

A PRODUÇÃO DA OBJETIVIDADE DA LEI

O DEBATE SOBRE O DIREITO PENAL JUVENIL

Na revisão realizada das pesquisas brasileiras que investigam o processo de aplicação e execução da medida de internação de adolescentes, um dos aspectos mais significativos identificados no tipo de interpretação construído por esses autores é o lugar concedido à lei – no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente – nas análises. Como indicado no capítulo 1, a grande maioria das pesquisas revisadas afirma o ECA como legislação avançada do ponto de vista da garantia de direitos e o utiliza como parâmetro de avaliação das práticas e instituições investigadas. A análise das instituições que participam da aplicação e execução da medida de internação (varas da infância e juventude e unidades de internação) proposta nesses estudos, com frequência, envolve contrapor seus discursos ou modo de funcionamento prático (procedimentos das audiências, decisões de aplicação das medidas ou liberação do adolescente e avaliações do adolescente durante a execução) aos artigos ou princípios do estatuto, como a “doutrina da proteção integral”.

As reflexões que essa literatura e de alguma forma também o debate público desenvolvem sobre a medida de internação, sobre o modo como o sistema de justiça juvenil tem utilizado a privação de liberdade e sobre os problemas identificados nas unidades, são centralmente orientadas por essas avaliações a

partir da lei. Os problemas identificados hoje no modo que a medida de internação é realizada pelas instituições de execução são vistos como resultado do não cumprimento adequado da lei. A consequência necessária de utilizar a lei como parâmetro para a análise das práticas institucionais é a afirmação implícita de seu caráter objetivo. Ao avaliar as práticas investigadas a partir da correta aplicação do estatuto, os autores formulam a lei como tendo sentido intrínseco e independente de como ela é construída e mobilizada nos diferentes contextos e situações. É somente pelo emprego da lei como construção reificada (POLLNER, 1987, p. 108-109), como objeto externo, anterior e determinante da percepção que se tem sobre ela, que se torna possível verificar a legalidade das ações.

Gostaria de propor uma abordagem para análise do ECA que se distancia da perspectiva empregada nas pesquisas mencionadas na medida em que parte de um esforço de suspensão das avaliações – tanto da própria lei, quanto das práticas institucionais a partir dela. Conforme desenvolvido no capítulo 1, a tentativa de suspender a crença em entidades objetivas que explicam *a priori* o caráter ordenado do fenômeno e de evitar a avaliação da pertinência ou adequação das práticas investigadas, visa permitir o foco na formulação nativa da razoabilidade dessas práticas. Tendo em vista a centralidade assumida pelo ECA no debate político e acadêmico sobre o sistema de justiça juvenil, a adoção dessa postura analítica tem como objetivo possibilitar a investigação da própria operação de afirmação da objetividade da lei. A proposta consiste, assim, em analisar a lei a partir da forma como ela é formulada e construída nos relatos e práticas pesquisadas, sem contrapor essa formulação com outra versão, tida como verdadeira.

No presente trabalho, essa perspectiva sobre a lei é desenvolvida na análise sobre as organizações investigadas (capítulos 3 e 4) em que busco compreender de que maneira os procedimentos e regras que definem a medida de internação no ECA são elaborados nas teorias, receitas e atalhos desenvolvidos pelos atores na construção da plausibilidade das práticas organizacionais. Neste capítulo, no entanto, gostaria de propor uma análise sobre a elaboração do status objetivo da lei a partir de um debate jurídico específico sobre a natureza das medidas socioeducativas. Trata-se de uma das principais disputas normativas sobre a correta interpretação do ECA e sobre a possibilidade de aproximar essa lei do Direito Penal no que ela prevê para adolescentes autores de atos infracionais. O objetivo não é só demonstrar que a lei é objeto de disputas, mas também que a utilização da lei como critério de avaliação das práticas é parte da construção contínua do próprio sentido da lei.

Assim como no caso da análise das organizações pesquisadas, o objetivo não é avaliar a adequação das interpretações construídas por esses autores a partir do objeto ao qual se referem (ECA). O interesse é investigar como a relação de referência (entre percepção e objeto percebido) é construída na formulação dos argumentos a respeito da lei. Compreendo que a tarefa de desenvolver argumentos normativos que elaboram a lei e a exibem como evidências da interpretação construída sobre ela é semelhante ao trabalho interpretativo dos atores para construir a racionalidade de suas práticas. Assim como na construção da plausibilidade das práticas organizacionais os atores tornam a lei ou a instituição observáveis como elementos objetivos e factuais de suas ações; os estudiosos e operadores do direito também ocasionam a lei como traço objetivo de suas interpretações na construção da plausibilidade de seus argumentos.

Essa forma de conceber as interpretações da lei pode ser aproximada da já mencionada discussão desenvolvida por Renan Springer de Freitas (1989; 1990a) a partir da etnometodologia e da discussão de Stanley Fish sobre comunidades interpretativas. A questão com a qual Freitas dialoga é a de saber o que condiciona as diferentes interpretações de um texto. Aqueles que defendem que há algo no conteúdo do texto que condiciona as interpretações argumentariam que, ainda que possa haver mais de uma interpretação de um mesmo texto, nem toda interpretação é possível, existem aquelas que não fazem sentido. Para essa visão, isso decorreria do fato de que o texto contém um núcleo que exclui algumas leituras e autoriza outras. Freitas defende, ao contrário, que o texto é sempre *função de uma interpretação* e não pode, ele mesmo, ser o núcleo a partir do qual se rejeita certas interpretações. O que permitiria dizer que algumas interpretações de um texto são impossíveis seria, na verdade, “um conjunto de *maneiras aceitáveis de se produzir um texto, ou estratégias interpretativas*, não escrito, mas sabido por todos que sabem operar dentro de uma instituição tal como está constituída” (FREITAS, 1990a, p. 33, *grifos do autor*).

Ao negar a autoridade do texto na validação das interpretações, Freitas não deseja afirmar que as interpretações estão livres de constrangimentos, pois isso as colocaria como externas ao texto (ou objeto) a que se referem, quando na verdade elas são *constitutivas desse objeto*. Assim, a interpretação não “precisa” de constrangimentos, mas ela própria é uma “estrutura de constrangimentos” e seu formato é especificado pelas instituições que “estipulam as operações por meio das quais ela pode ser produzida” (FREITAS, 1990a, p. 34). O autor destaca, no entanto, que não se trata de substituir o texto como fundamento último das interpretações pelas instituições, como se essas “criassem” os significados

dos objetos. Nesse caso, a rejeição do status objetivo dos textos e objetos seria somente substituída pela defesa do status objetivo das instituições.

Interessado na forma como a sociologia geralmente aborda a relação entre as leis e as práticas, Freitas argumenta que essa visão das instituições como algo objetivo e que estrutura a conduta das pessoas se expressa na ideia de que a lei estrutura a atividade do juiz. Nesse caso, ele está analisando a lei como a instituição que determinaria a interpretação das condutas adotadas pelos juizes e a noção de que é a lei que impossibilita certas interpretações. Em debate com essa visão, o autor defende que o caráter objetivo ou determinado não são propriedades da lei, mas sim “das operações empreendidas pelas pessoas, em suas atividades situadas, para torná-las observáveis enquanto traços factuais, objetivos, recalcitrantes, genéricos e ordenados (ou estruturados) de um cenário social mais abrangente, tipicamente referido como ‘a sociedade’” (FREITAS, 1990a, p. 36). Como alternativa, Freitas sugere que os constrangimentos institucionais – como, por exemplo, a lei – sejam vistos como “corpus ocasionado”, traços constitutivos das atividades situadas e que emergem do trabalho de detectar, exibir e reconhecer esses constrangimentos institucionais como traços regulares dos cenários nos quais se age.

Compreendo ser possível aplicar esse raciocínio para pensar não só a interpretação legal de condutas, mas a interpretação da própria lei. Nesse caso, a lei seria o texto a partir do qual se propõe interpretações e, ao invés de participar do debate reivindicando a impossibilidade que a própria lei impõe a determinadas interpretações, o objetivo é compreender como a lei é ocasionada nos argumentos como o fundamento que impõe ou impede certas interpretações. A análise do debate normativo é direcionada, assim, para as formas como os autores elaboram a lei como traço objetivo de suas interpretações.

Dessa forma, a proposta envolve eleger como foco da análise o trabalho constitutivo da objetividade da lei, compreendendo a objetividade ao mesmo tempo como pressuposto, processo e produto do debate normativo, formulado aqui como *puzzle* (quebra-cabeça) no sentido proposto por Pollner (1974; 1987) na sua discussão sobre a “razão mundana”. De acordo com o autor, é o pressuposto de um mundo objetivo e compartilhado o que permite formular disjunções da realidade como *puzzles*, operação traduzida em questões do tipo: “Como pessoas que estão olhando simultaneamente para o mesmo mundo podem experienciar e/ou descrever esse mundo de formas díspares e contraditórias?” (POLLNER, 1974, p. 36, *tradução minha*)¹. O pressuposto que caracterizaria a razão mundana

¹ No original: “How can persons who are simultaneously looking at the same world experi-

não seria somente a condição da afirmação das disjunções de realidade como problema a ser resolvido, mas ofereceria as formas de solucioná-lo. Como será desenvolvido ao longo do capítulo, proponho compreender o debate analisado como um exemplo de “política da experiência”, operação em que a disputa que fundamenta o puzzle não é solucionada (as posições contraditórias são mantidas) sem prejuízo da manutenção do pressuposto da objetividade.

Para construir essa interpretação, primeiro reconstituirei o debate a partir dos eixos que elegi como centrais de cada uma das posições, buscando demonstrar de que maneira os autores evocam a lei como evidência de seus argumentos. Considerando ainda o interesse mais geral dessa pesquisa na compreensão do que sustenta a plausibilidade da privação de liberdade como medida para adolescentes, na análise das interpretações formuladas sobre o ECA, buscarei compreender de que maneira esses autores concebem essa medida.

