluta, mas como já discutido comporta diferentes graus ou estágios de implementação. Uma possível chave de leitura é a que toma como premissa o *constitucionalismo dos direitos*, a partir da consideração de que os direitos e liberdades fundamentais vinculam a todos os poderes públicos e originam direitos e obrigações, não se resumindo a meros princípios programáticos.

17. Barroso, Luís Roberto. Op. cit., 2001.

18. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*, 1991.

19. Fioravati, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* apud Sanchís, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

Assim sendo, princípios, diretrizes e valores, que se fazem presentes no texto constitucional de 1988 revelam esta perspectiva. Nas palavras de Luis Prieto Sanchís, não há problema jurídico que não possa ser constitucionalizado, e isso significa que devemos descartar a existência de um mundo político separado ou imune da influência constitucional.²⁰

O art. 5.º da CF/1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais demonstra inequivocamente a constitucionalização de diversos ramos infraconstitucionais, com especial importância aos efeitos limitadores produzidos no *ius puniendi* do Estado,²¹ pois se de um lado a Constituição Federal é a primeira manifestação legal da política penal de um Estado, de outro é ela que confere maior racionalidade ao sistema.²²

No campo dos Direitos da Criança e do Adolescente, é o Capítulo VII da Constituição que reúne os principais dispositivos constitucionais, merecendo especial menção os arts. 227, V e 228 da CF/1988.

O art. 227 da CF/1988 determina que os direitos de crianças e adolescentes devam ser assegurados com absoluta prioridade, obrigando não só ao Estado, mas também à família e à sociedade na sua garantia:

“É dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O § 3.º do mesmo artigo, define a proteção especial detalhando cada um de seus aspectos:

“O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, XXXIII;

20. Sanchís, Luis Prieto. Op. cit., 2007.

21. Os incs. III, XXXIX, XLVII do artigo 5.º da CF/1988 são bons exemplos: “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XLVIII - 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”.

22. Shecaira, Sérgio Salomão; Corrêa Junior, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

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;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.”

Finalmente, o art. 228 da CF/1988 trata da responsabilidade penal diferenciada aos menores de 18 anos, ecoando a mesma regra do art. 27 do CP vigente:

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

2. Criança e Constituição no ordenamento jurídico brasileiro

Como já assinalado ainda que preliminarmente, a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil é operada pela Carta Constitucional de 1988, que adota de forma clara e taxativa um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Este sistema tem sua raiz na conformação dos direitos elencados nos arts. 227 e 228 da CF/1988 como direitos humanos, e conseqüentemente como manifestações da própria dignidade humana que é o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.²³

De fato, a mudança de paradigma e a introdução de um novo Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento brasileiro encontra suas origens na ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989, na Campanha Criança e Constituinte e logo na entrada em vigor da própria Constituição. Este processo de alteração jurídica e social possui

23. Machado, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

um enorme significado, o qual Emilio Garcia Mendez definiu como a conjunção de três coordenadas fundamentais: infância, lei e democracia.²⁴

Portanto, uma breve recuperação do que foi o processo popular de construção da Constituição de 1988, no campo dos direitos da infância e adolescência, permite identificar três aspectos centrais.

O primeiro já externado por Luigi Ferrajoli de que não só a democracia garante a luta pelos direitos, mas também, e fundamentalmente, a luta pelos direitos garante a democracia.²⁵ Em segundo, a capacidade do Direito de influenciar a política social, a partir da relação entre a condição jurídica e a condição material da infância. E por último, mas não menos importante, a descoberta de forma empírica de que os problemas da infância são problemas da democracia.²⁶

A partir de 1985, no bojo da Convenção Constituinte, o movimento de luta pelos direitos da infância reuniu 250 mil assinaturas e articulou-se em torno de duas Emendas à Constituição. Seu resultado é a introdução dos princípios básicos de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988. As reivindicações da Campanha Criança e Constituinte traduziam em exata medida a necessidade de substituição do paradigma tutelar/menorista pelo garantista, com incidência em todas as políticas de atenção à infância e juventude, inclusive para os infratores.

Tal introdução correspondia ao consenso na comunidade internacional acerca da necessidade de políticas especiais para a infância e adolescência e ao que posteriormente se constituiu nos princípios inaugurados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 revelam a superação da doutrina da situação irregular e, por conseqüência, da legislação menorista. Como já mencionado, o art. 227 da CF/1988 é um dos pilares da constitucionalidade do novo Direito que tomava forma e implicava a deslegitimação do velho Direito do Menor, presente na legislação anterior (o Código de Menores de 1979).

24. Garcia Mendez, Emilio. *Infância, lei e democracia: uma questão de justiça*. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - Esmec, Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998, p. 23.

25. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

26. Sposato, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 55.

Ao estabelecer a prioridade absoluta da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro o referido artigo, entre outros aspectos, indica que enquanto o antigo direito não era o direito de todos os menores de idade, mas somente dos menores de 18 anos em situação irregular, o novo Direito da Criança é o direito de todas as crianças e adolescentes. Trata-se do reconhecimento da igualdade jurídica entre todas as crianças e todos os adolescentes, que possuindo o mesmo *status* jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupam na sociedade.²⁷

De acordo com a sistemática anterior, o menino abandonado ou vítima de maus-tratos familiar ou privado de saúde ou educação era considerado em situação irregular. Com a regra da prioridade absoluta, estão em situação irregular os pais ou responsáveis que não cumprem os deveres do poder familiar e o Estado que não oferece as políticas sociais básicas, ou ainda as prestações positivas que a Constituição lhe incumbe.

Pode-se falar, portanto de uma constitucionalização do Direito da Criança fundada em dois aspectos principais: o quantitativo, relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; e o qualitativo, relacionado à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes. Ambos aspectos aparecem de forma inequívoca nas regras elencadas pelo art. 227 da CF/1988.

Aquilo que é particular de crianças e adolescentes encontra-se descrito no § 3.º do art. 227 da CF/1988,²⁸ já detalhado no item anterior. Para Martha de Toledo Machado, estes direitos especiais configuram direitos da personalidade infanto-juvenil.

27. Machado, Martha de Toledo. Op. cit., 2003.

28. "§ 3.º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; 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; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins."

Já no tocante ao tratamento repressivo a condutas anti-sociais ou ilícitas de menores de 18 anos de idade, a norma constitucional, portanto, reforçou o dispositivo do art. 27 do CP/1940 adotando a presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 anos. O direito à inimputabilidade penal e os direitos à excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade são direitos individuais, e como tais considerados cláusulas pétreas da Constituição.

2.1 *Princípios constitucionais do direito da criança e do adolescente: da retórica ao respeito*

Como se pode observar, a Constituição democrática de 1988 ao constitucionalizar o Direito da Criança, evidenciou a necessidade de reformulação da legislação especial infraconstitucional para crianças e adolescentes, como condição para o alinhamento entre os avanços da normativa internacional, da própria construção normativa constitucional e a legislação ordinária.

Não por acaso, dois anos após a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.1990, entra em vigor instrumentalizando os mandamentos constitucionais da prioridade absoluta por meio do que se convencionou chamar de “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, que por sua vez, corresponde a uma síntese do pensamento do legislador constituinte a partir de garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados.

É inegável, desse modo, a relação intrincada entre a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Contemporâneos ao consenso na comunidade das nações acerca da necessária proteção especial às crianças e adolescentes, ambos caracterizam-se pelo forte teor programático de suas disposições.²⁹

A opção principiológica do legislador constituinte e estatutário responde à dinâmica e ao contexto político de elaboração das duas normas. Pode-se dizer que ambas promovem quase uma “revolução” jurídica, na medida em que reconhecem direitos e garantias a parcelas da população anteriormente excluídas por completo das prioridades e finalidades do Estado, como é o caso das crianças e dos adolescentes.

Em *Direito e economia na democratização brasileira*, José Eduardo Faria assinala justamente que a opção pela vagueza e generalidade deliberadas das normas constitucionais constituiu-se numa sutil estraté-

29. Sposato, Karyna Batista. Op. cit., 2006, p. 58

gia de contemporização tradicionalmente adotada pelos legisladores nos momentos históricos de grande clivagem política e de graves tensões sociais.³⁰

Diferentemente das normas preceptivas destinadas a casos padronizáveis, os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses, uma racionalidade material e não apenas lógico-formal e inevitavelmente enfrentam maiores dificuldades na formação e consolidação da jurisprudência.

Esta técnica legislativa posterga de certa forma a atividade legiferante para situações-limite, já que ao intérprete cabe a adequação do princípio ao caso concreto. Em outras palavras, significa dizer que o juiz, ao decidir, legisla diante do elevado número, por exemplo, de princípios constitucionais e estatutários ainda não regulamentados.

No mesmo sentido, João Maurício Adeodato, em *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*, aponta a dificuldade em transformar o Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito tão-só através de textos normativos ou até de normas jurídicas. Sobretudo, levando-se em consideração que o texto constitucional brasileiro é originário de um contexto social e constituinte multifacetado ao extremo. Além da presença marcante de normas programáticas, há alguns preceitos que têm a função simbólica de fazer crer que funcionam.³¹

Marcelo Neves também compartilha desta perspectiva no artigo: *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*.³² Ao distinguir dois modelos de Constituição, normativas (aquelas que efetivamente regulam as relações reais de poder) e simbólicas, ele pondera que esta última responde a exigências e objetivos políticos concretos. Na realidade, transmite-se um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas.

