

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DIREITO



**ATO INFRACIONAL, LEGALIDADE E CONSENSO: ESTUDO ACERCA DAS
DIRETRIZES PARA A JUSTIÇA JUVENIL.**

OLEGÁRIO GURGEL FERREIRA GOMES

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2009

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DIREITO



**ATO INFRACIONAL, LEGALIDADE E CONSENSO: ESTUDO ACERCA DAS
DIRETRIZES PARA A JUSTIÇA JUVENIL.**

OLEGÁRIO GURGEL FERREIRA GOMES

**Dissertação orientada pelo
Professor Doutor Paulo Sousa
Mendes.**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2009

RESUMO

O controle da violência juvenil durante mais de um século caracterizou-se pela tensão “educar e punir”, que serviu de norte para elaboração das regras do sistema judicial menorista. A ideia da reabilitação social de jovens acusados da prática de conduta descrita na lei como crime sempre teve forte apelo, vez que conseguia contrapor a ética utilitária da socioeducação à retribuição do Direito Penal. Contudo, ao final do século XX, a Convenção de Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas, fez emergir uma nova representação da infância, qualificando o infante como sujeito de direitos e, nessa acepção, um ser em igualdade jurídica com o homem adulto. A jurisdicação das relações menoridade-maioridade estremeceu o tradicional modelo educativo, resguardando o adolescente no seio das garantias constitucionais penais e processuais penais. A educação para o direito problematizou-se no novo paradigma, dada a impossibilidade de desconsiderar a autonomia da pessoa, ainda que em peculiar condição de desenvolvimento. Numa investida, a ideia de responsabilidade substituiu o enfoque do tratamento pedagógico do jovem infrator e deslocou o eixo de estruturação da Justiça Juvenil para a tensão presente na antinomia “sancionar e perdoar”. O consenso e a tolerância passaram a conduzir o debate no interior do sistema, buscando flexibilizar o princípio da legalidade em regras voltadas para a dispensa de sanção, cominação preferencial de medidas de meio aberto, excepcionalidade e brevidade da internação, o arquivamento de processos, a transação e a mediação de conflitos com o auxílio da comunidade. Assim, nesse plano de liberdade, o que persiste controvertido é o ponto concernente à pretensão socioeducativa do Estado. Afinal, como considerar o adolescente livre se, na hipossuficiência de sua idade, ele ainda se revela carente dos cuidados e da atenção do mundo adulto?

PALAVRAS CHAVE

Criminologia, responsabilidade juvenil, legalidade, socioeducação, autonomia.

ABSTRACT

The control of young violence during more than one century characterizes it by the tension “educate and punish”, which guided to rule’s elaboration of the minor judge system. The idea of social rehabilitation of teenagers accused of practice the conduct described in law as crime always had strong appeal, one time that could counter the utilitarian ethic of socioeducation to retribution of the Penal Rights. However, at the end of XX century, the Convention on the Rights of the Child, from the United Nations, emerged a new representation of the childhood, qualifying the child as subject of rights and, in this interpretation, a living being in judge equality as an adult man. The Jurisdiction from the relations minority – majority shackled the educative traditional model, safeguarding the teenager in the intimacy of the penal constitutionals guaranties and penal procedurals. The education to the rights problematized in the new paradigm, given the impossibility of do not consider the autonomy from the person, still that in peculiar condition of development. In a invest, the idea of responsibility replaced the focus from the pedagogic treatment to young violator and shift the axis of estruturation from Juvenile Justice to the present tension in the antinomy “sanction and forgive”. The consensus and the tolerance passed to conduct the debate in the interior of the system, searching to make flexible the principle of legality in rules turned to the exemption of sanction, preferential threaten with punishes of the measures of open environment, exception and brevity of the internment, the processes’ filing, the transaction and the moderation of conflicts with the help from the community. So, in this plan of liberty, what persists controversial is the point concerning to the pretension socioeducative from the State. After all, how consider the teenager free if, in the hipoinsufficiency from his age, he stills reveal himself clingy from the cautions and from the adult attention?

KEY WORDS

Criminology, young responsibility, legality, socioeducation, autonomy.

ABREVIATURAS

Artigo > art.

Conferir > cf.

Constituição da República Portuguesa > CRP

Constituição da República Federativa do Brasil > CRFB

Convenção de Direitos da Criança > CDC

Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil > Diretrizes de Riad

Estatuto da Criança e do Adolescente > ECA

Lei Tutelar Educativa > LTE

Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal de Menores > LORRPM

Organização das Nações Unidas > ONU

Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e Juventude > Regras de Beijing

Supremo Tribunal Federal (Brasil) > STF

Superior Tribunal de Justiça (Brasil) > STJ

Seguintes > ss.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. INFÂNCIA, SOCIEDADE E PODER: O PARADOXO CONTEMPORÂNEO....	18
1.1. A criança sujeito de direitos	20
1.2. A compreensão da infância na identidade e na diferença	26
1.2.1. Limites para a autonomia	30
1.2.2. A crise na educação	39
1.3. Justiça e infração juvenil	43
1.3.1. A atitude de proteção no modelo de responsabilidade	48
1.3.2. Socioeducação e o problema da desjurisdicização	56
1.4. Desafios do modelo de responsabilidade	64
2. A CRIANÇA NO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO	67
2.1. A idade do discernimento	67
2.1.1. A ideologia do tratamento da Escola Positiva	71
2.1.2. <i>Labeling approach</i> desestabiliza os princípios penais?	80
2.1.3. <i>Labeling</i> e delinquência juvenil	85
2.2. Princípio da legalidade flexível e estrita	91
2.2.1. O modelo 4D nas normativas internacionais	99
2.2.2. A investigação das regras do consenso	103
3. TEORIA DO ATO INFRACIONAL	105
3.1. Os fins das medidas e a socioeducação	107
3.1.1. A cominação abstrata de medidas	115
3.2. Os requisitos do ato infracional	118
3.2.1. Tipos de internação	120
3.2.2. A adequação da medida	123
4. JUSTIÇA JUVENIL, LEGALIDADE E CONSENSO	131
4.1. Processo e ato infracional	135
4.1.1. Vertente inquisitorial do ideal pedagógico	136
4.1.2. Processo acusatório e o princípio da verdade real	140
4.2. O processo de consenso na Justiça Juvenil	146
4.3. O consenso nas legislações nacionais: diálogo ou monólogo?	152

5. POLÍTICA CRIMINAL E MODELOS DE JUSTIÇA JUVENIL	159
5.1. O problema do utilitarismo	159
5.1.1. Soluções contemporâneas	166
5.1.2. Socioeducação como prática da liberdade	170
5.2. Natureza jurídica	177
CONCLUSÃO	179
BIBLIOGRAFIA	184

INTRODUÇÃO.