2.1. AS POSIÇÕES EM DEBATE: CRÍTICOS E DEFENSORES DO DIREITO PENAL JUVENIL

O debate normativo que me proponho a analisar nesse capítulo, envolve estudiosos e operadores do direito que atuam na justiça juvenil e tem como principal objeto de disputa a natureza das medidas socioeducativas. Esse debate se estrutura a partir da posição defendida por parte dos autores analisados de que o ECA estabelece um *Direito Penal Juvenil*². A formulação dessa posição deu início a uma disputa pela correta interpretação do tipo de resposta aos atos infracionais proposta pelo Estatuto. Como desenvolverei a seguir, os adeptos do Direito Penal Juvenil consideram necessário aproximar essa lei, na interpretação de seus artigos, do Direito Penal, contribuindo para ampliação da “lógica garantista” que teria orientado a formulação do ECA. Para eles é preciso reconhecer que o adolescente ser inimputável não significa que ele não possa ser *penalmente responsável* (diferente da criança) quando lhe é atribuída a prática de atos típicos, antijurídicos e culpáveis. Por outro lado, os que criticam essa posição defendem que aproximar o ECA do Direito Penal desvirtuaria a doutrina da proteção in-

ence and/or describe that world in disparate and contradictory ways?”.

² Em minha dissertação de mestrado (ALMEIDA, 2010, p.100-105) consta uma primeira versão (menos detalhada) da análise desse debate, mas a interpretação proposta é distinta da que desenvolvo aqui.

tegral ao enfatizar o caráter retributivo da medida socioeducativa. Seria preciso manter a especialização do direito da criança e do adolescente para que a medida socioeducativa possa ser efetivamente individualizada, voltada para as diferentes necessidades de cada adolescente.

Um dos principais formuladores da tese do Direito Penal Juvenil é o argentino Emílio García Méndez – atualmente professor titular de criminologia na Universidade de Buenos Aires e Deputado Federal da Argentina –, que veio ao Brasil em 1990 como consultor da UNICEF e trabalhou, junto com os formuladores do ECA, no processo de implementação da lei³. A posição do autor sobre o estatuto já é desenvolvida em uma publicação de 1992 – “Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa” – em que Méndez analisa (com outros autores) os resultados da segunda etapa de uma pesquisa realizada por iniciativa do UNICRI (*United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute*), do ILANUD (*Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente*) e da UNICEF (*United Nations Children’s Emergency Fund*). A segunda etapa da pesquisa era destinada a analisar as origens e a evolução das legislações “menoristas” na América Latina, buscando avaliar se as legislações vigentes asseguravam os direitos humanos de todas as crianças como dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU. O principal alvo da crítica de Méndez é o Direito de Menores Latinoamericano e a “doutrina da situação irregular” que o orienta. De acordo com o autor (MÉNDEZ, 1992, p. 9), essa doutrina confundiria a proteção de uma categoria de sujeitos incapazes com “a legitimação de formas irrestritas de intervenção coercitiva sobre os mesmos”⁴, negando os direitos básicos previstos nas constituições para todos os cidadãos. O autor destaca que, naquele momento, o ECA seria a única legislação da América Latina que nega a “ideologia protecionista” e introduz garantias jurídicas. Como evidência, Méndez (1992, p. 11) cita o Artigo 106 do estatuto (Capítulo II – “Dos Direitos Individuais”): “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. A importância desse artigo estaria no reconhecimento de que a palavra “internação” adotada no direito menorista nada mais é do que um eufemismo para designar a privação de liberdade

³ Informações obtidas na entrevista concedida por Méndez ao site *Promenino* em 2005. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/servicos/biblioteca/entrevista-com-emilio-garcia-mendez-jurista-argentino>.

⁴ No original: “la legitimación de formas irrestrictas de intervención coactiva sobre los mismos”.

de crianças e adolescentes. Ainda nessa linha, Méndez (1992, p. 12) destaca que o tratamento repressivo indiferenciado de crianças e adolescentes supostamente abandonados e delinquentes seria um detalhe do “discurso que proclama hipócritamente la imprescindible necesidad de mantener a la infancia fuera de los circuitos del terrible derecho penal de adultos”.

As ideias já esboçadas poucos anos após a aprovação do ECA serão desenvolvidas por Méndez em diversas outras publicações, em especial nos anos 2000 quando o debate sobre a tese do Direito Penal Juvenil ganha força. Entre as ideias do autor que serão retomadas pela maioria dos adeptos dessa tese, está a defesa de que o estatuto teria inaugurado a etapa da responsabilização penal de adolescentes⁵. De acordo com Méndez (2006), o tratamento e a percepção da responsabilidade penal de menores de idade na América Latina teriam transitado por três etapas: a) a etapa do *tratamento penal indiferenciado* se inicia com o surgimento dos códigos penais do século XIX e se estende até 1919, se caracteriza por tratar os menores de idade quase da mesma forma que os adultos (somente com diminuição da pena), com a exceção dos menores de sete anos tidos como absolutamente incapazes; b) a *etapa tutelar* teria se iniciado com o movimento dos reformadores no final do século XIX nos Estados Unidos e em 1920 com a aprovação das legislações especializadas (leis de menores) e dos Tribunais de Menores na América Latina; c) a terceira etapa teria sido marcada pela Convenção dos Direitos da Criança da ONU de 1989 e inaugurada na região pela aprovação do ECA. Essa etapa seria caracterizada pela separação entre problemas de natureza social dos conflitos com as leis penais, pela participação como direito das crianças de se expressarem livremente e pela responsabilidade penal. De acordo com Méndez (2006, p.11), o modelo inaugurado pelo estatuto constituiria uma ruptura profunda tanto com o modelo tutelar quanto com o modelo penal indiferenciado. O estatuto teria estabelecido a diferença no tratamento jurídico com base na faixa etária: as crianças, definidas na lei como todo ser humano com idade até 12 anos incompletos, além de penalmente inimputáveis, são também penalmente irresponsáveis, podendo receber somente medidas protetivas nos casos de atos que infrinjam a lei penal; já os adolescentes, seres humanos com idade entre 12 e 18 anos incompletos, também são penalmente inimputáveis, mas são penalmente responsáveis, considerando que respondem penalmente (ainda que de acordo com lei especial) pelas condutas caracterizadas como crime ou delitos.

⁵ Sobre a defesa do papel do ECA na alteração das legislações para menores de idade na América Latina, ver também Beloff, 2001.

A proximidade do ECA com o Direito Penal defendida por Méndez e pelos demais operadores e estudiosos do direito⁶ que defendem a tese do Direito Penal Juvenil, não decorre da preocupação com a repressão à criminalidade infanto-juvenil. Ao contrário, esses autores argumentam que o estatuto introduziu as garantias típicas do Direito Penal Mínimo, instrumento necessário para restringir o poder punitivo do Estado, visto como potencialmente autoritário. Essa perspectiva, associada pelos autores ao chamado “garantismo penal”, concebe o Direito Penal como um sistema de garantias que protege os direitos individuais dos cidadãos, impondo limites ao arbítrio do Estado (MACHADO⁷, 2006; FRASSETO⁸, 2005, 2006; SILVA⁹, 2006; SPOSATO¹⁰, 2002, 2006; MINATEL¹¹, 2013). Conforme destaca Frasseto (2006, p. 307), “à luz do garantismo, (...) a única função legítima do Direito Penal passa a ser a preservação das garantias. (...) A ênfase é menos na punição do que no controle da punição”.

No que diz respeito à elaboração da origem dessa concepção, Flávio Frasseto (2006, p. 306) argumenta:

O garantismo penal tem suas raízes históricas no iluminismo contratualista e nas declarações de direitos que antecederam e sucederam, no sec. XVIII, a Revolução Francesa, consagrando ideais humanistas de racionalidade, igualdade, liberdade e solidariedade.

Esses movimentos teriam inaugurado a ideia de que o ser humano é titular de direitos invioláveis e universais e o objetivo maior do Estado passa a ser a garantia desses direitos dos cidadãos. Nessa chave, o Direito Penal serviria de base para a defesa dos cidadãos contra os exageros punitivos do Estado. O desenvolvimento específico da teoria do “garantismo penal” é atribuído por esses autores à Luigi Ferrajoli com sua obra “Direito e razão” (FRASSETO, 2005; MINATEL, 2013). De acordo com Gustavo Minatel (2013, p. 21-22), essa teoria

⁶ A medida que eu introduzir os autores no texto, descreverei em nota suas informações profissionais como forma de caracterizar quem são os atores que participam desse debate.

⁷ Martha de Toledo Machado é professora da Faculdade de Direito da PUC/SP e Promotora de Justiça do Estado de São Paulo.

⁸ Flávio Américo Frasseto é Defensor Público do Estado de São Paulo.

⁹ Antonio Fernando do Amaral e Silva foi Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e um dos redatores do ECA.

¹⁰ Karyna Batista Sposato é advogada e Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe, Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Foi Diretora Executiva do ILANUD.

¹¹ Gustavo Rodrigues Minatel é Defensor Público do Estado de São Paulo.

teria elaborado princípios¹² (proposições prescritivas) que deveriam orientar o sistema penal, entre eles: só pode haver pena quando for comprovada a prática de crime; somente pode ser considerado crime o que estiver previamente previsto em lei; só pode haver lei penal quando houver necessidade – considerando que o direito penal possibilita restrição de direitos fundamentais, só deve ser usado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para proteger os direitos fundamentais; princípio da lesividade que determina que só pode haver punição quando a ação atinge bens jurídicos alheios; princípio da culpabilidade, que impõem a necessidade de haver ligação subjetiva entre conduta e resultado lesivo; princípio acusatório, que define que o juiz deve ser expectador; a necessidade de provas válidas para ter acusação; e a garantia da ampla defesa.