Assim, os problemas sociais permanecem de fato inalterados, quando não, ainda se obstrui o caminho para mudanças sociais em direção ao Estado Constitucional. Nestes cenários, o discurso do poder invoca per-

30. Faria, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 92

31. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 226.

32. Neves, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. *Revista de Informação Legislativa* 33, Brasília, out.-dez. 1996.

manentemente o documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais.

Entretanto, a constitucionalização simbólica também tem seus limites, podendo inverter-se contraditoriamente, demonstrando a discrepância entre a ação política e o discurso constitucionalista.

Neves ainda adverte que isto não se confunde com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, pois na constitucionalização simbólica há um funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e do texto constitucional que atinge a vigas mestras do sistema constitucional.

Como assinalou Bryde a respeito da experiência africana: “as Constituições simbólicas em oposição às normativas, fundamentam-se, sobretudo nas pretensões (correspondentes a necessidades internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal.”³³

Como se destaca, a retórica político-social dos “direitos humanos” é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional. Apesar disso, pode dar margem ao surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização de valores proclamados solenemente no texto constitucional, e portanto integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Daí não ser correto considerar a constitucionalização simbólica como um jogo de soma zero, justamente pela possibilidade de construção de uma esfera pública pluralista.

Esse fenômeno, aliás, é bastante presente no campo dos direitos da infância e juventude, pois são inúmeras as organizações sociais envolvidas com a temática, sem dizer nas instâncias específicas organizadas como a Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente no Congresso Nacional.³⁴

33. Bryde, Brun Otto apud Neves, Marcelo. Op. cit., 1996.

34. Ao lado dos movimentos sociais, diversos(as) parlamentares estão conseguindo fortalecer a pauta da infância e juventude na agenda do Congresso Nacional e do país, por meio da Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Criada em 1993, a Frente ganhou força a partir de 2003, quando vários(as) deputados(as) e senadores(as) eleitos(as) assumiram o compromisso de revitalizar o trabalho, dando prioridade ao problema do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes. Não são só os esforços em relação à violência sexual marcam a atuação desses(as) parlamentares. A Frente realiza diversas ações junto ao governo e à sociedade civil e se envolve no

Apesar de suas limitações, o Direito da Criança constitucionalizado, e presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, revela-se um instrumento importante de ação social pela melhoria das condições objetivas e materiais da infância e adolescência brasileiras. A redação do art. 3.º do ECA é bastante exemplificativa:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

O dispositivo normativo indica que a própria lei não esgota sua operacionalização, que deve ser atingida mediante políticas públicas e ações efetivas da sociedade. Daí a expressão “outros meios”.

Assim como ocorre em diversas disposições constitucionais, no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma sutil, o legislador lançou mão de normas de *eficácia contida*, dependentes de futura regulamentação e da necessária implementação de políticas públicas.³⁵

De certo modo, essa técnica legislativa é também decorrência da sintonia que o Estatuto da Criança e do Adolescente guarda com os princípios e preceitos da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Estado brasileiro, meses depois de sua entrada em vigor.

aprofundamento de debates complexos, tomando posições a favor da infância e juventude no que diz respeito à redução da idade penal, ao trabalho infantil, à violência urbana, entre outros. Os(as) parlamentares também acompanham todas as discussões e projetos que dizem respeito ao segmento infanto-juvenil no âmbito do Poder Legislativo. A experiência teve tanto impacto para a garantia dos direitos infanto-juvenis que está sendo replicada em âmbitos estaduais e municipais. Em agosto de 2005, foi lançado o Pacto Nacional do Poder Legislativo pela Infância e Adolescência. Deputados(as) de todos os estados brasileiros se comprometeram a criar mecanismo de interação entre os três âmbitos de Poder Legislativo: municipal, estadual e federal. Já foi criada também a Rede Nacional de Frentes Parlamentares de Defesa da Criança e do Adolescente. O objetivo é que parlamentares de cada Estado e município se unam em torno desse segmento. Atualmente, oito Estados já criaram a sua própria frente parlamentar.

35. Para uma análise mais detalhada sobre o tema da eficácia das normas constitucionais, ver Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, a discussão de Silva, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese de professor titular, São Paulo, USP, 2005.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é fruto de dez anos de trabalhos da Assembléia Geral das Nações Unidas, que nesse período preparou as disposições que viriam a constituir o documento. As disposições e artigos retomam direitos e liberdades proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e Pactos Internacionais. São retomados também os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e da Declaração sobre os Direitos da Criança adotada em 1959.