Desde que a idade do infrator constitua variável de relevo, o cometimento do delito tende a invocar fronteiras maleáveis. O problema remete à justa reação social, se adequado perdoar, educar ou punir. Tal é a indagação primeira na reflexão acerca da Justiça Juvenil, comumente apresentada enquanto questão aberta e alternativa em alguns países ou fechada e exclusiva em outros.

Na primeira linha estão os sistemas que enfrentam o problema no caso concreto, fazendo incidir, a depender da análise de critérios legais, uma das três vias, a absoluta ausência de sanção, a submissão a medidas socioeducativas ou a resposta penal. É esse o caminho, por exemplo, da Espanha e de países com tradição no *common law*. Os elementos usuais na fixação da espécie de responsabilidade, se reabilitação educativa ou retribuição, passam pela maturidade intelectual da pessoa, sua vida pregressa e sua capacidade de responder a estímulos pedagógicos, além da própria gravidade do fato. Ou seja, sendo o adolescente receptivo aos estímulos pedagógicos a acusação é autuada na Justiça Juvenil, mas se a conduta revela grave ofensa e o agente se mostra incorrigível então o caso é de transferência à corte penal¹.

As disposições mudam quando a configuração é de uma jurisdição exclusiva, a exemplo do que ocorre no Brasil e em Portugal, cujas legislações impedem numa mesma faixa etária o tratamento casuístico e a variabilidade do tipo de sanção, medida tutelar educativa ou pena. As responsabilidades são estanques em seus marcos definidos em lei. O julgamento do imputável penal se dá exclusivamente na corte especializada, não se admitindo deslocamento de processos. Tal característica, porém, não impede uma aproximação com os países de institutos alternativos, em especial através do debate da redução da maioridade penal, considerando que a questão de adequar parcela da população jovem no sistema pedagógico ou, contrariamente, no retributivo tende a monopolizar a definição da política criminal e alimentar as aspirações populares por mais segurança pública.

¹ Nos Estados Unidos, a renúncia da corte especial em favor da Justiça comum dos adultos se dá tanto no âmbito do Ministério Público quanto do julgador, mediante justificativas discricionárias e que ressaltam o conflito entre as ideologias da reabilitação social e da punição. Com frequência, a decisão vincula-se ao nível de tolerância da comunidade, com diferenças entre zonas rurais e urbanas, à raça do ofensor e da vítima, se negro ou branco, e até mesmo ao momento político, já que o período de eleições suscita um agir mais rigoroso. A este respeito, cf. James HOUSTON e Shannon M. BARTON, *Juvenile justice: theory, systems and organization*, p. 362-363.

Assim, determinar ou recusar a oportuna comunicação da adolescência com o Direito Penal comporta questão de fundo situada na apreensão do homem em suas duas primeiras décadas de vida. Porquanto, antes de tudo, o que se define é a compreensão da criança enquanto partícipe ou mero aspirante da pluralidade de iguais, distintos em sua racionalidade. O ser imaturo e o ser adulto participam de uma relação de igualdade? A criança é o outro eu ou algo distinto, uma vez que pertencente ao futuro e submisso a condicionantes em seu evoluir do “devir” ao “ser” (maturando o corpo, o intelecto e a sociabilidade só então alcançará o infante a condição humana)?

Da trama que hesita fixar na infância as esperanças do que será ou as angústias do que já é emana o valor a ser conferido à vulnerabilidade infanto-juvenil. Isso porque há implicações díspares em conceber a criança um homem futuro ou tomá-la já plena e integral no seu tempo presente, mormente quando necessário decidir o que deve guiar a relação menoridade-maioridade, se a perspectiva do incapaz objeto de proteção, afetividade e tutela pedagógica ou a do sujeito de direitos, autônomo para estabelecer pretensões e sustentá-las perante a família e a sociedade.

A prevalecer a figura do cuidador vinculado por obrigações ética ao carente de cuidados, como defende O’NEILL², inevitável pontuar o distanciamento das gerações. Só na diferença é possível o encontro com o dever de cuidar porque só aí há o reconhecimento do ser condicionado e dependente de integralização. Assim, as carências do primeiro estágio de vida são valores de especificação de desigualdades, determinando na busca do estranho o meio de preservar a vida incipiente. Necessário excluir da comunidade de iguais do mundo adulto, alienar a criança de seus pares e coisificá-la enquanto objeto de proteção, de forma a estabelecer a verticalidade e unilateralidade determinantes no confronto protetor-protégido. O protetor interage com o protegido para atribuir-lhe sentido, doar padrões de conduta e emprestar-lhe sociabilidade, uma relação unidirecional que considera o pequeno uma entidade estéril de razão e desprovida de meios próprios para a existência.

Não custa frisar que no seio da radical diferença gesta comando ético muito caro à infância, a precedência de atenção, através do qual a família, a sociedade e o Estado assumem obrigações de oferecer cuidados prioritários e absolutos. A menos que se negue validade a imperativos morais básicos, tendo em vista que assegurar prioridade

² Cf. *Children’s rights and children’s lives, Children, rights, and the law*, p. 40: “There are good reasons to think that paternalism may be much of what is ethically required in dealing with children, even if it is inadequate in dealings with mature and maturing minors”.

significa mesmo garantir a sobrevivência da criança, não é devido descartar a força desse modo de pensar, essencialmente paternalista.

Uma vertente oposta a essa representação do protetor-protégido e capaz de afirmar na criança o “outro eu igual” surge com o reconhecimento do sujeito de direitos desde logo no homem em gestação ou a partir do nascimento com vida. Aqui o enfoque destaca a autonomia do carente de cuidados em seus direitos contrapostos ao cuidador, o que resulta num vetor de comunhão de tudo o que deve e o que é devido. A criança integra o conjunto de direitos e obrigações partilhados socialmente, emergindo da condição de dependente para se posicionar como parte ativa no espaço doméstico e educativo, com vontade e voz devidamente consideradas e juridicamente protegidas. Tutor e pupilo são equiparados em plano único, dado que a carência da menoridade não demanda hierarquia, mas antes estabelece posições jurídicas favoráveis ao hipossuficiente. Ambos partem do mesmo patamar, ainda que a vulnerabilidade de um imponha ao outro tolerar concessões em prol de uma igualdade simultaneamente formal e material.