Partindo dessa concepção sobre o Direito Penal, esses autores defendem que o Estatuto da Criança e do Adolescente teria estabelecido um sistema penal para adolescentes, algo inexistente nos antigos Códigos de Menores. A vinculação entre o garantismo penal e o ECA (que sustenta a tese do Direito Penal Juvenil) é construída pelos autores tanto como uma decorrência lógica quanto como algo evidente na própria lei. O argumento de que o garantismo penal deve ser *estendido* ao ECA atribui particular relevância à medida de internação que prevê a possibilidade de privar o adolescente de um direito fundamental, a liberdade:

(...) no campo da infância e juventude infracional, observa-se que em inúmeras oportunidades o Estado age com força sobre o jovem infrator, apreendendo em razão da suposta prática de ato infracional, submetendo-o a uma persecução socioeducativa e até mesmo privando-o da liberdade quando da imposição da medida socioeducativa de internação. Portanto, pelo que se observa, é perfeitamente possível estender a teoria do garantismo penal para a seara da infância e juventude infracional. (MINATEL, 2013, p. 23)

Há que existir a percepção de que o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e de que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania (SARAIVA¹³, 2006, p.180)

¹² “A1-Nulla poena sine crimine; A2 – Nullum crimen sine lege; A3 – Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 – Nulla necessitas sine injuria; A5 – Nulla injuria sine actione; A6 – Nulla actio sine culpa; A7 – Nulla culpa sine iudicio; A8 – Nullum iudicium sine accusatione; A9 – Nulla accusatio sine probatione; A10 – Nulla probatio sine defensione” (FERRAJOLI, 2010, p. 91 *Apud*. MINATEL, 2013, p. 21).

¹³ João Batista Costa Saraiva foi Juiz de Direito da Infância e Juventude e Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

Além dessa interpretação de que o garantismo penal se aplica à imposição de medidas socioeducativas aos adolescentes porque pode significar restrição e privação de direitos fundamentais, esses autores buscam também demonstrar que essa concepção está contida *na lei*, fazendo referência aos artigos do ECA que a incorporariam:

Este Direito Penal de Adolescente, esse conjunto de limites, fica expresso em dispositivos como o referido art. 103 do Estatuto, consagrando o Princípio da Legalidade, do art. 104 da mesma Lei, em harmonia com o preceito constitucional do art. 228 da Constituição Federal, estabelecendo o limite da imputabilidade penal, sujeitando os adolescentes às normas da legislação especial, o Estatuto, com regras de um Direito Penal de Adolescente, orientado pelo princípio educativo. Confirma-se na enunciação dos Direitos Individuais explicitados nos arts. 106 a 109 do Estatuto, nas Garantias Processuais elencadas nos arts. 110 e 111, e no conjunto de regras que estabelece, como aquelas relativas aos critérios de determinação das sanções socioeducativas (arts. 112, § 1º; 122 e 100, do Estatuto, ou ainda aqueles outros trazidos pela Lei 12.594, em especial quando enumera os objetivos das Medidas Socioeducativas em seu art. 1º, § 2º, ou nos princípios que enumera em seu art. 35). (SARAIVA, 2013, p. 12)

A regra que deriva da combinação do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira e do artigo 26 do Código Penal está claramente amparada no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente que define o ato infracional e, portanto, insere a intervenção do direito no marco do princípio da legalidade e de todas as garantias jurídico-processuais daí decorrentes. Basta identificar que no Estatuto da Criança e do Adolescente, há um capítulo inteiro dedicado às garantias processuais, o Capítulo III do Título III que corresponde à prática do ato infracional. (...) Sabemos que o devido processo legal impõe a observância de diversas garantias, que, transportadas ao Direito Penal Juvenil, podem ser sintetizadas pela letra do artigo 111 do Estatuto (SPOSATO, 2006, p. 247-248)

A centralidade atribuída pelos autores à demonstração de que o ECA é regido pelo *princípio da legalidade* de acordo com o qual todos os casos de restrição de direitos precisam estar definidos em lei, decorre da defesa de que somente a *objetividade* da lei pode limitar a discricionariedade característica dos antigos Códigos de Menores e principal alvo de crítica desses autores. De acordo com eles, seria preciso restringir o “subjetivismo” e a discricionariedade típica dos juizados de menores com um recurso mais explícito e objetivo às leis. As ações deveriam ter a lei como fundamento e não avaliações discricionárias por parte de juízes e técnicos:

Uma das grandes preocupações dos militantes de defesa dos direitos humanos de adolescentes submetidos às medidas socioeducativas tem sido a *falta de critérios objeti-*

vos capaces de conter o arbítrio do Estado, haja vista a existência de muitos casos de privação de liberdade em hipóteses sem gravidade (SILVA, 2006, p. 50. Grifos meus).

Ainda nesse sentido, Emilio García Méndez (2006), afirma:

O caráter garantista de uma legislação remete uma dupla caracterização. Por um lado, o respeito rigoroso pelo *império da lei* próprio das democracias constitucionais baseadas em uma perspectiva dos direitos humanos hoje normativamente estabelecidos e, por outro, a existência de mecanismos e instituições idóneas e eficazes para a realização efetiva dos direitos consagrados. Desse ponto de vista, não existem dúvidas acerca de que a cara oposta do garantismo é o subjetivismo e a discricionariedade (p. 16, grifos meus, *tradução minha*)¹⁴.

Somente estabelecendo a lei como único critério válido para as intervenções do estado seria possível romper inteiramente com a justiça de menores que concedia ao juiz amplo poder de decisão sobre a vida e o destino das crianças e adolescentes, desprezando seus direitos (MACHADO, 2006).

Se, para os defensores do Direito Penal Juvenil, aproximar o ECA do Direito Penal é um meio de garantir a proteção dos direitos dos adolescentes autores de atos infracionais pela restrição da discricionariedade, outros autores defenderão que essa aproximação viola a doutrina da proteção integral prevista na lei. Em oposição explícita à tese do Direito Penal Juvenil, um grupo de estudiosos e operadores do direito argumenta que a inimputabilidade penal estabelecida pela Constituição Federal (Art. 228), garante que pessoas menores de 18 anos não responderão penalmente por seus atos e não estão submetidos a aplicação dos dispositivos do Código Penal (VARONESE¹⁵, 2008, p.1; GOMES NETO¹⁶, s/d, p. 10; PAULA¹⁷, 2006, p. 35). Nas palavras de Gercino Gerson Gomes Neto (S/d, p. 12. *grifos do autor*):

¹⁴ No original: “El carácter garantista de una legislación remite a una doble caracterización. Por un lado, al respeto riguroso por *el imperio de la ley* propio de las democracias constitucionales basadas en una perspectiva de los derechos humanos hoy normativamente establecidos y, por otro, a la existencia de mecanismos e instituciones idóneas y eficaces para la realización efectiva de los derechos consagrados. Desde este punto de vista, no existen dudas acerca de que la cara opuesta del garantismo es el subjetivismo y la discrecionalidad”.

¹⁵ Josiane Rose Petry Veronese é Doutora em Direito, Professora Titular Professora Titular da disciplina Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina.

¹⁶ Gercino Gerson Gomes Neto é Promotor de Justiça da Infância e Juventude em Santa Catarina.

¹⁷ Paulo Afonso Garrido de Paula é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de

A primeira delas afirma que nenhuma pessoa menor de 18 anos de idade será responsabilizada penalmente, ou seja, garante às crianças e adolescentes a **inimputabilidade penal absoluta**. E a segunda, decorrente da primeira, assegura ao adolescente a responsabilização por seus atos infracionais, na forma da legislação especial, que, não poderá conter princípios de direito penal, sendo **vedado o direito penal juvenil**. Se considerarmos que mesmo as garantias e direitos que não constam do artigo 5º são considerados cláusulas pétreas, teremos a nítida compreensão de que, em nenhuma hipótese, o adolescente responde penalmente, seja, com a **vedação da redução da inimputabilidade penal, seja com a criação do chamado “direito penal juvenil”**, pois a Constituição impede a responsabilização penal do adolescente, não podendo serem aplicados princípios de direito penal, não importando que adjetivo tenha este direito penal, sendo proibida a criação de legislação infraconstitucional com tais características.

Para esses autores, aplicar os princípios do Direito Penal ao Estatuto não é somente vedado legalmente como consiste em um retrocesso. Nesse sentido, Olympio de Sá Sotto Maior Neto¹⁸ (2006, p.145) defende que a proposta do Direito Penal Juvenil implicaria em um “perigoso” retrocesso, pois o ECA permitiu corrigir os equívocos e injustiças do Direito Penal e deveria ser considerado um avanço para o aprimoramento da lei penal e não o contrário. De maneira semelhante, Digiácomo (2006, p. 209) argumenta que a doutrina da proteção integral foi formulada justamente para permitir que os adolescentes recebam tratamento diferente do dispensado aos adultos, daí o perigo de aproximar a justiça da infância e juventude do Direito Penal. Não haveria falta de regulamentação e sim falta de aplicação e, nesse sentido é preciso fortalecer o direito da criança e do adolescente e sua especificidade.

Os críticos da tese do Direito Penal Juvenil defendem, assim, que o Direito da Criança e do Adolescente estabelecido com a aprovação do ECA é um ramo autônomo e independente do direito com regras e princípios próprios de natureza extrapenal (DIGIÁCOMO¹⁹, 2006, p. 224; ROSA²⁰, 2006, p. 278; NICKNISH²¹, 2008, p. 1; PAULA, 2002, p. 42). De acordo com Paulo Garrido de Paula (2002,

São Paulo, Professor de Direito da Criança e do Adolescente da PUC-SP, co-autor do anteprojeto que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁸ Olympio de Sá Sotto Maior Neto é Procurador de Justiça do estado do Paraná e coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente.

¹⁹ Murillo José Digiácomo é Promotor de Justiça do estado do Paraná.

²⁰ Alexandre Morais da Rosa é Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e Juventude de Joinville e Doutor em Direito pela UFPR.

²¹ Mônica Nicknich é mestre em Direito pela UFSC e servidora pública do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

p. 22), o fato de que o Direito da Criança e do Adolescente tem como objeto todas as relações jurídicas que envolvam crianças e adolescentes não significa que essas relações sejam disciplinadas por um único diploma legal. Os demais textos legais que regulam pontualmente relações jurídicas de que participam crianças e adolescentes, no entanto, precisam ser subordinadas ao Direito da Criança e do Adolescente: “Podemos, hoje, considerá-las atópicas, subordinadas aos *magnum enunciados* do Direito da Criança e do Adolescente, de modo que a fixação de seu alcance e conteúdo não prescinde da conformação com os ditames especiais informadores do ramo próprio” (PAULA, 2002, p. 22).