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), os arts. 23 e 24 cuidam da questão da família e da criança, apontando a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado no estabelecimento de medidas que garantam a condição da criança. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), particularmente o art. 10, também se remete ao tema, protegendo a família, as mães e todas as crianças e adolescentes contra qualquer exploração econômica e social.

Ressalte-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ao reiterar elementos das declarações internacionais anteriores, inova no estabelecimento de elementos de defesa efetiva da cidadania. Chamada por Edson Sêda de a "Lei das leis", a Convenção consolida um Corpo de legislação internacional denominado "Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância".

Esse corpo legal é formado pela própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens privados de Liberdade, e pelas Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (diretrizes de Riad).

De modo geral, especialmente na América Latina e Caribe, as regras da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança conviveram de forma contraditória com as legislações de menores. No entanto, o exemplo brasileiro desencadeou um processo inovador de reformas legislativas pela adequação das leis domésticas ao tratado, favorecendo dessa forma que a Convenção não restasse como mais um instrumento de direito internacional de escassa exigibilidade. Pelo contrário, seu surgimento e difusão coincidiram com a transição democrática em muitos países latino-americanos.

Assim sendo, as disposições da Lei 8.069/1990 demonstram com clareza a influência dos princípios fixados pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que de modo uníssono tra-

duzem a afirmação histórica dos direitos humanos. No caso de crianças e adolescentes, o reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

O conteúdo e a abrangência da mudança de paradigma introduzida pela Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro são de alta complexidade, mas podem ser ilustrados por seis aspectos principais:³⁶

- a) reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos;
- b) institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude;
- c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal;
- d) municipalização da política de atendimento;
- e) eliminação de internações não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções;
- f) incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e função do Ministério Público como de controle e contrapeso.

Ainda que muitos outros elementos da normativa da criança e do adolescente tenham passado à margem dessas considerações, importa reconhecer que a constitucionalização operou substantivas transformações. A começar pela superação da categoria de menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei. E finalmente, a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como norteadores das ações dirigidas à infância e ao mesmo tempo, limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei. Esta última dimensão será detalhada no item seguinte.

No tocante aos princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente, o ponto de partida deve ser a proteção integral como linha mestra que reúne e harmoniza todos os demais princípios em um conjunto.

36. Sposato, Karyna Batista. Op. cit., 2006, p. 61.

A proteção integral deve ser concebida como a doutrina jurídica que sustenta todo atual Direito brasileiro da Criança e do Adolescente. Seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas,³⁷ conforme a necessidade. Trata-

37. A construção didática do Sistema de Garantias da Infância e Adolescência elaborado pelo juiz Leoberto Narciso Brancher é elucidativa. As políticas públicas destinadas à infância e adolescência podem ser agrupadas em três segmentos distintos: (a) políticas básicas (art. 4.º, ECA): saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura; (b) políticas de proteção especial (arts. 23, parágrafo único, 34, 101 e 129, ECA): orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sociofamiliar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde, atendimento a vítimas de maus-tratos, tratamento da drogadição, renda mínima familiar, guarda subsidiada e abrigo; e (c) políticas socioeducativas (arts. 112 e 129, ECA): prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semi-liberdade e internação. O juiz da infância e adolescência não só constrói uma matriz didática do sistema como possibilita que cada um desses segmentos seja identificado a partir do prisma da prevenção: as políticas básicas correspondem às políticas de prevenção primária; as de proteção especial são políticas de prevenção secundária; e as socioeducativas consistem na prevenção terciária, portanto última categoria a ser acionada. Sua construção lança mão ainda da representação de um "sinal de trânsito", um semáforo. As políticas universais básicas são como um sinal verde, uma vez que devem atingir a todos, indistintamente, como condição para o desenvolvimento de toda criança e de todo adolescente. Já as políticas de proteção especial podem ser vistas como um sinal de alerta. Trata-se do sinal amarelo que exige atenção para situações de risco pessoal ou social de uma criança ou de um jovem. Finalmente, o sistema socioeducativo, correspondente ao Direito Penal juvenil, é equiparado ao sinal vermelho, revelando que os demais segmentos falharam em certa medida e a intervenção, neste caso, será a mais intensiva e aguda na vida do adolescente (Brancher, Leoberto Narciso. *Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender*. Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999). Considerando que a interpretação dos princípios, regras e normas do Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar de forma sistemática e não pontual, parece-nos evidente que essas três categorias de políticas públicas voltadas à infância e juventude não são estanques nem independentes. Pelo contrário, sua implementação implica a articulação de serviços e programas, e o exemplo da cumulação de medidas protetivas associadas à imposição de uma medida socioeducativa é emblemático. Consoante o art. 112 do ECA, que elenca as medidas sócio-educativas aplicáveis a um adolescente que transgrediu a lei penal, é possível a aplicação também de quaisquer uma das medidas protetivas

se de um princípio norteador que deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção.

