

Os princípios constitucionais penais e os atos infracionais

Paulo Lima e Silva Rodrigues *

É interessante observar que a questão da criminalidade juvenil entra em nossos espaços de discussão quase com a periodicidade e a intensidade de uma copa do mundo. De tempos em tempos com a notícia de algum crime 'bárbaro', 'cruel', cometido por um 'menor' contra uma 'criança' ou um 'adolescente', a sociedade de tal forma se choca, que todos os seus setores se mobilizam numa campanha incessante pelo recrudescimento das penas, diminuição de maioridade penal, maior severidade aos infratores, alimentados por uma mídia que cada vez mais contribui para a formação de um mito de impunidade do menor infrator, que não encontra arcabouço jurídico algum, como pretendemos demonstrar. Observem que a própria terminologia utilizada para designar os infratores contribui para tal percepção, pois tais são tratados como 'menores' e as vítimas como 'crianças' e 'adolescentes', como se os adolescentes ao praticarem atos infracionais, de qualquer natureza, estivessem abrindo mão de sua condição fundamental de pessoa em desenvolvimento, numa clara expressão da mentalidade atrasada de certos grupos intelectuais que lançam textos e campanhas como "direitos humanos para humanos direitos".

Quando se fala de Direito Penal Juvenil, vozes insurgem a afirmar que isso se trata de uma invenção doutrinária, posto que entendem Direito Penal fundamentalmente como um direito das penas, e dentro dos eufemismos legislativos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a estes não é aplicada uma pena, mas uma medida sócio educativa. Essa posição ultimamente tem servido de base para a negação, a essa classe específica, de princípios constitucionais que estariam diretamente ligados ao cumprimento de penas, e incriminação de condutas (adolescentes não cometem crimes, e sim atos infracionais, diriam eles). Afirmam que a analogia do Direito Penal com a legislação da Criança e do adolescente é fruta da própria cultura repressora, e que tal vinculação seria fruto de uma má-interpretação dos princípios estatutários [1].

O Prof. João Batista Costa Saraiva afirma em sua obra que não há de se ignorar que o ECA instituiu no país um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil, pois ele estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do

garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal, enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo [2]. Portanto, reconhecer (e não inventar) um Direito Penal Juvenil implica em atribuir a essa classe específica, objeto de um sistema normativo diferenciado, a mesma base principiológica que orienta o sistema penal em seu todo, nunca esquecendo, contudo, que a própria separação das legislações tem sua finalidade, que não há de ser desvirtuada quando da adaptação de tais princípios.

Para Nilo Batista, são cinco os princípios básicos do Direito Penal, quais sejam, os princípios da legalidade (ou da reserva legal), da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade [3]. Necessário se faz, dentro do objetivo do presente artigo, analisar a adequação de tais princípios na esfera de um Direito Penal Juvenil.

a)Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é a base estrutural do próprio Estado de Direito, e chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo [4]. Ele determina, segundo consagrado brocardo jurídico, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Estabelece a lei como fonte material única na incriminação de condutas e cominação de sanções. No âmbito da legislação estatutária juvenil, não fala-se em crime, mas em ato infracional, contudo, há a vinculação desses conceitos no art. 103 do ECA, que diz: "Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal". O princípio da legalidade possui várias funções dentro de sua lógica de interpretação: a de proibir a retroatividade da lei penal (a tipificação há de ser anterior ao crime), exceto quando esta vier a beneficiar o réu; proibir a criação de crimes e penas pelo costume; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; e proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Esta última função tem um papel importante quando se discute os direitos juvenis, pois até pouco tempo, no vigor do antigo Código de Menores, era facultado ao Estado a possibilidade de recolher o menor baseando-se numa idéia de 'desvio de conduta', conceito totalmente vago e a mercê de interpretações das mais errôneas. Somente haverá o ato infracional quando houver o tipo, e só lhe será atribuída medida sócio-educativa quando a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas extraídas do ordenamento penal positivo [5]. Karyna Sposato cita um exemplo ideal para exemplificar o alcance do princípio da legalidade no âmbito estatutário quando cita uma decisão do TJSP, na Ap. 41.322-0, do relator Des. Luís Macedo, que fala de adolescente surpreendidos cheirando cola. Ora, não há de se fazer nada com tais adolescentes visto que suas condutas não são tipificadas nem como crime nem como contravenção penal, e portanto não enseja a imposição de nenhuma medida sócio educativa [6].