A visão defendida por esses autores de que o ECA, ao estabelecer um ramo autônomo do direito, prevê um tipo de responsabilização especial (não penal) para os adolescentes autores de atos infracionais – “social” ou “socioeducativa” – é sustentada pelo argumento de que a natureza das medidas socioeducativas é diferente da das penas. Para os críticos da tese do Direito Penal Juvenil, as medidas socioeducativas, diferente das penas, são essencialmente pedagógicas. Esse caráter das medidas estaria contido na própria lei:

Nesse universo diferenciado, entendemos que a Lei n. 8.069/90 efetivamente não contempla a medida socioeducativa como uma sanção penal. Chama atenção o fato de que no art. 100 há a evidência de algo inovador: “Na aplicação das medidas, levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. Os artigos 119, II; 120, § 1º; 123, § único, de igual modo ratificam a importância das atividades pedagógicas, as quais são obrigatórias, mesmo nas internações provisórias, pois o que se pretende é sempre o resgate desta pessoa humana, inimputável penalmente, que, no entanto, transgrediu normas. O Estatuto acredita que a melhor forma de intervir nesse adolescente em conflito com a lei é incidir positivamente na sua formação, servindo-se, para tanto, do processo pedagógico, como um mecanismo efetivo, que possibilite o convívio cidadão desse adolescente autor de ato infracional em sua comunidade. Pretendem, pois, tais medidas, educar para a vida social (VARONESE, 2008, p. 2).

Em uma argumentação semelhante, Paulo Garrido de Paula (2006, p. 33-34) defende que o ECA teria inaugurado dois novos tipos de consequências jurídicas decorrentes de violação do ordenamento jurídico: as medidas protetivas e as medidas socioeducativas. Coerente com as especificidades do Direito da Criança e do Adolescente, esses tipos de consequência seriam distintos das penas, sanções e interditos previstos em outros textos legais. Para o autor (PAULA, 2006, p.34), ambas são dotadas de coercibilidade, no entanto, “suas finalidades ultrapassam a prevenção especial e geral e alcançam o ser humano em desenvolvimento, de

sorte que indicam uma interferência no processo de aquisição de valores e definição de comportamentos por meio da educação ou mesmo do tratamento”.

Para a maioria dos autores, a natureza pedagógica das medidas socioeducativas implica que elas devam representar um benefício para o adolescente contribuindo para seu desenvolvimento e inclusão social. Para Murillo Digiácomo (2006), a medida socioeducativa não é “pena” justamente porque deve apresentar um benefício ao adolescente, somente devendo ser aplicada e mantida enquanto estiver surtindo efeitos positivos. Para o autor:

A medida socioeducativa (...) constitui-se apenas num dos **meios** de que a Justiça da Infância e Juventude dispõe para o cumprimento de seu **dever** de proporcionar a **proteção integral** ao adolescente acusado da prática de ato infracional (cf. Arts. 227, caput, da Constituição Federal e arts. 1º e 4º, caput, da Lei no 8.069/90), **não tendo um fim nela própria** (DIGIÁCOMO, 2006, p.213, *grifos do autor*).

Na mesma linha, Maior Neto (2006, p. 145-146) defende que a medida, por ter caráter eminentemente pedagógico, busca “interferir no processo de desenvolvimento do adolescente autor de ato infracional objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social” (MAIOR NETO, 2006, p. 145-146). De acordo com o autor, a exigência do Estado é maior na medida do que na pena, dado que na sua execução o Estado tem obrigação de interferir positivamente no processo de desenvolvimento do adolescente “educando-o para a vida na reafirmação de valores ético-sociais e tratando-o como alguém que pode se transformar, que é capaz de aprender moralmente e de se modificar” (MAIOR NETO, 2006, p. 146). No caso dos adolescentes, a sua transformação em “cidadão de melhor categoria” seria dever do Estado.

A perspectiva formulada por esses autores de que a medida socioeducativa tem natureza unicamente pedagógica e deve representar um bem para o adolescente configura um dos principais alvos de crítica dos defensores do Direito Penal Juvenil. Para eles, essa é a perspectiva que fundamenta a lógica “menorista” que informava os antigos Códigos de Menores (BARBOSA, 2009, p. 49; MINATEL, 2013, p. 26). Nesse sentido, afirma Saraiva (2013, p. 10):

Por fim, cumpre dizer que a autonomia do Direito da Criança, sustentada para afastar a ideia de um Direito Penal Juvenil, acaba produzindo e contribuindo para reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da Doutrina Tutelar, da Situação Irregular, fazendo das medidas socioeducativas instrumentos de política de bem-estar de menores, de triste experiência nestes brasis.

Conforme elabora Emilio Garcia Méndez (2006, p.17), a ruptura que o ECA promove com relação à “Justiça menorista” não visaria somente acabar com as “más” práticas autoritárias, repressivas e criminalizadoras, mas eliminar também as “boas” práticas tutelares. Méndez (2006, p. 17) expressa o problema contido nessa lógica em uma formulação muito emblemática da posição defendida por esses autores: “No amor não há limites, na justiça sim”²². O autor critica, assim, certa atitude paternalista e “benevolente” que teria permitido excessos e abusos sob a vigência dos antigos Códigos de Menores e que ainda permaneceria após a aprovação do ECA. Para Méndez não faz sentido acreditar que é suficiente somente substituir os conteúdos do subjetivismo e da discricionariedade, mas seria preciso entender que não existe subjetivismo e discricionariedade “bons”.

Na visão dos defensores do Direito Penal Juvenil, a única forma de limitar a prática tipicamente “menorista” de impor controle repressivo sem garantia de direitos para o “próprio bem” da criança ou do adolescente, como uma intervenção “benevolente”, é afirmar que a medida socioeducativa é pena, reconhecendo seu caráter afitivo e coercitivo (MINATEL, 2013, p. 27; SILVA, 2006, p.57; SARAIVA, 2013, p. 9; SARAIVA, 2006, p. 178; BARBOSA, 2009, p.51; SOUZA e BARBOSA, 2010, p. 134; ZAPATA²³, 2010, p. 45; SPOSATO, 2006, p. 253). Conforme destaca Saraiva (2013, p.9): “a medida socioeducativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo que tem evidente natureza de sanção”

Para esses autores, o ECA, ao introduzir o Direito Penal Juvenil, teria reconhecido o caráter sancionatório das medidas socioeducativas e esse seria um dos grandes ganhos da “elevação do adolescente à condição de cidadão” (FRASSETO, 2006, p. 309) promovida por essa lei. A importância de reconhecer a natureza retributiva e punitiva das medidas socioeducativas é impedir que se restrinja direitos e liberdades do adolescente sem respeitar as garantias processuais e constitucionais e a estrita legalidade:

Não se vislumbra, contudo, nenhum prejuízo com o reconhecimento da natureza penal de parte dos dispositivos da legislação especial em comento. Contrariamente, o reconhecimento da natureza penal da medida socioeducativa, ao invés de implicar um *retrocesso*, como dizem alguns, acarreta ilimitados benefícios aos adolescentes em conflito com a lei, pois, ao mesmo tempo em que salvaguarda a sistemática principiológica do Estatuto, limita a atuação discricionária do Estado-Juiz aos parâmetros do devido processo legal (BARBOSA, 2009, p. 51).

²² No original: “En el amor no hay límites, en la justicia sí”.

²³ Fabiana Botelho Zapata é Defensora Pública do estado de São Paulo.

Novamente, na construção do argumento de que as medidas socioeducativas devem ser vistas como penas, a medida de internação assume centralidade. Conforme destaca Barbosa (2009, p. 51), a natureza jurídica das medidas só pode ser penal porque a Constituição Federal “interdita a admissão de qualquer espécie de privação de liberdade de natureza não-penal”. A medida de internação é usada ainda como exemplo para demonstrar a proximidade entre medida e pena do ponto de vista material:

Parte-se aqui da ideia de que a medida socioeducativa de internação integra o aparato repressivo do Estado que incide sobre o cidadão autor do crime. Tanto quanto o adulto, o adolescente tido como grave violador de bens jurídicos guardados pelo Direito Penal está sujeito a ver-se privado de liberdade de locomoção, razão pela qual não parece razoável rejeitar-se qualquer paralelo entre pena e medida socioeducativa. Se não se trata de negar diferenças substanciais entre uma e outra, a verdade é que as distinções, do ponto de vista material, são bem menos visíveis do que as semelhanças (FRASSETO, 2006, p. 305).

Como decorrência da afirmação do conteúdo coercitivo das medidas, Martha Machado (2006, p.108) e Frasseto (2006, p. 308), destacam que é necessário compreender que a medida socioeducativa é aplicada *contra* o adolescente e não em seu favor e, por esse motivo, ele “...tem total direito de opor-se [à sua aplicação], de resistir com todas as armas legítimas, inclusive todas aquelas que o Direito Penal garantista reserva aos adultos e mais outras a que faz jus enquanto pessoa em desenvolvimento” (FRASSETO, 2006, p. 308). A importância atribuída por esses autores às garantias processuais existentes no ECA como evidência de que essa lei estabelece um Direito Penal Juvenil decorre da visão de que a exigência do “devido processo legal” significaria o reconhecimento de que a medida é aplicada contra o adolescente que teria direito de se defender: “Como garantia processual, o devido processo legal pretende, acima de tudo, assegurar ao adolescente autor de ato infracional o direito político de resistir à imposição de uma medida socioeducativa que, mesmo com conteúdo pedagógico, reveste-se de coerção e sanção” (NICODEMOS, 2006, p. 76).

Considerando que para os defensores do Direito Penal Juvenil, a medida socioeducativa é aplicada coercitivamente contra o adolescente e restringindo seus direitos, o único fundamento legítimo para sua aplicação é a comprovação de que o adolescente cometeu conduta típica, antijurídica e culpável (SARIVA, 2001). Esse seria o motivo da centralidade do princípio da legalidade como eixo de qualquer sistema penal (SPOSATO, 2006, p.251):

Na essência de seu conteúdo, a *reserva legal* ('não há crime nem pena, sem lei anterior que os defina') impõem que definição rígida na lei das condutas que sejam consideradas criminosas. O ECA buscou criar esta separação rígida entre a resposta do Estado ao fato crime e outras medidas jurídicas aplicáveis ao fato não-crime. Assim é que, no art. 103, conceituou o *ato infracional* como as condutas definidas como crime ou contravenção na lei penal. E no art. 112, *caput*, comandou que as sanções (medidas socioeducativas) são passíveis de aplicação apenas ao adolescente que cometeu *ato infracional* (MACHADO, 2006, p. 114).