Como argumenta Martha de Toledo Machado, muito embora a tendência majoritária da doutrina seja identificar apenas três grandes princípios, quais sejam, a proteção integral, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a prioridade absoluta, parece emergir do processo de constitucionalização do Direito da Criança, cinco princípios gerais:

- a) princípio da proteção integral;
- b) princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
- c) princípio da igualdade de crianças e adolescentes;
- d) princípio da prioridade absoluta; e
- e) princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes.³⁸

Usamos ainda acrescentar um sexto princípio correspondente ao melhor interesse da criança e do adolescente, ou como denominam alguns doutrinadores, o “princípio do interesse superior da criança e do adolescente”.

Não podemos perder de vista ainda que há matéria penal envolvida com o direito de crianças e adolescentes, como se desdobra das próprias normas constitucionais de limitação do *us puniendi* e de fixação da imputabilidade penal. Para este campo, outros princípios que podem ser considerados especiais se despontam, tais como:

- a) princípio da reserva legal;
- b) princípio da culpabilidade;
- c) princípio da imputabilidade penal;
- d) princípio da excepcionalidade na privação de liberdade;
- e) princípio do contraditório;
- f) princípio da ampla defesa.

previstas no art. 101, I a VI da Lei. À título de exemplo, muitos são os casos de adolescentes autores de ato infracional com dependência química. A situação *in concreto* demanda não só a imposição de medida socioeducativa adequada como também a inclusão do adolescente em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

38. Machado, Martha de Toledo. Op. cit., 2003, p. 411.

3. Impedimentos constitucionais à redução da idade penal

Das considerações traçadas até o momento, podemos concluir que há um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, consentâneo ao momento social, político e econômico em que vivemos. Deste processo, conseqüências e efeitos podem ser identificados gerando novas configurações para qualquer tipo ou natureza de relação jurídica da qual participe uma criança ou um adolescente.

Com o objetivo de aprofundar a reflexão no tema da responsabilidade penal de menores de idade e o recorrente debate público em torno de propostas de redução da idade de responsabilidade criminal e de alteração da regra constitucional da inimputabilidade aos 18 anos, nos dedicamos a analisar em que medida a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente cria uma barreira para tais propostas de emenda e reforma constitucional.

Vale dizer que nosso ponto de partida considera que o Direito brasileiro possui um conjunto de regras que, se interpretadas em sua extensão, apontam para a impossibilidade de reduzir a idade penal, tal qual sugerem as propostas atualmente em discussão no Senado e Câmara Federal. Sendo que boa parte destas regras é de natureza constitucional.

Em primeiro lugar devemos observar que o Direito brasileiro da Criança e do Adolescente está ancorado na doutrina da proteção integral, cujos princípios relacionados à menoridade penal são, o reconhecimento aos adolescentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do adolescente quando da imposição de qualquer medida que afete seu desenvolvimento e liberdade.

Do ponto de vista da inconstitucionalidade das propostas, outra dimensão importante se relaciona à identificação do direito à inimputabilidade penal como cláusula pétrea, conteúdo material da Constituição, derivado de princípios inmutáveis.

Tratando-se de direito e garantia individual, a melhor interpretação parece ser aquela que não só enfatiza a principiologia constitucional (prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes) como 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 estes dispositivos apontam para a necessidade de uma legislação e jurisdição especiais no trato de questões relacionadas à infância e à juventude.

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 corresponderá a fiscalização e o acompanhamento da execução penal.

Importante e necessário sublinhar que o exercício do *ius puniendi* não representa um espaço isento de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque toda pena representa uma afetação aos direitos fundamentais e toda afetação deste tipo exige uma carga de justificação. O próprio tipo penal na medida em que possa ser concebido como um limite ao exercício de direitos constitui-se também como uma forma de afetação aos direitos fundamentais e por idênticas razões, deve adequar-se a essa exigência de justificação.³⁹

Desse modo, podemos aferir que a conexão entre direito penal e direitos fundamentais é dupla: de um lado em razão da pena e de outro da conduta tipificada, que limita e circunscreve a esfera de exercício legítimo de direitos.

A primeira conclusão que emerge é de 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. Aqui deve prevalecer a supremacia constitucional como garantia da própria Constituição,⁴⁰ do contrário coloca-se em risco a própria unidade da Carta Política.

No campo da responsabilidade pelo cometimento de infrações à lei penal, a doutrina da proteção integral produz seus efeitos já na definição inicial da pessoa sobre a qual pode incidir uma sanção. Ou seja, a definição de adolescente como a pessoa entre 12 e 18 anos incompletos. Abaixo dos 12 anos, a criança, ainda que tenha atuado infringindo leis penais, não será submetida a um procedimento de responsabilização, mas poderá ser inserida em programas de proteção, conforme a avaliação da necessidade.