b)Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima não encontra respaldo constitucional, nem no código penal, não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um dos princípios imanentes por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de Direito

Democrático [7], pois em um Estado Democrático que tem como alicerce a Dignidade Humana (CF, art. 1, III) e como objetivo o bem de todos (CF, art.3, IV), não se pode permitir ao legislador ordinário que criminalize comportamentos arbitrariamente, ainda que em nome de uma suposta maioria. Ele reafirma o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, pois por lidar com um bem dos mais importantes do ser humano (a liberdade) e a possibilidade de tomá-la, o Estado só deve recorrer ao Direito Penal quando nenhum outro ramo do Direito se mostrar capaz de solucionar o conflito e restaurar a ordem social.

Tal princípio se mostra no Direito Penal Juvenil especialmente expresso no art.122, § 2º, do Estatuto, que diz que "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada". Dentro do contexto da criminalidade juvenil, observa-se necessária, sempre que conveniente, a adoção de medidas para tratar dos infratores sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e garantias legais [8].

Para os teóricos do Labeling Approach, as repressões institucionalizadas criam um efeito estigmatizante, que na lógica de um círculo vicioso contribui para a formação de uma carreira criminosa. Dentro desse pensamento, Karyna Sposato diz parecer inegável que a rotulação de delinqüente dada a um jovem pode constituir-se como identidade numa fase em que a personalidade está em formação [9]. Dessa forma, ela apresenta quatro políticas que, ao seu ver, realizariam efetivamente o princípio da intervenção mínima do Direito Penal Juvenil, que se convencionou chamar Política dos 4D: Descriminalização, Diversão (Diversion programs, que consistem em políticas alternativas de responsabilização do menor infrator fora da esfera jurídica-formal), Devido Processo Legal e Desinstitucionalização [10].

c)Princípio da Lesividade

As palavras de Claus Roxin podem sintetizar bem tal princípio quando ele afirma que "só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral" [11]. Um direito que se proponha a servir de instrumento regulador da sociedade, garantidor de liberdades e direitos individuais, não pode se colocar numa situação de punir um cidadão pelo que ele pensa, pelo que ele é, mas unicamente pelo que ele faz, e se essa sua ação lesionar bem jurídico alheio.

O Código de Menores de 79, imperava sob a lógica da Doutrina da Situação Irregular, que foi sucintamente definida pelo Prof. João Saraiva como sendo aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social [12]. E baseando-se no art. 2º do referido diploma revogado, eram objeto da norma praticamente 70% da população infanto-juvenil, incluindo aqueles com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar (inciso V), em perigo moral (III), entre outros regulamentos que se servem de conceitos indeterminados para enquadrar sob a égide penal todos os que estivessem sob situação irregular. Muito interessante é observar a mudança de paradigma instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a partir deste, não mais os menores encontravam-se em situação irregular, mas sim os adultos que permitiam que tais crianças e adolescentes chegassem a tal estado de abandono e rejeição, finalmente

reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direito, respeitada sua condição de ser em desenvolvimento.

Portanto, na vigência do antigo código repressor, os adolescentes eram submetidos à intervenção estatal em razão de seu estado de abandono moral ou material, de sua situação existencial como ‘menino de rua, abandonado ou infrator’, numa total afronta ao princípio da lesividade. No novo Direito penal juvenil, somente as condutas típicas são objeto de resposta estatal [13].

Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade é um reflexo da evolução histórica, não só do saber penal, mas também de toda a sociedade, que evoluiu em seu sistema de repressão, atribuindo a pena a necessidade de um critério racional e proporcional a sua aplicação, sempre respeitando a dignidade humana. Apesar de entendermos o caráter intrinsecamente vingativo da pena, não podemos deixar a vingança se tornar sequer um paradigma em suas cominações, no risco de sermos guiados por uma irracionalidade emotiva provocada em qualquer ser humano frente à barbaridade natural dos crimes. Devemos observar as diversas facetas da pena, sob uma perspectiva humanista, racional e proporcional.

No Direito da Criança e do Adolescente há a tradução exata dessas medidas quando do art. 112, §1º, do ECA, que diz que: "A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração", numa clara ponderação entre as circunstâncias e a gravidade do ato infracional e a medida sócio-educativa prevista.