Daí dizer que a proteção exigida pela infância constitui valor de especificação de igualdades. Ou seja, a fragilidade do homem em desenvolvimento qualifica sua condição e equilibra a posição que detém na ordem jurídica, tendo direitos e obrigações específicas conforme as especificidades que sustenta, normalmente compreendidas em regras de excepcionalidade, como a precedência de atenção, aqui norma jurídica e, como tal, aquém e além do comando ético. Surge assim a horizontal e bilateral relação credor-devedor³, que permite o diálogo paritário no qual o sentido da existência e os padrões de conduta são estabelecidos em comum, preservadas as autonomias do menor e do maior, por óbvio em suas singularidades e extensões.

Perceptível nesse último contexto a criança livre porque detentora de uma racionalidade própria de seu tempo, repleta de sentidos vitais não apenas para ela mas também para aqueles que a circundam. Nessa vertente liberal, ela não é um corpo vazio nem uma mente a ser preenchida de maturidade, e sim um conteúdo a racionalizar a vida que segue. Constitui, enfim, um sujeito de direitos e não o objeto da proteção do mundo adulto que, como visto, marca a acepção protetor-protégido.

Ora, uma configuração assim democrática no interior de discrepâncias etárias

³ Pela qual a proteção advém não da obrigação ética de cuidar, mas de direitos de crédito contrapostos tanto à família, em referência aos cuidados, quanto à sociedade e ao Estado, contabilizando liberdade, respeito, dignidade humana, educação, saúde e assistência social.

não se faz sem graves sobressaltos. A primeira reivindicação é quanto a critérios suficientemente claros para dialogar com as diferenças, ainda mais em contextos que abrangem relações de poder, a exemplo de pai-filho e educador-educando.

Mais diretamente, como trabalhar a liberdade quando a missão de educar envolve tolher no agente atitudes hostis a si mesmo e ao outro? Não reside aí uma contradição insuperável que legitima a condição de protetor e desqualifica a igualdade subentendida no padrão de liberdade contratual intrínseca ao direito? Ainda nessa problemática, pode-se levantar a questão de que o espaço pedagógico não prescinde de certa autoridade, vez ser essencialmente interdição, na qual os limites são paulatinamente internalizados pelo aprendiz de homem até sua plenitude. Ademais, em tenra idade a criança é extremamente indefesa, nada tem a dizer e só o que demanda é a condição de destinatária de atenções e cuidados.

O fato é que as duas perspectivas da vulnerabilidade infanto-juvenil, a do protetor-protegido com norte em obrigações éticas de cuidar e a do credor-devedor centrado em direitos, animam profícua celeuma no que tange à relação do mundo adulto com crianças e adolescentes. A democratização do ambiente familiar e escolar ilustra referido embate. Pais e mestres são chamados a uma tomada de posição em suas rotinas diárias, tanto na postura do provedor das necessidades básicas de socialização quanto na do facilitador para o aprendizado de recursos a serem mutuamente compreendidos e exercitados. A variável idade acresce complexidade à decisão, sendo certo que a aquisição de competências pelo imaturo, à medida que avança na adolescência, interfere no equilíbrio que consolida linhas de conduta e altera as expectativas dos adultos com as quais encontram motivação ao ponto de vista paternalista ou liberal.

Mas o tema transcende o recorte individual e ganha dimensão quando em pauta o planejamento de políticas públicas, programas educacionais e sistemas jurídicos, em que o coletivo exige posicionamento coerente e a definição de diretrizes e princípios. Há de indagar aquele que se debruça sobre hercúlea tarefa: qual o ponto de partida a orientar a configuração do Estado, o dever de cuidado ou a livre estipulação de papéis familiares e educacionais? Que linha deve assumir a tutela estatal?

Atualmente, parece consolidada a tendência que situa a criança como partícipe da pluralidade de iguais, no qual o bem-estar é um dado a ser trabalhado em categorias de direitos subjetivos e não de obrigações éticas. Alguns movimentos históricos foram significativos para que se alcançasse tal parâmetro, destacadamente as microrrevoluções

dos anos sessenta e setenta do século XX com os avanços científicos e tecnológicos além do impacto de conflitos políticos, ideológicos e culturais.

A luta pelos direitos civis impregnou de sentidos novos o tecido social do ocidente, a mulher conquistando a legitimidade política, ao votar e ser votada, o negro desfazendo na América a validade de normas de segregação e as minorias de idosos, deficientes físicos e indígenas afirmando posições de relevo. Não menos pertinentes a consolidação do mercado consumidor global, a cultura de massa, a mídia televisiva, a urbanização, a pluralidade étnica das grandes metrópoles, a abertura do trabalho à mulher, a pílula anticoncepcional, marcos que em diversos contextos alteraram em definitivo a estrutura patriarcal da sociedade em favor de vínculos relacionais construídos no cotidiano e orientados na igualdade, no respeito e na dignidade. Merecem nota ainda o ocaso de regimes ditatoriais na Europa e América Latina e o ressurgimento de democracias incipientes e necessitadas de mudanças constitucionais. Todo esse fluxo de acontecimentos permitiu inovar o debate internacional acerca da condição infantil, culminando em 1989 com a aprovação pela ONU da Convenção dos Direitos da Criança, na qual restou firmado o direito do infante de se manifestar e ter sua opinião sopesada nas decisões que atinjam sua esfera jurídica⁴.

É esse contexto que leva RENAUT⁵ a questionar se a democratização não é um imperativo contemporâneo. O que aconteceu com a mulher na esfera doméstica e política resultará na criança livre?

Se assim for, o Estado Democrático de Direito terá de confrontar sérios entraves à atitude de afirmar ser a criança um sujeito de direitos, o que demonstra uma discussão ainda longe do amplo consenso, ao contrário do que poderia fazer crer o otimismo contagiante fruto do advento de um paradigma revolucionário. Para citar alguns, é precário o reconhecimento dos direitos afetos à infância, mormente por estarem condicionados à efetiva implementação de políticas sociais onerosas de apoio e orientação familiar, educação e saúde, além de mudanças culturais extremamente delicadas. Ao lado do apelo social, a circunstância de dependência constitui ponto fulcral. Basta dizer que a criança tem nos interlocutores adultos a via única para acessar as atenções e os cuidados correspondentes aos direitos que lhe são assegurados e que são imprecisos os contornos de sua autonomia, se ponderados os deslocamentos naturais

⁴ O art.12 da Convenção assegura à criança o direito de expressar suas opiniões livremente sobre os assuntos que lhe digam respeito, levando-se em consideração a idade e a maturidade.