39. Sanchís, Luis Prieto. Op. cit., 2007.

40. Cunha Júnior, Dirley da. Op. cit., p. 33.

Na faixa etária seguinte, que caracteriza a adolescência (12 a 18 anos incompletos), tem início um modelo de responsabilidade especial, cujas regras estão disciplinadas na Constituição Federal de 1988 e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal 8.069/1990, em profunda sintonia com o que se convencionou chamar de “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância.”

Considera-se um modelo de responsabilidade especial por se fundamentar em uma lei e em um sistema de justiça também especializados, de forma a concretizar as exigências de um atendimento e tratamento multidisciplinar da questão. O direito, isoladamente, não tem condições de solucionar de forma adequada a questão do envolvimento de adolescentes com a criminalidade. Por tais motivos, as respostas ou medidas que decorrem da comprovação da prática de um delito têm uma dupla dimensão: a sancionatória, que reprova o ato cometido, e a pedagógica, que visa oferecer condições efetivas para a superação daquela vivência infracional e vulnerabilidade social.

Nesse contexto, ganha importância o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento atribuída ao adolescente, que é descrito no art. 227, § 3.º, V, da CF/1988 como já detalhado.

O dispositivo constitucional está também refletido no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, precisamente nos arts. 6.º e 121 do ECA. Respectivamente:

“Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

“A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

O princípio traduz a concepção de um ser humano em processo de desenvolvimento e formação.

Como esclarece Mary Beloff,⁴¹ a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, os adolescentes são responsáveis pelos delitos que cometem de maneira específica. A responsabilidade é justamente o ponto de partida da abordagem que considera o adolescente como su-

41. Beloff, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño* 2, Buenos Aires: Unicef, 2001.

jeito de direitos. É decorrência do direito a ser como é, e também do direito a ser responsável pelo que faz. Sendo assim, no marco da Convenção, ser sujeito de direitos significa que crianças e adolescentes são titulares dos mesmos direitos de que gozam todas as pessoas e outros direitos específicos que decorrem da condição de pessoa que está em formação, em desenvolvimento. Nem meia pessoa, nem pessoa incompleta, simplesmente se trata de uma pessoa que está em fase de intenso desenvolvimento. As pessoas são pessoas completas em cada momento de seu crescimento.

Esta concepção se coaduna com o reconhecimento de que o processo de socialização não é estático, tampouco termina em um momento determinado, ou se dá da mesma forma para todas as pessoas. Faz emergir a constatação de que, de um lado, os adolescentes são responsáveis e capazes de responsabilidade na medida do seu desenvolvimento, daí a adoção de uma legislação e de um sistema de justiça diferenciado dos adultos, e de outro que as respostas e intervenções do Estado devam estar condicionadas ao cumprimento de finalidades eminentemente educativas, dado seu caráter e momento estratégicos.

Com este ponto também se relaciona o princípio do melhor interesse do adolescente. No art. 112, § 1.º, do ECA, ele aparece na forma da observância da capacidade do adolescente para cumprir a medida imposta.

“A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.”

Na Justiça da Infância e Juventude, e em conformidade com as regras jurídicas adotadas, a imposição de uma medida socioeducativa não se dá, nem deve ocorrer, de forma automática, como se dá com a imposição das penas criminais. No Direito Penal tradicional de adultos, as penas estão descritas no Código Penal e definidas em abstrato para cada tipo de delito. No caso dos adolescentes, além da gravidade do ato praticado e de interesses de ordem pública, está em primeiro plano o melhor interesse do adolescente como critério de escolha da medida a ser aplicada. Podemos compreender essa dimensão como o desafio de que a intervenção estatal não reforce estigmas e estereótipos, mas ofereça condições concretas para a superação de qualquer vulnerabilidade que afete o adolescente e que possa ter concorrido para seu envolvimento com o crime.

Devemos sempre ter presente 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 .

Justamente por ser subsidiário e fragmentário, o Direito Penal Juvenil, e neste caso, como é o Direito Penal, só deve ser acionado quando os demais mecanismos de controle social falharem.

Conclui-se preliminarmente que o Direito Penal Juvenil, uma vez intrincado e umbilicalmente construído à luz da proteção integral, não se reduz à lógica da retribuição e do castigo, e em face do sistema que se apresenta será perpassado pela utilização de estratégias extra-penais para obtenção de suas finalidades.

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 em atenção à condição peculiar de desenvolvimento em que o adolescente se encontra. A justiça, nessa perspectiva, passa a caracterizar-se como ação social, na medida em que reconhece também o delito ou o ato infracional praticado por adolescentes como fato social, para além dos marcos estreitos da lei e do Direito Penal.