O novo diploma estatutário juvenil instituiu um princípio a ser observado em qualquer esfera de tratamento da criança e do adolescente, o da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Ou seja, quaisquer medidas que sejam adotadas frente ao menor, deve-se sempre ter como fundamento a idéia de que se trata de um ser humano com sua personalidade, consciência e comportamento ainda em formação e amadurecimento, e que se encontra em um estado mais sucessível a influências externas do que nunca antes e nunca depois. Deve-se portanto considera, a quem cabe a participação direta nessas influências, e qual papel deve o Estado realmente exercer.

Nesse contexto, depreende-se que o princípio da humanidade ao se revelar no Direito Penal Juvenil, traz consigo todas as garantias de proteção da dignidade e liberdade individual humanas válidas para os adultos, tendo sempre como acréscimo o respeito à pessoa em peculiar condição de desenvolvimento.

Princípio da Culpabilidade

Este ponto só não gera mais controvérsia porque muitos autores se furtam a sua discussão, alegando que o menor por ser inimputável não tem culpabilidade. Tal pensamento é extremamente pífio e se limita a analisar um único aspecto do princípio da culpabilidade. Ela deve ser entendida como a exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável. [14]

Para além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da idéia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena.

Nega-se a culpabilidade ao menor por entender que ele não possui discernimento suficiente para entender o caráter reprovável de seu ato e por isso, não deve ser a ele imputado. Esse é um pensamento totalmente em desacordo com as modernas compreensões doutrinárias e legislativas, pois a inimputabilidade dos menores de 18 anos, é fundada única e exclusivamente no critério etário ou biológico, não excluindo a capacidade de compreensão da ilicitude, mas tão-somente significando o fundamento legal para uma opção diferenciada de resposta penal [15].

Conclusão

Deve-se, a partir dos temas expostos nesse desprezioso artigo, atentar para uma discussão cada vez mais pungente em nossa sociedade. Em meio a direito penal máximo, direito penal do inimigo, movimento lei e ordem, e outras expressões quaisquer de um fetichismo fascista, nos deparamos com uma movimentação cada vez maior da sociedade no sentido de apoiar tais idéias.

Será constante o clamor popular por recrudescimento de penas, aumento da severidade penal, uma desmedida resposta estatal à violência crescente, mas não podemos nos deixar influenciar por tais pensamentos, pois vivemos em um Estado que deve prezar pelas garantias e liberdades individuais que foram construídas secularmente em nossa legislação e abrange fundamentos e princípios que servem como bases norteadoras na atuação do Estado na repressão penal, sempre se orientando no sentido da subsidiariedade.

No âmbito da legislação do menor, deve-se reconhecer a existência de um sistema penal retributivo incorporado ao ECA, e ao afirmar isso não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Este está insito ao sistema do Estatuto, e seu esclarecimento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a lei [16].

Permite-se com isso toda uma nova compreensão da lógica penal e processual no tratamento dos atos infracionais, permitindo aprimorar a proteção à criança e ao adolescente, especialmente aqueles em conflito com a lei, de forma a assegurar suas

responsabilidades, respeitando suas condições de ser humano, mantendo sempre em vista suas condições particulares e peculiares de pessoa em desenvolvimento.

Notas/ Bibliografia:

[1] TOMAZ, Danielle Hugem. O Garantismo Jurídico como instrumento de (re) legitimação do Direito Infanto-Juvenil. Disponível em: <http://www.uniplac.rct-sc.br/emaj/Artigos/005.pdf>. Acesso em: 09/06/2007.

[2] SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 85

[3] BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 64

[4] BATISTA, Nilo. op. cit. P. 65.

[5] SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 89

[6] SPOSATO, Karyna Batista. op. cit. P. 89

[7] BATISTA, Nilo. op. cit. p. 85.

[8] Convenção Internacional sobre os direitos da criança, art. 40, §3º, b.

[9] SPOSATO, Karyna Batista, op. cit. p. 94

[10] SPOSATO, Karyna Batista, op. cit. p. 95

[11] ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy, trad. F. Muñoz Conde e D. M. Luzón-Peña. Sevilha: Ed. Universidade de Sevilha, 1981. p. 25

[12] SARAIVA, João Batista, op. cit. p.48.

[13] SPOSATO, Karyna Batista, op. cit. p. 96

[14] BATISTA, Nilo, op. cit. p. 103

[15] SPOSATO, Karyna Batista, op. cit. p. 102

[16] SARAIVA, João Batista Costa, op. cit. p.85

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10046> > Acesso em.: 25 jun. 2007.