⁵ Cf. *A libertação das crianças*, p. 72.

em função da idade. Ademais, é difícil fixar a liberdade de vontade num ser em desenvolvimento, para quem a aferição da maturidade, em critérios pouco confiáveis, determina tanto a juridicidade de suas opiniões quanto a capacidade de responder por seus atos.

Daí afirmar que a comunicação da infância e adolescência com o Direito Penal requer o conhecimento das peculiaridades inscritas na democratização dos espaços públicos e privados. Se a violência infanto-juvenil é objeto de políticas públicas de segurança, como de fato é, então a escolha quanto ao caminho a seguir insere-se no desafio há pouco destacado de entender como a legalidade interage, nos termos de RENAUT⁶, com “um ser destinado à liberdade” porém sem capacidade para exercê-la plenamente.

Enfim, alguns valores transpassam as matrizes da Justiça Juvenil, em quaisquer de suas feições, se exclusivas ou meras alternativas à jurisdição penal, para fixar o jogo de forças que caracteriza as interações criança-adulto. De um lado as aspirações de igualdade, credora de toda a racionalidade que o princípio da legalidade se dispõe a conferir ao ser humano, e de outro o dever ético que converte o desejo das atuais gerações de eternizar suas vidas em obrigações de cuidado, atenção, carinho e devoção à tarefa de zelar pela jornada de crianças, adolescentes e jovens à vida adulta. E isso, para além da continuidade da espécie, em prol da perpetuação da consciência do homem no mundo e, assim, de tudo que restou construído desde então.

O que resulta desse embate, a não ser, como era de esperar, juízos ricamente variáveis? O perdão, porque há de tolerar a falta de quem dispõe de escassos meios para contextualizar seu ato ou faz da infração mecanismo válido para atingir tal compreensão. Os juízos pedagógicos, decorrentes dos confrontos com os anseios de maturidade, que geram impulsos muito presentes e fortes para auxiliar pessoas a estabelecer sentidos alinhados à convivência social. A retribuição, ao admitir a existência de bens jurídicos essenciais à sociedade os quais não podem ser violados sob pena de comprometer padrões mínimos de segurança.

Investigar a forma como o princípio da legalidade conforma os diferentes modelos de Justiça Juvenil imersos nas fronteiras maleáveis do dever de perdão, de educar e de punir constitui o ânimo primeiro do presente trabalho, inspirado na certeza

⁶ Cf. *op. cit.*, p. 129: “A entrada pelo direito põe directamente em jogo a representação da criança como um ser que, destinado à liberdade, não pode, contudo, de imediato ser concebida como portadora de todos os direitos que definem a liberdade dos adultos.”

de que o consenso representa elemento de equilíbrio das contradições internas e dos diversos fins que alimentam o sistema. A convergência na pessoa em desenvolvimento de panoramas tão díspares e excepcionais, estando sujeitos a mudanças bruscas no tempo, clama por elementos de integração capazes de conferir flexibilidade aos institutos de intervenção. O consenso, acredita-se, pode cumprir esse papel por ser capaz de legitimar respostas estatais variadas para o cometimento do delito, através de soluções que flexibilizam o direito material e processual⁷. Não há exagero em afirmar residir aí a fonte das diretrizes mais marcantes para a política criminal no âmbito restrito da infância e adolescência, com propostas inseridas na plataforma da igualdade e que, ainda assim, conseguem destacar as especificidades e os reclamos originários do dever de cuidado com o hipossuficiente. Porquanto, é na linha consensual que a análise do direito positivo deve se deter com mais vagar, uma investida que pretende desincumbir-se do exame das legislações do Brasil, Portugal e Espanha.

Mas, se o consenso é, como se afirma de forma enfática, o caminho que confere sentido ao parâmetro de jurisdicionalização ao qual foi remetida a relação com o adolescente infrator, já que sujeito de direitos e integrante da igualdade do mundo adulto, então se torna imperativo que a técnica consensual demonstre ser capaz de conciliar as dicotomias resultantes dos direitos de liberdade e dos direitos de proteção. Em outras palavras, não sendo devido abandonar o adolescente ao panorama gélido da legalidade, considerando que ainda se comunica com a sociedade através de uma condição informadora da necessidade de cuidados e educação, a seleção pelo Estado de fatos delituosos, dos indivíduos delinquentes e das consequências jurídicas há de alcançar, em termos objetivos e igualitários, as perspectivas do perdão e da sanção.

O primeiro capítulo da dissertação que ora se apresenta reúne a tarefa de discutir as variadas nuances suscitadas pelas indagações em destaque, em especial a de que a simples inscrição da Justiça Juvenil no princípio da legalidade, atraindo aos jovens inimputáveis as garantias constitucionais do direito penal e processual penal, não soluciona de imediato os entraves que inquietam a sociedade, ora escandalizada com os abusos do Estado ora impaciente com ineficácia de medidas educativas. O problema de

⁷ Recentemente, as soluções consensuais motivaram fundas mudanças no processo penal. A proposta de transação e acordos liminares na persecução dos delitos de bagatela permitiu enfrentar dilemas essenciais ao sistema e, em muitos aspectos, semelhantes ao que ora se discute, uma vez que indisfarçável o propósito de flexibilizar a legalidade para dar vazão ao grande número de autuações e redimensionar o papel do acusado e da vítima na relação jurídica processual.

lidar com as liberdades públicas sem olvidar os reclamos por proteção surge particularmente complexo no interior da teoria do direito que busca fundamento no respeito à dignidade da pessoa humana. De partida, cabe saber que critérios limitam a autonomia do homem em maturação, porquanto indispensável definir quando e como é possível dizer algo à personalidade do jovem, sem que nesse dizer seja a pessoa tomada como instrumento de fins genericamente prescritos pela sociedade. Isso guarda relevo, por óbvio, se compreendido que a atitude pedagógica constitui ferramenta de propósitos múltiplos, como a promoção da liberdade ou, em via oposta, a domesticação de individualidades inadequadas aos padrões correntes.

Ademais, carece atenção a escolha das diretrizes que orientam o mecanismo formal de seleção, dado o risco tanto de explicitar na ação estatal as distinções de raça, etnia, classe econômica e tendência política ou religiosa, quanto de esvaziar os conflitos subjacentes aos delitos através de acordos artificiais chancelados para satisfazer estatísticas e desobstruir a atividade jurisdicional, pois não observam as angústias de ofensores e vítimas no contexto que torna o crime uma realidade. Noutro passo, importa conhecer até que ponto o sistema juvenil se propõe servir de alternativa ao direito penal ou dele se distinguir, considerando o julgamento da maturidade do agente como meio para afirmar que justiça é competente no caso concreto. Em sendo escassos os elementos objetivos dessa análise, restam válidas as inferências subjetivas e, muito decididamente, conta a disposição do indivíduo de se comunicar com a magistratura para convencê-la de sua aptidão aos estímulos pedagógicos da Justiça Juvenil ou, do contrário, de demonstrar sua personalidade distorcida prematuramente e madura para a aplicação da pena.