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 posteriormente a própria lei de criação dos juizados especiais criminais, a Lei 9.099/1995, 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.

3.1 Preexistência de um modelo jurídico de responsabilidade penal diferenciada

O primeiro passo em direção à desconstrução dos eufemismos e confusões conceituais que pairam sobre o tema da redução da idade penal está no reconhecimento de que os adolescentes, pessoas compreendidas na faixa etária de 12 a 18 anos incompletos, são responsá-

veis ante o cometimento de qualquer conduta equiparada a crime ou contravenção penal.

Essa responsabilidade é penal. Não há discussão nem dúvida de que a aplicação de uma medida socioeducativa equivale à aplicação de uma sanção penal. Trata-se da resposta sancionatória ao ato praticado pelo adolescente, e assim como as penas criminais, tais medidas socioeducativas são coercitivas, obrigatórias e restritivas de direitos individuais.

De certo modo, a regra da inimputabilidade por razão de idade gera esta confusão em torno do tema. Os arts. 228 da CF/1988 e 27 do CP dispõem respectivamente:

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

“Os menores de (dezoito) 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

Esses artigos demonstram que a imputabilidade não possui uma definição, e sim sua negativa. Aliás, isso ocorre na maioria dos Códigos Penais atuais. Ao declarar que os menores de 18 anos são inimputáveis, o Direito está comunicando que os mesmos responderão por seus crimes de forma diferenciada dos adultos, o que não significa, em absoluto, que não se trate de uma responsabilidade penal, ainda que relativa.

Relativa porque sujeita à jurisdição especializada e também à legislação especial, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este último, por sua vez, estabelece a intervenção socioeducativa no marco da legalidade, pelo que dispõe seu art. 103, que considera ato infracional toda conduta equiparada a crime ou contravenção penal. Deste modo, tudo o que está criminalizado para um adulto também está para um adolescente. Significa que o catálogo de fatos puníveis aos adolescentes é o mesmo que vale para os maiores de 18 anos, sem distinções.

A conseqüência lógica e imediata é que, se a legalidade é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a fórmula clássica “Não há pena e não há crime, sem lei anterior que o preveja” (*Nulla poena, nullum crimen sine lege*), também o é para a imposição de uma medida socioeducativa.

Além disso, tendo em vista que o conceito de ato infracional parte da mesma seleção de condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, podemos concluir facilmente que o que delimita a intervenção socioeducativa é justamente o conceito de crime e a conseqüente atribuição de pena pelo Direito Penal comum. Como ponderam os penalistas, o crime nasce quando a sanção ao ilícito é pena. Por isso, o critério

de identificação dos fatos de relevância infracional é a própria pena criminal. É o mesmo que dizer que a medida socioeducativa só pode existir se existiu o crime. Seu pressuposto de existência é dessa maneira inegavelmente penal.

Como também é penal sua natureza, ao restringir direitos e até privar da liberdade o adolescente.

É importante frisar que tal reconhecimento do caráter penal e sancionatório da medida socioeducativa não retira a tarefa e o desafio pedagógico que se colocam para a Justiça da Infância e Juventude e para os programas de atendimento socioeducativo. Esse aspecto relaciona-se em primeiro lugar com a identificação das finalidades a que se destinam as sanções e sua interface com as demais políticas, e em segundo com a concepção do adolescente como sujeito de direitos.

Quando situamos o Direito da Criança e do Adolescente como categoria integrante dos direitos fundamentais, reforçamos 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 Juvenil é subsistema do Sistema de Garantias e Direitos que se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal tem um lugar seletivo, restrito e simbólico, quando as políticas sociais básicas foram insuficientes. Ou seja, o Direito Penal Juvenil é subsidiário em relação ao Direito da Criança e do Adolescente.⁴²

O Direito Penal Juvenil também encontra-se 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 limitem o poder punitivo do Estado e orientam uma reação ao delito juvenil

42. Sposato, Karyna Batista. Op. cit., 2006, p. 68.

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.”

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 deixarmos de encobrir a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal certamente ficará vazio em conteúdo e utilidade. Mais que isso, reconhecer sua dimensão constitucional implica inevitavelmente traçar os efetivos impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema constitucional.

3.2 *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, perverte a racionalidade e a principiologia constitucional, pois retira o tratamento constitucional especial conferido a todos os adolescentes.

Considera-se uma violação da Constituição material, tendo em vista que a Constituição assegura, dentre as cláusulas pétreas constitucionais, os direitos e garantias individuais, conforme o art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988.

“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).

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 03/1993, foi conferida interpretação extensiva à cláusula “direitos e garantias fundamentais”, alcançando neste 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 garantia individual esteja expressamente descrito no art. 5.º 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. 5.º 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. (Alínea e acrescentada pela EC 29/2000)” (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 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. 5.º, § 2.º, 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:

“§ 2.º 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.”