Conforme argumenta Karyna Sposato (2006, p.253), uma das principais rupturas que o ECA promove com relação ao sistema tutelar é determinar que só há imposição de medida quando houver responsabilidade comprovada por fato penalmente típico. Ainda de acordo com a autora, o ECA teria utilizado a técnica da "tipificação delegada" ao remeter a definição de ato infracional ao Código Penal.

Esse foco no ato infracional como fundamento para a imposição de medida socioeducativa demandaria que, além de típica (definida previamente em lei como crime) e antijurídica (ação que desrespeito a ordem jurídica), a conduta precisa ser culpável. A demonstração de culpabilidade, ou seja, consciência da ilicitude sobre a ação é condição para a responsabilização do adolescente e para própria existência de ato infracional (SPOSATO, 2006, p. 266). De acordo com essa perspectiva, ainda que o adolescente seja inimputável, as hipóteses de inimputabilidade diversas da menoridade – por doença mental ou retardo, por exemplo – se aplicam ao adolescente autor de infracional, sendo necessário verificar a culpabilidade para permitir imposição de medidas socioeducativas (SOUZA e BARBOSA, 2010, p. 131).

Na visão dos adeptos da tese do Direito Penal Juvenil, a defesa de que a aplicação das medidas socioeducativas deve ser pautada no ato se sustenta ainda pela regra da proporcionalidade que o ECA teria introduzido na justiça juvenil:

A redação do parágrafo 1º do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente traduz em exata medida esta racionalidade e proporcionalidade presentes no Direito Penal Juvenil: 'A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração'. O princípio da proporcionalidade, consagrado no Direito Penal tradicional como a adequação entre a conduta praticada, o dano causado e a sanção a ser imposta exige, no caso de adolescentes autores da infração, uma ponderação entre as circunstâncias e a gravidade do ato infracional e a medida socioeducativa a ser aplicada (SPOSATO, 2006, p. 263).

Para os defensores do Direito Penal Juvenil, portanto, a medida socioeducativa tem natureza penal (devido seu caráter coercitivo), é aplicada contra o adolescente, deve ser proporcional ao ato e pautada na comprovação de autoria de conduta típica, antijurídica e culpável. Além da discordância sobre a natureza das medidas, os críticos do Direito Penal Juvenil compreendem que aproximar a medida socioeducativa da pena e defender seu caráter retributivo poderia “relegitimar” o sistema repressivo, implicando no recrudescimento da medida e contribuindo para os argumentos favoráveis a redução da maioria penal (MAIOR NETO, 2006; DIGIÁCOMO, 2006; ROSA, 2006). Conforme desenvolve Veronese (2008, p.2):

Isto posto, em vez de postularmos por um Direito Penal Juvenil, o qual nos reporta aquela visão penalista da história: da sanção negativa, o castigo, a punição – tão desejáveis pelo Movimento da Lei e da Ordem – não seria mais adequado nos subsidiarmos dos grandes institutos garantistas, servindo-nos e efetivamente operacionalizando a “responsabilização estatutária” já recepcionada pelo Estatuto?

O Direito Penal, ainda que não deva ser reduzido ao penitenciarismo, pelos seus vícios históricos é imprestável para servir de modelo, não se presta de paradigma por excelência para o Direito da Criança e do Adolescente. Faz-se necessário rompermos com a cultura do Talião, do castigo, da pena como sinônimo de fazer sofrer, de expiar pelo mal cometido, para a ideia da efetiva autonomia do sujeito adolescente, que está no bojo da responsabilização social. (...) ainda que não pretendam os defensores do Direito Penal Juvenil o rebaixamento do limite da idade penal, esta concepção que traz em seu âmago a penalização do adolescente, possibilitará o desencadeamento ou mesmo servirá como justificativa para alicerçar as concepções dos que advogam a tese de que os adolescentes devam responder penalmente, ou seja, que sejam imputáveis frente a Justiça Penal Comum. O Estatuto da Criança e do Adolescente tem a pretensão de quebrar com a ideologia da normalidade punitiva se instaura como um grande sistema alternativo à pena.

Como a medida socioeducativa não é vista como pena, para esses autores o critério que define qual a medida deve ser aplicada não é o ato infracional, mas o adolescente e suas necessidades individuais:

Como não se busca a aplicação de uma pena, mas sim de uma medida que visa atender as necessidades pedagógicas do adolescente, a instrução procedimental deve ir muito além da singela apuração da autoria e materialidade do ato infracional a ele imputado, buscando também informes precisos acerca de sua conduta pessoal, social e familiar, zelando ainda pela realização, por equipe interprofissional habilitada, a serviço do Juizado da Infância e Juventude ou recrutada junto a profissionais com atuação no município (...) de estudo social ou equivalente, que contenha, de forma clara e fundamentada, sugestão de aplicação de medida (conforme art. 151 e art. 186, pr 4º, da Lei 8.069/90) (DIGIÁCOMO, 2006, p. 227).

Ao contrário dos defensores do Direito Penal Juvenil, para esses autores inexistente proporcionalidade entre ato infracional e medida socioeducativa no ECA. A evidência de que o estatuto não segue a regra da proporcionalidade seria a possibilidade de aplicar diferentes medidas para adolescentes que cometeram o mesmo crime (GOMES NETO, 2001; MAIOR NETO, 2006; ROSA, 2006; DIGIÁCOMO, 2006). Ao comentar sobre a individualização da medida, Murilo Digiácomo (2006) afirma:

(...) contrariamente ao que ocorre em matéria penal, não existe uma prévia correlação entre ato infracional praticado e medida a ser aplicada, sequer havendo, a rigor, a obrigatoriedade da aplicação de qualquer medida socioeducativa típica (...) nada impedindo que a um grupo de adolescentes acusados da prática do mesmo ato infracional sejam aplicadas medidas completamente diversas (p. 219).

Conforme argumenta Maior Neto (2006, p.140), a aplicação da medida socioeducativa não está vinculada aos parâmetros do Código Penal para dosimetria da pena. De acordo com o autor, a fundamentação da sentença no caso dos adolescentes seguiria princípios próprios indicados nos artigos 112, § 1º, 113, 99 e 100 do ECA que estabelecem a necessidade de considerar a adequação da medida às necessidades pedagógicas do adolescente. Isso porque, para ele, a medida socioeducativa visa intervir nas causas da infração decorrentes tanto de imaturidade biopsicológica quando da falta de recursos materiais e condição de pobreza dos adolescentes.

De maneira semelhante, Digiácomo (2006, p. 220) defende que a consideração das “circunstâncias da infração” que consta no art. 122 do ECA significa a busca das causas e motivos da conduta infracional que a intervenção socioeducativa procurará resolver:

A apuração da autoria e da materialidade do ato infracional em si considerado, portanto, constitui-se apenas em uma das etapas do procedimento, que embora indispensável à aplicação das medidas socioeducativas típicas, perde em importância para a aferição do contexto sócio-familiar em que vive o adolescente, as circunstâncias em que praticou a infração e, em especial, quais as suas reais necessidades pedagógicas (...) em razão das quais, fundamentalmente, será aplicada e executada a medida socioeducativa (DIGIÁCOMO, 2006, p. 226).

A medida é vista, nessa chave, como a solução para o problema que aflige o adolescente. Para o autor (DIGIÁCOMO, 2006, p.222), a avaliação e acompanhamento por uma equipe interprofissional habilitada seria um direito previsto

na lei e seria necessário realizar um estudo psicossocial criterioso dos adolescentes acusados a fim de compreender os fatores que levaram cada um deles à prática infracional, com informações de sua conduta pessoal, familiar e social.

A visão de que as medidas socioeducativas visam incidir nas causas do ato infracional é também indicada por Alexandre Morais da Rosa (2006) no seu argumento de que falta aos defensores do Direito Penal Juvenil uma discussão criminológica consistente. Para ele é preciso entender, a partir da psicologia, que cada adolescente é singular e que o ato infracional é um *sintoma* de que algo não está acertado subjetivamente, algo que é agravado pela condição social do adolescente:

Sem esperança, a agressividade é mais que esperada, mormente diante das condições sociais dos sujeitos frequentadores das varas Criminais da Infância e Juventude: a pobreza. Percebe-se, assim, que a estrutura psíquica condiciona o sujeito nas suas relações com o meio, constituindo-se a adolescência, no caso do ato infracional, uma possibilidade de intervenção em *Nome-do-Pai*, na perspectiva de trazer o adolescente para o laço social, sabendo-se, ademais, que a maneira como será significada depende de cada singularidade do sujeito adolescente, sem que haja, portanto, uma regra universal de outro (ROSA, 2006, p. 283).

Uma das evidências apresentadas pelos autores para formular esse argumento de que a medida deve ser individualizada e de que a finalidade é incidir sobre as causas do ato infracional de cada adolescente seria o ECA não prever prazo determinado para a execução das medidas, estabelecendo somente seus limites mínimos e máximos²⁴. O tempo de duração das medidas não seria decorrente da infração cometida, mas determinado a partir dos desenvolvimentos do adolescente. Conforme elabora Digiácomo (2006, p. 212), a execução da medida socioeducativa deve ser orientada pela “descoberta das causas da conduta infracional e o posterior acompanhamento, orientação e eventual tratamento do adolescente, de acordo com suas necessidades pedagógicas específicas, de modo a proporcionar a proteção integral”.