Nessa ótica, o consenso participa de um debate amplo, tema que se pretende explorar no segundo capítulo em meio ao estudo da condição infantil no pensamento criminológico. A questão não é restrita aos contornos em que se desenvolve o processo penal, no qual floresce a dicotomia eficácia-garantismo na discussão acerca da oportunidade dos procedimentos sumaríssimos e da transação de penas alternativas, em detrimento do princípio da verdade material. Também não se limita a questionar experiências restaurativas, em mira à devolução do conflito aos verdadeiros atores e ao resgate dos bens jurídicos violados no cometimento do fato típico.

Tomando o consenso como fator de abrandamento da legalidade enquanto princípio formal e inflexível, há para ele pelo menos três dimensões no cenário da

Justiça Juvenil, uma referida ao direito material, outra ao processo e a última ao próprio sistema, de modo a suportar questionamentos marcadamente distintos. É dizer, há legitimidade na norma infracional seletiva, possibilitando em tese a opção entre o perdão, as medidas de meio aberto e as medidas de meio fechado? De outro modo, a norma processual infracional é seletiva, com a qual há irrestrita oportunidade para instaurar o processo? Por fim, cabe instituir, no caso concreto, a seleção da jurisdição, se penal ou especializada?

É no terceiro capítulo que se pretende investigar o primeiro dos questionamentos, aquele que abrange o aspecto material do consenso, com o objetivo de discutir as singularidades de uma teoria geral do ato infracional, qualificado no direito positivo enquanto crime cometido pelo inimputável penal⁸. Em verdade, as especificações da violência na juventude devem reverberar na dogmática, sendo fundamental compreender se, como e quando a teoria do delito sofre inovações e orienta o legislador na elaboração de leis que definem a infração e determinam os requisitos para a imputabilidade juvenil.

A investigação há de seguir no capítulo quarto com enfoque no processo infracional, desta feita para examinar seu perfil acusatório mitigado pelas exigências do princípio da verdade material, que aparecem imprescindíveis sempre que em destaque a apuração formal da culpabilidade. Nesse sentido, como conciliar a necessidade de promover o diálogo entre as partes, atribuindo autonomia para dirimir o conflito, sem anular os desígnios do devido processo legal? A questão conduz não só à análise teórica dos sistemas processuais como também ao estudo prático acerca do desempenho do acordo em diferentes legislações, destacando os entraves e sucessos para sua implantação.

Já no último capítulo a pesquisa chega ao tema concernente aos fins da Justiça Juvenil, fazendo inevitável aproximação com a definição de sua natureza jurídica, se penal ou meramente sancionadora. Nessa última questão, devotada, antes de tudo, a traçar o perfil da atividade jurisdicional, exsurge o desafio de delimitar a extensão do

⁸ No Brasil, o art. 103 da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera “ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” cometido pelo maior de 12 anos e menor de 18. De forma semelhante, em Portugal, o art. 1º da Lei nº 166/99, de 14 de setembro, a Lei Tutelar Educativa, informa que “a prática, por menor de idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa”. Já na Espanha prevê o art. 1º, nº 1, da Lei Orgânica nº 5/2000, de 12 de janeiro, a Lei de Responsabilidade Penal dos Menores, que será exigida a responsabilidade das pessoas maiores de catorze anos e menores de dezoito pelo cometimento de fatos tipificados como delitos ou faltas no Código Penal e nas leis penais especiais.

termo “socioeducação”, uma componente valiosa no discurso de legitimação das sanções dirigidas a adolescentes. A retórica presente nas legislações e em suas justificativas é prodigiosa em referir-se à finalidade pedagógica do trato da violência juvenil, o que desafia análise acurada para desmistificar aporias engendradas na identidade comumente suscitada entre sanção e educação. Há conflitos nessas duas atitudes ou são elas complementares? Por que presumir harmonia numa junção com potencial para gerar tanta polêmica?

O problema perpassa todo o trabalho mas culmina no capítulo cinco ao destacar o utilitarismo que marca os fins da socioeducação. Ou seja, a comunicação entre a justiça penal e a especializada se dá a partir da ideia da viabilidade pedagógica do indivíduo. Desde que demonstre receptividade a medidas educativas, é útil a ele e à sociedade mantê-lo no sistema juvenil e, do contrário, encaminhá-lo ao penal.

Importa observar que a utilidade do sistema é estimada de diferentes formas: a) através de critério objetivo de promover a redução da maioridade penal unicamente para as hipóteses de crimes graves, especificando os delitos para os quais o jovem necessariamente responderá como imputável independentemente de seu desenvolvimento psíquico, tendo em vista o pressuposto de que condutas hediondas informam necessariamente a predisposição do jovem à criminalidade; b) por meio de critério subjetivo de análise da maturidade, avaliando no caso concreto a capacidade de entendimento da ilicitude e a capacidade de assumir através dessa compreensão um padrão de comportamento ilícito, o que justifica a aplicação da pena; c) por intermédio de avaliações simultâneas à execução da medida educativa, cuja eficácia deve ser aferida para justificar a decisão de extinguir ou comutar em pena. As duas primeiras ocorrem em fase inicial e servem a selecionar a jurisdição adequada ao caso concreto. Já a última determina o encaminhamento necessário à responsabilização socioeducativa, porém admite a possibilidade da responsabilidade penal sempre que ficar constatado que a intervenção pedagógica não surtiu os efeitos esperados, seja porque o jovem mantém conduta agressiva ou porque há reiteração no cometimento de atos infracionais.

Enfim, a adolescência constitui uma complexa transição de ordem biológica, social, econômica e cultural, cujos contornos imprecisos e variáveis tornam tênues as margens para os fundamentos da jurisdição especial, exigindo que se investiguem a coerência e a validade ética dos mecanismos de passagem – de uma irresponsabilidade penal na infância à imputabilidade da vida adulta.