Deste 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 Maxima* às relações jurídicas.⁴³

4. Considerações finais

Como pudemos refletir a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil vem operando efeitos importantes na organização da Justiça especializada para o trato de questões relacionadas à infância e juventude, na formulação de políticas públicas dirigidas a esta população em atendimento ao princípio da prioridade absoluta e de modo geral, na ação de diversos atores políticos e na configuração de um novo padrão para as relações sociais que envolvem crianças e adolescentes e seus interesses.

43. Cunha Júnior, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 222.

Todos esses elementos conformam aquilo que muitos autores vêm denominando de neoconstitucionalismo, para designar justamente um novo modelo de Estado Constitucional de Direito.

Como também se pôde observar, e utilizando-se do conceito de *constitucionalismo de direitos*, a Constituição Federal de 1988 se constitui como uma Constituição material, o que implica oposição à idéia de Constituição formal ou meramente procedimental, e a coloca dentre os textos constitucionais que apresentam um conteúdo substantivo, com a presença de valores, princípios, direitos e diretrizes que condicionam e influenciam todo o ordenamento jurídico.

No campo do Direito da Criança e do Adolescente constitucionalizado, igualmente como ocorre com outros ramos, nota-se um conjunto de princípios considerados imutáveis já detalhados ao longo deste trabalho (princípio da proteção integral; princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; princípio da igualdade de crianças e adolescentes; princípio da prioridade absoluta; princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; princípio da reserva legal; princípio da culpabilidade; princípio da inimputabilidade penal; princípio da excepcionalidade na privação de liberdade; princípio do contraditório e princípio da ampla defesa).

Este 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, como condição inclusive do garantismo em torno dos direitos da infância e juventude.

Este cenário se define, portanto, como altamente impregnado pela normativa constitucional, e deste modo, os princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente influenciam diretamente a política social neste campo, na perspectiva de aproximar cada vez mais a condição material da infância à sua condição e *status* jurídico de titularidade de direitos.

Tratando especificamente da responsabilidade penal de menores de idade, temos um recorrente debate público em torno de propostas de alteração das regras constitucionalmente estabelecidas no que tange a inimputabilidade penal aos 18 anos de idade. Vale lembrar que atualmente são diversas as Propostas de Emenda Constitucional (PECs) em discussão e análise no Congresso Nacional brasileiro.

Merece especial menção, o substitutivo de autoria do Senador Demóstenes Torres (DEM-GO), PEC 20/1999 que reuniu seis das pro-

postas de emenda à Constituição e que em abril de 2007, foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal em uma votação de 12 votos a 10. O substitutivo reduz a maioria penal para 16 anos nos casos de crime hediondo e dos equiparados a este, como tráfico, tortura e terrorismo, desde que laudo técnico psicológico, elaborado por junta designada por juiz, ateste a plena capacidade de entendimento do adolescente que praticou o ato ilícito. A proposta sugere que o cumprimento da pena seja realizado em local distinto daquele em que estarão detidos os maiores de 18 anos.

No atual estágio, tendo sido já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ), a proposta se encontra no Plenário do Senado para discussão. A aprovação exige dois turnos, com votação favorável mínima de 60%, 3/5 dos senadores em cada um dos turnos. O que significa que na legislatura atual, são necessários 49 votos dos 81 senadores em um intervalo das votações de no mínimo cinco dias.

O tema portanto, reveste-se de um atualidade e importância pragmática indiscutível, daí nosso empenho em demonstrar que qualquer alteração da lógica constitucional sobre a matéria implica violação da Constituição material e põe em risco não só a unidade da Carta Política como o funcionamento de todo o sistema, hoje expressamente ancorado sob bases constitucionais.

Se os problemas da infância e adolescência são os problemas da democracia brasileira, não podemos nos omitir diante deste desafio que é tecer e consolidar um constitucionalismo suficientemente forte e resistente capaz de barrar qualquer proposta de redução da idade penal.

Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica - para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico* 15, jan.-mar. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2001.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2001.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2001.
- BELOFF, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño* 2. Buenos Aires: Unicef, 2001.
- BRANCHER, Leoberto Narciso. *Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender*. Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*, 1991.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

- _____. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- _____. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. Pasado y futuro del estado de derecho. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. Sobre los derechos fundamentales. In: Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- GARCIA MENDEZ, Emilio. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - Esmec*, Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- JORGE E SILVA NETO, Manoel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa* 33. Brasília, out.-dez. 1996.
- PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos. In: Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- SANCHÍS, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los derechos. In: Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese de professor titular. São Paulo, USP, 2005.
- SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A globalização e o direito - realinhamento constitucional*, 2006.