Para os defensores do Direito Penal Juvenil, a consideração das características do adolescente como fundamento de aplicação da medida e a visão de que ela visa “tratar” as causas do ato infracional são características do “direito penal de autor”, herança do “menorismo” e que se contraporiam ao “direito penal

²⁴ A prestação de serviços à comunidade pode durar até no máximo 6 meses (art. 117), a liberdade assistida durará no mínimo seis meses (art. 118, § 2º), a semiliberdade pode durar no máximo três anos devendo ser reavaliada a cada seis meses (art. 120, § 2º).

da ação” de acordo com a classificação de Eugênio Raúl Zaffaroni (NICODEMOS, 2006; SPOSATO, 2006; FRASSETO, 2006). Identificado à criminologia positivista de Cesare Lombroso, o direito penal de autor seria aquele que não condena o ato em si, mas uma forma de ser do autor do crime. A defesa é a de que “O Direito Penal não existe para apenar o SER, somente o AGIR” (SPOSATO, 2006). Flávio Frasseto (2006) critica diretamente a ideologia correcionalista por ser contrária ao Estado Democrático de Direito desrespeitando a dignidade humana, a liberdade e a autonomia dos indivíduos. Neste sentido, para eles, torna-se ilegítima a tentativa do estado de transformar o indivíduo coercitivamente e condicionar a liberação do preso pela avaliação do quanto ele mudou traços de sua personalidade. No caso dos adolescentes, o autor destaca que o direito penal de autor se manifesta pela visão que se tem na execução da medida sobre o ato infracional:

O ato infracional é, a princípio, mero indicador de um traço desviante de seu autor, de modo que a pena, aqui chamada de medida, justifica-se como legítima estratégia para correção desses traços. Enquanto pendente a cura e persistente o perigo, a medida pode durar indeterminadamente. Dada sua clara filiação totalitária, intolerante, moralizante, discriminatória e em franca oposição aos valores republicanos mais singelos, não se pode conceber coexistir com um Estado Democrático de Direito sistema repressivo assim desenhado (FRASSETO, 2006, p. 329)

No mesmo sentido, Karina Sposato (2006) defende, com base no princípio da legalidade, que a medida socioeducativa não pode ser imposta pela consideração das condições pessoais do adolescente como:

(...) a falta de respaldo familiar, a baixa escolarização, a presença de algum sofrimento psíquico, entre outras circunstâncias que não traduzem a prática de um ilícito penal, e que denotam, sobretudo, a ausência de uma política de atenção à adolescência e juventude em suas necessidades. Ou seja, se a legalidade é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena segundo a fórmula clássica *nulla poena nullum crimen sine lege*, também o é para a imposição de uma medida socioeducativa (p. 253-254).

Como vimos, para os adeptos do Direito Penal Juvenil o recurso ao Direito Penal é visto como meio de tornar o processo de responsabilização dos adolescentes acusados da prática infracional mais “objetivo”. Ainda que eles concordem com a individualização da medida, a consideração de características do autor do crime para fundamentar as decisões sobre a aplicação e execução da medida seria contrária à lógica “garantista”. Flávio Frasseto (2005), em sua

dissertação sobre as avaliações psicológicas durante a execução da medida de internação, formula um modelo de execução da medida de internação distinto do vigente e que consideraria a socioeducação de modo específico. De acordo com o autor, reconhecer o caráter penal não implica abrir mão de um “projeto educativo” para a medida. A visão, trazida pelo ECA, de que a medida é *socioeducativa* a diferenciaria de uma medida “terapêutica” ou “curativa”. Nesse sentido, o autor defende que o foco das avaliações deveria ser as necessidades pedagógicas do adolescente. O estado poderia oferecer ao infrator a possibilidade de repensar seu modo de ser, mas não pode obrigá-lo, não pode impor determinada configuração psíquica como critério para liberar o adolescente ou para mantê-lo preso.

O modelo proposto por Frasseto partiria da “*distinção e separação entre verificação de condições para liberação e verificação do alcance do objetivo da medida*” (2005, p. 132, grifos do autor). Ainda que a inibição da reincidência possa ser mantida como objetivo, seria preciso alterar os critérios de avaliação da necessidade da medida. O novo critério proposto seria a “*aceitação e empenho do jovem nas tarefas educativas fixadas num plano de atendimento personalizado definido no início do cumprimento da medida*” (FRASSETO, 2005, p. 133). O principal aspecto dessa alteração é que os critérios passam a ser controláveis e mais objetivos, mantém a pretensão educativa, mas preservam a autonomia e direitos dos adolescentes. De acordo com Frasseto o modelo que ele propõe “*se aproxima, do ponto de vista do garantismo, do modelo hoje prescrito aos adultos em cumprimento de pena*” (2005, p. 135). O aspecto positivo dessa aproximação seria a maior *objetividade* para progressão de regime no caso dos adultos que ocorre automaticamente depois de cumprido um tempo da pena se não houver falta disciplinar. Seria possível, assim, dissociar a finalidade da medida da verificação das condições de liberação. Essa seria uma forma de manter a natureza socioeducativa da medida sem, no entanto, estabelecer a transformação do adolescente como critério para encerrar ou manter a medida de internação.

Na mesma linha de argumentação sobre o processo de execução desenvolvida por Frasseto, Afonso Armando Konzen²⁵ (2006, p. 253-254) defende que é preciso distinguir entre a finalidade da medida e sua justificação. Ainda que a finalidade da medida seja pedagógica, sua justificativa “é a necessidade de impor limites ao adolescente e a necessidade do coletivo social à segurança”. O “pedagógico” não poderia, no entanto, ser usado como justificação da medida:

²⁵ Afonso Armando Konzen é Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

O dever-ser pedagógico não se constitui, portanto, numa qualidade ou numa propriedade da medida. De todas elas, notadamente as de privação ou de restrição de liberdade, nenhuma tem, por si, qualquer conteúdo pedagógico que a justifique. O pedagógico, assim, deve ser uma qualidade ou uma propriedade do programa de atendimento que executa a medida, jamais uma propriedade, uma qualidade ou ‘um conteúdo’, como alguns ainda preferem, da medida propriamente dita (KONZEN, 2006, p. 254).

Ainda no que diz respeito a visão dos defensores do Direito Penal Juvenil sobre a execução das medidas socioeducativas, cabe destacar que esses autores criticam o ECA por ser “lacônico” no disciplinamento desse processo, promovendo um “vazio normativo” sobre a questão e defendem a necessidade de uma legislação específica (FRASSETO, 2006, p. 304; KONZEN, 2006, p. 345-346).

Em seu artigo sobre a execução das medidas, Afonso Konzen analisa um anteprojeto de lei – de cujo processo de formulação ele participou – sobre o sistema de atendimento socioeducativo que regulamenta a execução de medidas socioeducativas e tramitava no Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Esse anteprojeto é o que dará origem ao Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) aprovado como resolução do CONANDA em 2006 (Resolução N.º 119, de 11 de Dezembro de 2006). De acordo com o texto da resolução do CONANDA, o movimento teria se iniciado em 2002 quando o Conselho junto com a *Secretaria Especial dos Direitos Humanos* (SEDH/SPDCA), a *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e Juventude* (ABMP) e o *Fórum Nacional de Organizações Governamentais de Atendimento a Criança e ao Adolescente* (FONACRIAD), realizaram diversos encontros com atores do sistema de justiça e sistema socioeducativo para discutir o projeto de lei. Em 2012 o SINASE é aprovado como lei (Lei N.º 12.594, de 18 de Janeiro de 2012) e em 2013 a Secretaria de Direitos Humanos lançou o *Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo* (BRASIL, 2013) previsto na lei do SINASE. O plano estabelece os objetivos e as metas a serem cumpridas nos próximos 10 anos.

2.2. O DEBATE NORMATIVO COMO EXEMPLO DE “POLÍTICA DA EXPERIÊNCIA”

Partindo de uma tentativa de sistematização dos argumentos formulados pelos críticos e pelos defensores do Direito Penal Juvenil, é possível dizer que o debate se estrutura a partir de dois consensos sustentados por ambas as posições:

a valorização da correta aplicação do ECA como meio de garantir os direitos das crianças e dos adolescentes; e a afirmação do caráter nocivo da institucionalização para os adolescentes e a decorrente necessidade de restringir a aplicação dessa medida – elaborada pelos dois lados do debate como um dos avanços trazidos pelo ECA. É justamente a *forma* de garantir que o ECA seja aplicado adequadamente e que a medida de internação seja excepcional que define a diferença entre essas posições.

Compreendo que a divergência sobre a natureza das medidas socioeducativas construída por esses autores pode ser definida pelas diferentes formas de equacionar a relação entre especialização da lei e responsabilidade individual dos adolescentes pelo crime. As duas construções divergentes sobre o ECA podem ser formuladas, assim, a partir dos sinais que *especialização* e *responsabilização* assumem na equação que enquadra a justiça juvenil:

Justiça Juvenil prevista no ECA		
	Responsabilização	Especialização
Defensores do DPJ	+	-
Críticos do DPJ	-	+

No caso dos defensores do Direito Penal Juvenil, a afirmação de que no ECA os adolescentes podem ser responsabilizados penalmente por seus atos e a aplicação da medida socioeducativa deve ser fundada na infração (comprovação de autoria e materialidade e gravidade do ato) é o que assegura a ruptura com a lógica autoritária dos códigos de menores. A inovação do ECA, para eles, estaria no seu princípio “garantista” que essa lei compartilha com o Direito Penal mínimo. Já os críticos do Direito Penal Juvenil afirmam a inovação do ECA justamente pela distância entre seus princípios e aqueles do Direito Penal. O fator de inovação dessa lei seria a formulação da *doutrina da proteção integral* que afastaria o ECA tanto dos antigos códigos de menores quanto do Direito Penal. E para que essa doutrina seja garantida, a justiça juvenil precisaria se manter completamente especializada, regida pelo Direito da Criança e do Adolescente, ramo autônomo do direito. Somente dessa maneira seria possível proteger os adolescentes contra a responsabilização penal e garantir que a medida socioeducativa não tenha caráter retributivo, sendo fundada exclusivamente nas necessidades de cada adolescente, tidas como causas da infração.

Para esses autores, é precisamente ao negar a “visão penalista” que a doutrina da proteção integral permite evitar que o Direito Penal seja visto como solução para problemas sociais (NICKNICH, 2008, p.1) e privilegiar a prevenção da criminalidade pela garantia dos direitos das crianças e adolescentes como prioridade absoluta na formulação de políticas públicas. Para eles, é esse foco na prevenção que orienta a determinação do ECA de que a medida de internação esteja submetida aos princípios da brevidade e da excepcionalidade. Distanciar o estatuto do Direito Penal seria, assim, necessário para que a institucionalização seja tida como último recurso.