1. INFÂNCIA, SOCIEDADE E PODER: O PARADOXO CONTEMPORÂNEO.

Preocupação emergente consiste em saber se há obrigação determinando mudar a forma como a família, a sociedade e o Estado lidam com crianças e adolescentes. O receio é de que o conjunto de relações marcantes na vida privada e no contexto social tenha sido extensamente inovado a partir da compreensão política da infância e da adolescência, isto é, ao atribuir a condição de sujeito de direitos ao ser humano desde seu nascimento ou mesmo desde sua concepção⁹.

Mais diretamente, o bem-estar dos infantes traduzido em pauta de direitos impõe tratar a criança mais sob o prisma da cidadania do que sob a ótica da proteção, aquela que surge evidente no confronto com a debilidade da vida em seus primeiros passos?

A perplexidade da indagação cresce ao vislumbrar que a necessidade da criança de convivência familiar erigida na solicitude, amabilidade e no cuidado integral existe, na perspectiva do sujeito de direitos, antes no dever jurídico do que na iniciativa devotada dos pais. É dizer, o dever de amar é anterior ao ato de amar, vez que ação humana vital à existência e, nestes termos, inscrita no direito à vida¹⁰. Ora, a inclusão na esfera da legalidade de condutas comumente percebidas como expectativas naturais endereçadas aos homens, porque natural amar o filho, faz instaurar padrões de artificialidade que alteram a substância das interações entre adultos e crianças.

Mas, saber se há esse dever de mudar e que sentido resulta da democratização dos espaços domésticos e pedagógicos, se juízos temerários ou auspiciosos, pressupõe definir o conteúdo do direito que qualifica a criança cidadã e a faz partícipe do mundo de iguais ao qual a lei reduz a humanidade. O estranhamento presente na constatação de que a afetividade está submetida a uma norma exterior à pessoa, mesmo admitindo que o sentimento é próprio e intrínseco a ela, somente pode ser compreendido na reflexão

⁹ O nascituro já centraliza o debate jurídico, sendo de todo pertinente indagar acerca da pretensão ao nascimento como fato futuro certo, o que se dá na temática do aborto.

¹⁰ Admitir a existência do direito subjetivo ao amor paterno, inscrito no direito à convivência familiar, implica considerar ilícito civil o abandono afetivo por parte dos genitores, não só para destituir a paternidade mas também para configurar dano moral passível de indenização. A matéria não é estranha aos tribunais brasileiros. Afirmando escapar ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, o Superior Tribunal de Justiça negou o reconhecimento do direito em questão. Cf. STJ (ministro relator Fernando Gonçalves), *REsp 757411/MG*: Recurso especial 2005/0085464-3, Brasília, DJ 27.03.2006, p. 299: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.”

sobre os fatos e os valores que justificam tal norma existir. Ou seja, para dizer se o dever de amar altera de alguma maneira o ato de amar, é preciso conhecer o motivo que conduz o Estado Democrático de Direito a isolar na solidariedade traços de imperatividade e heteronomia.

Evidente que a questão não difere daquela que anima as diferentes teorias do direito. Questionar a razão em recepcionar crianças e adolescentes como sujeitos de direito é o mesmo que indagar o que há no homem que o faz detentor de direitos. É a liberdade, a igualdade ou a autonomia para definir suas próprias escolhas?

A pergunta comporta variadas acepções e, ainda assim, todas trazem em seu bojo sérios problemas de adequação se transplantadas ao panorama infanto-juvenil. Algumas objeções podem ser facilmente descritas.

De início, conceber na criança uma pessoa livre e, em sua liberdade de vontade, capaz de comungar os direitos e obrigações, inclusive responsabilidades, essenciais à harmonia da vida social, não explica porque a sociedade dispensa crianças e adolescentes de condutas racionais e o faz com total desprendimento. Afinal, a obrigação de pagar oriunda do dano ocasionado pelo infante só existe na pessoa do responsável civil enquanto o dolo de destruir patrimônio alheio sequer é ventilado, dado que o homem em tenra idade não compreende o caráter ilícito de seu agir. É até possível sugerir a pena ao adolescente, mas sempre haverá juízo de graduação a insinuar que a sanção não pode ser igual àquela aplicada ao adulto, com o que a liberdade de vontade é vista como uma aquisição gradual e progressiva.

Quanto à igualdade, nada obstante a ideia se apresente sedutora no primeiro momento, mais uma vez a solução não fica isenta de falhas. Parece justo ter a pessoa em desenvolvimento a posição jurídica de todos os demais, mas diluir suas diferenças, claramente identificadas na idade, numa pauta uniforme acaba por engendrar graves distorções. É o caso, por exemplo, das políticas públicas de atenção básica à saúde, educação e assistência social submetidas a uma distribuição de recursos absolutamente equânime, sem qualquer ênfase na infância.

A autonomia, por sua vez, reúne maior censura. Em verdade, de forma corrente apresenta-se incontroverso o fato de que na infância e também em grande medida na adolescência são raras as escolhas na condução da vida inteiramente alheias à mediação dos pais. Seja porque decisões requeiram um tipo de racionalidade que só o adulto atinge ou porque seja demasiadamente arriscado dar crédito a juízos incipientes, o certo

é que as opções individuais aparecem de tal modo escassas que dificilmente serviriam a validar a tese de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos. E isso não é mera constatação, e sim o reconhecimento de que o bem-estar do menor depende de uma atitude positiva do responsável em dizer em última instância o que lhe é devido, enfatizando assim a necessidade de não apenas negar mas também cassar eventual autonomia.

Mas, será que os óbices assinalados induzem concluir, de forma segura, que não há fundamento plausível para uma teoria do direito quando o ponto de partida inclui a infância?¹¹ Ou, de modo diferente, será adequado alcançar conclusão contrária, ao imaginar que os obstáculos sinalizam apenas a necessidade de sondar valores diferentes aos que já foram expostos? Ou ainda, numa vertente menos radical, será possível investir em ideias que ofereçam compatibilidade com as críticas à liberdade, igualdade e autonomia na perspectiva infanto-juvenil?

Seja como for, o desfecho não alcança soluções pacíficas e envolve, para além do aspecto lógico-formal, enfrentamento ético que repercute na praticidade com que a vida cotidiana se organiza.

1.1. A criança sujeito de direitos.

Há de fato componente político, como destacado há pouco, na decisão que toma crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Não quer isso dizer que sem esse parâmetro é negada ao infante a condição humana, e sim que a forma de acessar direitos humanos fica abertamente modificada, com implicações de relevo.