Já para os defensores do Direito Penal Juvenil, é o reconhecimento de que a medida socioeducativa, assim como a pena, restringe direitos e é imposta coercitivamente ao adolescente, o que permite combater o direito menorista que permitia o “encarceramento perpétuo de crianças e jovens” (MACHADO, 2006, p. 97), sem garantias processuais, por pobreza, suspeita de terem cometido crimes ou “desvio de conduta”. Assim, aproximar o estatuto do “garantismo penal” seria um instrumento necessário para garantir que a medida de internação será excepcional.

Como busquei demonstrar na construção das posições em disputa – apresentada no item anterior –, um traço significativo da forma da argumentação desenvolvida pelos autores na construção dessas perspectivas divergentes sobre o ECA é o recurso frequente aos artigos da lei ou aos seus princípios fundamentais como *evidências* dos argumentos. O foco da disputa na *correta* interpretação do estatuto o elabora como parâmetro de validação externo às perspectivas desenvolvidas. A lei é ocasionada, assim, como elemento objetivo das interpretações, como objeto que determina a percepção que se tem sobre ele: é o ECA que determina ou impede a aproximação da justiça juvenil com o Direito Penal. Essa dimensão da forma como os autores constroem seus argumentos fica particularmente evidente nas seguintes passagens:

Quando se afirma tal questão, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Assim como o Brasil não foi descoberto pelos portugueses, sempre houve. Estava aqui. Na realidade foi desvelado. O Direito Penal Juvenil está insito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente 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 (SARAIVA, 2006, p. 178)

No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposto pelo ECA, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, recusar a

existência de um direito penal juvenil é tão absurdo como recusar a lei da gravidade (MÉNDEZ, 2006, p. 21, *tradução minha*)²⁶.

Ainda que a afirmação da objetividade da lei seja característica da posição formulada pelos defensores do Direito Penal Juvenil, os representantes dos dois lados da disputa introduzem a lei em suas argumentações como construção reificada. Nos dois casos a interpretação é formulada como tradução do conteúdo intrínseco e verdadeiro do ECA, existente independente da forma como ele é percebido.

Gostaria de propor uma análise dessa operação empregada pelos autores que participam do debate sobre o Direito Penal Juvenil como um exemplo do funcionamento da “razão mundana” tal como formulado por Melvin Pollner (1974, 1987). Esse termo é proposto pelo autor (1987, p. x) para designar uma rede de crenças sobre a realidade, o self e os outros cujo atributo central é o pressuposto de um mundo objetivo e auto-evidente. Conforme sintetiza o autor: “Um pensador mundano bem socializado, como veremos, assume um mundo que não somente está objetivamente presente, mas um mundo ao qual ele tem acesso experiencial contínuo e, mais, o qual os outros experienciam de forma mais ou menos idêntica” (1974, p.35-36, *tradução minha*)²⁷. A proposta de Pollner de eleger a razão mundana como objeto para análise sociológica é inspirada nas ideias formuladas por Alfred Schütz sobre a “atitude natural” da vida cotidiana. Conforme mencionado no capítulo 1 e enfatizado por Pollner, uma das características fundamentais dessa atitude seria tomar como dado que o mundo diário em que vivemos está lá, existe. O outro atributo fundamental dessa atitude destacado por Pollner é o que Schütz chamou de “idealização da permutabilidade de pontos de vista”²⁸ (ou reciprocidade de perspectivas), pressuposto de que se eu trocasse de posição com o outro, eu teria as mesmas experiências do mundo comum que ele. Conforme elabora Pollner (1974, p.38), a idealização é

²⁶ No original: “En el contexto del sistema de administración de la justicia juvenil propuesto por el ECA, que prevé expresamente la privación de libertad para delitos de naturaleza grave, rechazar la existencia de un derecho penal juvenil es tan absurdo como rechazar a ley de gravedad”.

²⁷ No original: “A well-socialized mundane reasoner, as we shall see, assumes a world which is not only objectively present but a world to which he has continued experiential access and further, which others experience in more or less identical ways”.

²⁸ No original: “idealization of the interchangeability of standpoints”.

uma “antecipação da congruência potencialmente realizável da experiência”²⁹ e esse atributo seria constitutivo da própria percepção da objetividade do mundo:

A objetividade do objeto faz referência a uma comunidade antecipada de percepções e relatos corroborantes. O outro – todo outro competente – é meu substituto e complemento perceptivo apreciando as percepções que eu teria se assumisse sua posição (POLLNER, 1974, p. 38, *tradução minha*)³⁰.

Pollner destaca que enquanto a literatura fenomenológica esteve essencialmente preocupada em como esses pressupostos informam nossa percepção do mundo e dos outros, ele propõe a análise de como esses pressupostos orientam o modo como as pessoas *raciocinam* sobre o mundo e sobre os outros.

A fim de investigar de que maneira os pressupostos da razão mundana atuam na forma como raciocinamos o mundo, Pollner se propõe a analisar situações em que pessoas apresentam experiências ou relatos disjuntivos sobre o que se supõem ser o mesmo mundo. O autor (1974, p. 39) argumenta que é o uso dos pressupostos mundanos como esquema de interpretação o que torna possível que essas situações de experiências contraditórias sejam percebidas como problemáticas, como um *puzzle* (quebra-cabeça) que demanda solução ou explicação. É somente porque pressupomos a existência de um mundo objetivo e compartilhado e antecipamos experiências compatíveis sobre ele que acreditamos ter “algo errado” quando duas pessoas expressam percepções contraditórias desse mundo. Conforme elabora Pollner (1974, p. 46) aplicando um raciocínio limite, a ocorrência de disjunções de realidade poderia ser tida como evidência de que não existe um “mesmo mundo” ou que o mundo é radicalmente subjetivo ou absurdo – no exemplo dado pelo autor sobre suas observações em tribunais de trânsito (POLLNER, 1987, p. 29), de que um carro pode, por exemplo, estar andando, ao mesmo tempo, a uma velocidade de 60 e de 70 km/hora.

Pollner propõe (1974, p. 35) que a razão mundana não é somente a condição para a percepção de disjunções de realidade como *puzzle*, mas serve também como guia para a busca de soluções. Diante de ocasiões de disjunção, as pessoas observariam a cláusula *ceteris paribus* (“todas as outras coisas se mantendo constantes”) tacitamente implicada no pressuposto sobre um mundo intersubje-

²⁹ No original: “anticipation of the potentially realizable congruence of experience”.

³⁰ No original: “The objectivity of the object makes reference to an anticipated community of corroborating perceptions and accounts. The other – every competent other – is my perceptual surrogate and complement enjoying the perceptions which I would have were I to assume his position”.

tivo (POLLNER, 1974, p. 48). Como a existência de um mundo compartilhado é inquestionável – incorrigível, como veremos adiante –, as soluções para um *puzzle* geralmente envolvem a seleção de uma das condições tratadas previamente como “iguais”, mas que se tornam questionáveis devido a disjunção de realidade. Nesse sentido, um candidato válido de explicação para uma situação em que duas pessoas têm experiências contraditórias do mundo seria a presença de um método inadequado de observação como “alucinação”, “paranoia”, “viés” “surdez” etc. O atributo significativo desse tipo de solução é que o que é questionado não é o caráter objetivo do mundo, mas os métodos usados na experiência ou descrição desse mundo:

Para um pensador mundano, uma disjunção é o fundamento persuasivo para acreditar que uma ou outra das condições que de outro modo se pensa obter na unanimidade antecipada [da experiência], não ocorre. (...) A aplicação dessas designações declara, com efeito, que a validação intersubjetiva do mundo existiria se não fosse pelos métodos excepcionais de observação e percepção das pessoas que as empregam (POLLNER, 1974, p. 48, grifos do autor, tradução minha)³¹.

Ainda que os pressupostos da razão mundana imponham o imperativo de solução ou explicação para as disjunções de realidade, Pollner (1987, p.69) destaca que a disponibilidade de explicações não garante que o *puzzle* será resolvido consensualmente. A determinação de qual das partes da disjunção não testemunha a realidade corretamente pode ser problemática. Esse tipo de situação frequentemente envolveria o que Pollner (1987, p. 70) chama de “política da experiência”: “as experiências (ou reivindicações) de um grupo ou indivíduo sobre a realidade são rejeitadas ou descontadas em favor do que será vista como a versão oficial e aprovada da realidade”³² (*tradução minha*). O autor contempla, assim, a situação em que as versões contraditórias sobre a realidade se mantêm sem resolução definitiva. Nesse caso, a questão de qual das versões deve ser usada de fundamento para as ações e inferências é respondida somente com as práticas que honram a versão defendida:

³¹ No original: “*For a mundane reasoner, a disjuncture is compelling grounds for believing that one or another of the conditions otherwise thought to obtain in the anticipation of unanimity [of experience], did not. (...) The application of such designations declares, in effect, that intersubjective validation of the world obtain were it not for the exceptional methods of observation and perception of the persons identified as employing them*”.

³² No original: “*a group’s or individual’s experiences (or claims) about reality are dismissed or discounted in favor of what will be regarded as the official or accredited version of reality*”.

As práticas que invocam e sustentam de maneira sancionada uma versão particular como fundamento empírico adequado para decisão futura – fundamento que, do ponto de vista contrário, é totalmente infundado – englobam a política da realidade ou da experiência (...). É por causa da falha colocada pela reivindicação do outro, uma falha no sentido que sua reivindicação quebra a rede de unanimidade e universalidade antecipada por uma versão que pretende ter compreendido o mundo como ele realmente é, que seus oponentes se tornam políticos, uma vez que eles seguem usando sua versão como fundamento para inferência e ação (p. 80, 81, *tradução minha*)³³.

O caráter “político” dessas atividades decorre, assim, da persistência das alegações e experiências do outro. É a existência de uma versão concorrente que faz a adesão à veracidade de uma versão ser constituída como adesão.

A partir dessa perspectiva, é possível interpretar o debate sobre o Direito Penal Juvenil como expressão de uma política da experiência. Retomando o raciocínio limite elaborado por Pollner sobre a possibilidade de um mundo absurdo, a própria existência de discordâncias sobre o conteúdo do ECA poderia ser tida como evidência de que a lei não contém significado próprio, independente da forma de percebê-la. No entanto, os autores de ambas as posições formulam o estatuto como objetivo e as discordâncias são organizadas como disputa, como versões sobre a realidade da lei.

A possibilidade de analisar a operação de afirmação da objetividade da lei a partir dos pressupostos da razão mundana decorre do fato de que eles não se aplicam somente a objetos e eventos, mas também a ordens “simbólicas”, “construídas” que são reificadas e assumem status objetivo, como entidade existente em si (POLLNER, 1987, p. xv). A visão de que o pressuposto de um mundo objetivo se expressa na forma como as pessoas lidam com construções abstratas é o que permite que o autor considere a sociologia e o conhecimento de senso comum como exemplos de investigações mundanas:

A investigação mundana representa a si mesma como respondendo à entidades, eventos e relações que são facticidades estabelecidas independentemente – sejam pulsares, psiquês, estruturas de classe, sequências causais ou, como nessa investigação, as ‘propriedades da razão mundana’. (...) E, de fato, praticantes mundanos perseguem, discu-

³³ No original: “The practices for sanctionably invoking and sustaining a particular version as adequate empirical grounds for further decision – grounds which from a countervailing point of view are utterly groundless – comprise the politics of reality and experience (...). It is because of the flaw posed by the other’s claim, a flaw in the sense that his claim breaks the network of unanimity and universality anticipated by a version that purports to have comprehended the world as it really is, that his opponents are rendered political insofar as they nevertheless proceed to use their version as the grounds of inference and action”.

tem, e experienciam esses domínios e as relações e entidades das quais eles são compostos como ordens de fato ‘reais’, ‘objetivos’ ou ‘naturais’ (p.87, *tradução minha*)³⁴

Assim como a crença em um mundo real e objetivo é a condição da formulação de disjunções da realidade como *puzzles*, o pressuposto da objetividade da lei é a condição que permite o debate sobre ela. É precisamente a disputa sobre a correta percepção da lei o que produz sua objetividade. Cabe destacar que, no debate, muitas vezes a realidade da lei ultrapassa seus próprios artigos quando os autores criticam partes da lei como contradizendo seus princípios. Ainda que a crítica à formulação dos artigos do ECA possa suspender sua objetividade em um nível, a recoloca em outro: a formulação da crítica só é possível porque o artigo criticado é contraposto ao verdadeiro princípio da lei e que torna esse seu elemento visível como “incorreto”.

Nesse sentido, é possível dizer que a objetividade da lei opera como uma “proposição incorrigível” do debate analisado. Essa noção, utilizada por Pollner (1974, p. 43, 44) para analisar a estrutura operacional do raciocínio mundano, foi desenvolvida por Gasking em suas considerações sobre as proposições matemáticas. Seriam “corrigíveis” as proposições que podem se tornar falsas dependendo do que acontecer no mundo, e “incorrigíveis” aquelas que nunca se tornam falsas, independente do que acontecer. Como são imunes ao descrédito, as proposições incorrigíveis não dizem nada sobre o que acontece, mas fornecem uma forma de descrever os acontecimentos. É o caso dos tipos de solução formulados para os *puzzles*: como a existência de um mundo intersubjetivo e compartilhado opera como proposição incorrigível na razão mundana, a busca por explicações para experiências contraditórias do mundo é direcionada, por exemplo, aos métodos de observação e jamais ao pressuposto de que o mundo é objetivo. Esse pressuposto, enquanto proposição incorrigível, oferece meios de descrever os eventos, no caso, a forma de buscar soluções para as disjunções de realidade.

No caso do debate sobre o Direito Penal Juvenil, a objetividade da lei não é uma descrição da lei que pode ser falseada dependendo do que acontecer, mas fornece o meio de descrever as visões divergentes sobre seu conteúdo. É

³⁴ No original: “Mundane inquiry depicts itself as responding to entities, events and relations which are independently established facticities – be they pulsars, psyches, class structures, causal sequence or, as in this investigation, the ‘properties of mundane reason’. (...) And, indeed, mundane practitioners pursue, discuss, and experience these domains and relations and entities of which they are composed as ‘real’, ‘objective’ or ‘natural’ orders of fact”.

ao operar como proposição incorrigível que a objetividade do estatuto impõe o imperativo de explicar a existência de percepções contraditórias sobre ele, mantendo essa proposição intacta. Dado que o debate funciona como uma “política da experiência” em que é impossível solucionar consensualmente as discordâncias sobre a realidade da lei, os autores de ambos os lados da disputa afirmam a existência de interpretações *corretas* ou *falsas* e buscam formular mecanismos que explicam a inadequação da percepção oponente. É nesse sentido que os críticos do Direito Penal Juvenil atribuem a formulação dessa tese equivocada sobre o ECA à “visão penalista” (NICKNICH, 2008, p.2; VERONESE, 2008, p. 2; DIGIÁCOMO, 2006, p. 213); ao “desconhecimento do ECA” (GOMES NETO, s/d, p.1); à incapacidade dos autores de “enxergar além das penas” por estarem presos às lições do velho Direito (PAULA, 2006, p.33). De maneira análoga, os defensores da tese do Direito Penal Juvenil afirmam que aqueles que discordam dela seriam “neomenoristas” (BARBOSA, 2009, p.49) que não conseguiram “se desprender do famigerado código de menores” (SOUZA, BARBOSA, 2010, p. 133); que estariam “presos” à “lógica da Doutrina Tutelar da Situação Irregular” (SARAIVA, 2013, p.10), à “cultura menorista” (SARAIVA, 2006, p.179) ou à “lógica tutelar” e à “ideologia do tratamento” (SPOSATO, 2006, p. 275). A afirmação de que a “resistência” à tese do Direito Penal Juvenil é decorrente da permanência da “lógica” dos códigos de menores é também elaborada por Konzen (2006, p. 344):

A sensação de que há avanços é uma percepção empírica, sem deixar de registrar que o modelo juridicamente vencido vive e é resistente, porque ainda povoa mentalidades aculturadas pelo menorismo, em que a infração na idade juvenil nada mais significava senão uma das diversas hipóteses de *situação irregular*, doutrina de sustentação, nunca é demais repetir, de que o ato infracional não passa de uma oportunidade para justificar a imposição de consequências piores de boa vontade, mesmo na contramão do respeito à condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento, pelo efeito afitivo do provimento judicial para o destinatário.

No mesmo sentido, Emílio Garcia Méndez (2006, 2008) busca explicar as resistências às transformações jurídicas e à mudança de paradigma inauguradas pelo ECA pela formulação do que ele chama de “crise de interpretação”:

A crise de interpretação se configura então como a releitura subjetiva, discricionária e corporativa das disposições garantistas do ECA e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Dito de outra forma, a crise de interpretação se configura no uso

em chave ‘tutelar’ de uma lei como o ECA claramente baseada no modelo da responsabilidade (MÉNDEZ, 2006, p. 20-21)³⁵.

Na formulação dos autores que participam desse debate, a explicação para a existência de interpretações contraditórias sobre o ECA evoca mecanismos responsáveis pela incapacidade dos oponentes de perceber o que a lei é verdadeiramente. Nesse sentido, é possível dizer que a incorrigibilidade do status objetivo do ECA é uma realização contínua, garantida somente pelas práticas que se orientam pelo uso dessa proposição como mandatário na busca de relatos que resolvem a existência de discordâncias a seu respeito (POLLNER, 1974, p. 44). A objetividade da lei opera, assim, como *processo, pressuposto e produto* do debate normativo: o campo de possibilidades para a seleção de explicações para a existência de divergências sobre seu conteúdo está previsto na objetividade da lei. E, considerando que esse pressuposto produz relatos que “preservam reflexivamente sua própria incorrigibilidade” (POLLNER, 1974, p. 45)³⁶, a objetividade da lei é também o produto desse trabalho.

Cabe ainda destacar a implicação da consideração da objetividade da lei como proposição incorrigível para o caráter normativo do debate analisado. Trata-se de um debate que opera no plano do dever ser, de posições que discordam sobre como a lei deve ser interpretada. No entanto, o que permite o debate não é a discordância de posições, ou não é somente a discordância. A condição de possibilidade do debate é o pressuposto de que o objeto de disputa tem existência em si mesmo e que todos os outros membros competentes potencialmente o experienciam da mesma forma. No debate, assim, a construção da validação das alternativas normativas do que a lei deve ser passa o tempo todo pela afirmação do que a lei é. Na elaboração de seus argumentos, é como se esses autores afirmassem “a interpretação da lei deve ser X porque a lei é X”. É dessa maneira que, reflexivamente, a própria atividade de discordar sobre o conteúdo da lei produz a objetividade potencialmente unânime desse mesmo conteúdo.

Do ponto de vista da análise, o argumento de que a objetividade da lei opera, ao mesmo tempo, como pressuposto e produto das atividades orientadas

³⁵ No original: “La crisis de interpretación se configura entonces como la relectura subjetiva, discrecional e corporativa de las disposiciones garantistas del ECA y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Dicho de otra forma, la crisis de interpretación se configura en el uso en clave ‘tutelar’ de una ley como el ECA claramente basada en el modelo de la responsabilidad”.

³⁶ No original: “reflexively preserves its own incorrigibility”.

por sua afirmação, não visa defender que essa objetividade não existe. Ao demonstrar a existência de visões contraditórias sobre o que a lei realmente é, não quero enfatizar a ingenuidade da crença na sua existência. Ao contrário, o que o tipo de análise empreendido pretende é reconhecer o que essa crença permite, o que ela gera e produz: é a objetividade da lei o que torna a discordância sobre ela possível e as posições inteligíveis entre si e para o analista. De outro modo, cada uma das posições seriam sistemas fechados em si mesmos, incomunicáveis para os que não compartilham de suas afirmações. A objetividade da lei existe dado que tem efeitos, que faz fazer.