A mudança inscreve o incapaz civil e penal na legalidade aparentemente exclusiva do adulto, porquanto assegurada a liberdade de expressão, de associação e de privacidade, sem falar no reconhecimento da presunção de inocência quando o Estado alegue pretensão de proteger, educar ou punir em decorrência do cometimento de ato análogo à conduta descrita na lei como crime. A aproximação com a problemática inerente à maturidade permite a criança reivindicar ou abdicar, por si, interesses a ela convenientes sempre que sua esfera jurídica seja atingida por ações e omissões de seus

¹¹ Com o que, considerando válida tal conclusão, a interação adulto-infância não poderia ser mediada por parâmetro jurídico, impedindo considerar a criança um sujeito de direitos, e sim um objeto de atenções do amor paterno.

pais, da sociedade ou do poder estatal. O que há, então, é crucial giro para o enfoque político, ao conferir liberdades públicas para o filho questionar os pais na condução de sua vida, para interferir o estudante no conteúdo programático do ensino e nos atos e deliberações do professor, individualmente ou através de entidades associativas, para influenciar o cidadão de pequena idade no planejamento das políticas públicas por meios de canais de democracia participativa especificamente criados para tal. Os direitos são diretamente exercidos ou, quando não, pressupõem latente o embate entre os mediadores do direito, pais e professores, e os pupilos diretamente favorecidos, com o qual família e escola perdem a autoridade incontestável de guardião da vulnerabilidade infanto-juvenil e são chamadas a justificar as interferências nas individualidades, sob padrões semelhantes aos que restringem as investidas do Estado na privacidade das pessoas.

A inusitada equiparação da infância com a temática adulta, à custa de difícil requalificação dos laços domésticos e pedagógicos, é foco de intrigantes questionamentos. Afinal, que sentido tem interditar a percepção da criança como objeto de amor para torná-la credora de um sentimento que parece ser insubmisso à lógica de débito-crédito?

A retórica do direito é francamente combatida por O'NEILL¹², que denuncia o equívoco de reduzir a dependência a cuidados e atenções especiais, característica marcante de crianças e adolescentes, à faculdade de deter pretensões. Isso porque a premissa básica desse pensamento, o embate presumido entre protetor e protegido, não alcança obter qualquer validade, dado que mais legítimo confiar o bem-estar infantil às preocupações paternas do que às iniciativas próprias ou alheias na defesa de posições jurídicas. Outro argumento consta da percepção de que não há identidade entre a dependência vivenciada por crianças e aquela que submete classes sociais oprimidas, o proletariado subjugado na necessidade de se vender ao capital, deduzindo-se que uma conformação política da matéria tem pouca ou nenhuma importância.

O raciocínio, já presente em ARENDT¹³, prende-se ao fato de que a infância é fase do crescimento, e não uma circunstância artificial fixada em contextos tanto

¹² Cf. *op. cit.*, p. 35 em diante.

¹³ Cf. *Entre o passado e o futuro*, p. 240: “Na educação, ao contrário, não pode haver tal ambiguidade face à perda hodierna da autoridade. As crianças não podem derrubar a autoridade educacional, como se estivessem sob a opressão de uma maioria adulta – embora mesmo esse absurdo tratamento das crianças como uma minoria oprimida carente de libertação tenha sido efetivamente submetido a prova na prática educacional moderna.”

sociais, a exemplo do racismo e do menosprezo da condição feminina, quanto políticos, como o arbítrio de governantes ditatoriais, empregadores, tecnocratas e castas religiosas. A linguagem do direito é aí virtuosa por desqualificar a opressão e fortalecer os desamparados, as minorias, os trabalhadores e qualquer categoria humana necessitada de poder estatal para impor seus interesses. Tal não se dá quando a relação de dominância decorre mais da incapacidade para uma vida racional e independente do que do conflito de interesses, mesmo porque há consenso entre pai e filho quanto ao propósito de vencer a submissão através da conquista paulatina da autonomia. A dependência compartilhada pelo desejo de superação, sentimento comum a ascendentes e descendentes, distingue-se dos estímulos de perpetuação e rebelião que contrapõem opressor e oprimido, o que revela inapropriado por meio dela estabelecer uma pauta de reivindicações, incitar o surgimento de agremiações, lutar por institutos de representação ou garantir direitos em detrimento dos genitores.

Se há incoerência em contemplar nos filhos pretensões legitimadas na lei o mesmo não ocorre quando a dependência que abarca crianças e adolescentes é compreendida no dever dos pais de educar e manter a prole e do Estado em assegurar serviços públicos básicos. Assim, o que propõe O'NEILL¹⁴ é dar primazia à teoria das obrigações em detrimento da teoria do direito. É a obrigação do mundo adulto de proteger e de cuidar que garante o efetivo bem-estar da criança, dispensando-a do constrangimento de barganhar direitos para satisfazer necessidades vitais, incluindo a afetividade. Mais do que um singelo reposicionamento, a perspectiva das obrigações opera decisivo resgate ético na condução da vulnerabilidade do ser em desenvolvimento.

Nesse ponto a autora deposita suas críticas mais aguçadas à teoria do direito, incapaz, em sua visão, de estabelecer nexos minimamente apropriados a demandas que despertam o desejo da vida florescer e valer a pena. Assim, é imperioso contestar a validade ética do modelo que, propondo-se erigir crianças e adolescentes aos preceitos modernos de dignidade humana, não consegue traduzir em normas legítimas os valores inscritos nas obrigações imperfeitas¹⁵, aquelas que transcendem o mero cuidado e

¹⁴ Cf. *op. cit.*, p. 39-40: "Children are more fundamentally but less permanently powerless; their main remedy is to grow up. Because this remedy cannot be achieved rapidly then are peculiarly vulnerable and must rely more than other powerless groups on social practices and institutions that secure the performance of other's obligation."

¹⁵ A tese de O'NEILL é a de que nem todas as obrigações guardam correspondência com direitos. Estar obrigado significa ser chamado a fazer ou não-fazer algo. A convocação se dá a um fazer ou não-fazer em

informam atitudes de esperança, como o dever de sorrir, de ser solícito e atencioso, de prestar auxílio, de manter um lar alegre, envolvente e amoroso, de se doar nos anseios de fazer nascer capacidades e talentos, dentre outras que militam em esferas incomensuráveis da existência. São comandos que não obrigam uma pessoa em razão de todas as crianças, dada a impossibilidade do cumprimento da tarefa, mas também não obriga apenas em razão de crianças específicas, já que a todo adulto é devido ajudar qualquer criança que, a título de exemplo, se perde de seus parentes. A imperfeição de definir quem é beneficiário, uma vez que não são todos nem alguém determinado, torna impossível estabelecer nessas obrigações uma correspondência em direitos.

A denúncia é precisa. Se a jurisdicização da vida privada não alcança a normalidade do cotidiano, com as angústias que desencadeiam o sentido do humano, também não atinge a criança e os adolescentes em suas necessidades humanas, o que representa grave negligência de um sistema que consegue proteger os infantes dos riscos evidentes, mas os abandona quando em jogo o complexo tecido de sentimentos que envolve a educação. Assim, compreende a fome, mas não a solidão; identifica a rejeição, mas não sabe da indiferença; conhece a dedicação, mas não valora a doação ao outro. A dificuldade de apreender aspirações singelas, para além de comprometer a qualidade de vida, constitui a pior das violências, qual seja a omissão em circunscrever o amor em dever ético suficientemente capaz de unir protetor e protegido e transcender aspectos de simples proteção¹⁶. Mais que cuidados a criança exige uma verdadeira

relação a todos, como o não-abusar da liberdade sexual de crianças, dever que se dirige à universalidade do público infantil e constitui uma universalidade de obrigados. Pode ocorrer ainda do chamamento se dirigir a uma criança específica, em função de relações sociais ou parentais, a exemplo dos cuidados do pai em relação ao filho. Ambas as situações constituem obrigações perfeitas e informam, assim, direitos fundamentais. Mas há um tipo de obrigação que implica um fazer ou não-fazer que não remete a todos nem a alguém especificamente. É o dever de ser solícito com a criança, o qual não pode ser compreendido perante a generalidade da população de infantes, dado que pressupõe circunstâncias relacionais, nem é restrito às crianças com as quais a pessoa se relaciona. Eis uma obrigação imperfeita e que, nessa qualidade, não tem correspondência em direitos. O dever de solicitude e amabilidade não possui expressão jurídica por não ser possível dizer quem é obrigado e quem é o destinatário da obrigação. Aquele que é amável apenas com as crianças com as quais se relaciona não realiza tudo ao qual está obrigado. A todo mundo, por exemplo, é dado tomar nos braços uma criança abandonada na rua e conduzi-la à segurança de um lar até ser possível identificar os responsáveis ou atribuir-lhe uma família substituta. Embora não expressando direitos, as obrigações imperfeitas são essenciais e não podem ser negligenciadas, o que desqualifica, no entender de O'NEILL, o parâmetro do direito para fundar as relações adulto-criança.

¹⁶ Cf. *op. cit.*, p. 28: “This narrowing of ethical vision makes it hard for rights-based approaches to take account of ways in which childrens’ lives are particularly vulnerable to unkindness, to lack of involvement, cheerfulness or good feeling. Their lack may be invisible from the perspective of rights. This may not seem significant if we think only of children in danger but is vital if our concern is the quality of the lives children lead”.

devoção da mãe, sem a qual, imagina WINNICOTT¹⁷, há sempre comprometimento ao processo de maturação da pessoa saudável.

O que essa tese revela é que o direito não explana todas as necessidades da infância e que existem obrigações as quais, embora essenciais, não correspondem a pretensões legalmente assistidas, descortinando incidentes na vulnerabilidade que anseiam por uma instância paternalista, onde se possa ler a dependência do mundo infantil pela ótica do dever do mundo adulto e confiar a carência de um na determinação do outro em conferir segurança.

Não há como discordar de que a complexidade do amadurecimento supera qualquer pauta normativa e busca se exprimir por palavras mais elásticas do que as pretensões reconhecidas nos filhos e nos educandos. Porém, tal discernimento não infirma reconhecer imprescindível o trato político.

Eis a principal crítica ao pensamento de O'NEILL. A autora falha ao focalizar o tema, abstrair a realidade infanto-juvenil e ocultar os abusos tão presentes na história da humanidade, seja porque crianças podem ser ainda hoje tomadas na categoria de trabalhadores e, portanto, uma classe oprimida¹⁸, seja porque muito mais facilmente se chega a distorções quando a ênfase está nos adultos do que quando repousa na própria criança, enquanto sujeito de direitos. Isso significa que a problemática infantil deve ser vista para além e, da mesma maneira, através da amabilidade doméstica, a qual convive em espantosa frequência com situações extremas, como o tráfico, o trabalho escravo, as

¹⁷ Cf. *A família e o desenvolvimento individual*, p 33: “Só uma mãe devotada (ou uma mãe substituta dotada do mesmo sentimento) pode acompanhar as necessidades de uma criança. Na minha opinião, inicialmente a criança carece de um grau de *adaptação ativa a suas necessidades* que só pode ser provida se uma pessoa devotada estiver cuidando de tudo”. De modo igual, cf. IDEM, *Natureza humana*, p. 122: “Sempre que existe a dependência total existe também a adaptação perfeita; ou, dito de outro modo, a falha da adaptação materna provoca uma distorção nos processos de vida individual do bebê. A mãe foi responsável pelo ambiente no sentido físico do termo antes do nascimento, e após o nascimento a mãe continua a prover o cuidado físico, o único tipo de expressão de amor que o bebê pode reconhecer no princípio”.

¹⁸ O trabalho infantil não é fantasma do passado ou realidade de uma Inglaterra do século XIX, nos primeiros passos da revolução industrial, como narra Leo HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 194: “Algumas coisas que hoje achamos horríveis pareciam aos ricos de então perfeitamente justas. Era mau para as crianças não irem à escola, trabalharem 14 horas por dia? Despropósito!, exclamava o Sr. G. A. Lee, dono de uma tecelagem de algodão na qual o horário das crianças era das 6 da manhã às 8 da noite. ‘Nada mais favorável para a moral do que o hábito, desde cedo, da subordinação, da indústria e regularidade’”. Em verdade, o trabalho infantil é tema presente e diz muito dos desafios contemporâneos. Não é à toa que o art. 7, XXXIII, da CRFB proíbe o trabalho de menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. A preocupação do legislador constituinte remete ao cotidiano de milhões de famílias, como aponta a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, nos destaques de Geraldo DI GIOVANI, *Aspectos qualitativos do trabalho infantil no Brasil*, p. 21, segundo os quais no ano de 2002 12,6% das crianças brasileiras entre 5 e 17 anos trabalhavam e contribuíam para as despesas da casa.

guerras, a prostituição, a violência familiar, os abusos físicos, psicológicos e sexuais, assassinatos, dentre outras.

Daí a imprescindibilidade da abordagem jurídica para situar crianças e adolescentes em instâncias de autoridade que só os adultos vislumbram atingir, reconhecendo o direito à liberdade de expressão e de associação, ao respeito e ao julgamento justo. Se o contexto demanda o tratamento político, como de fato exige, então o paternalismo se revela inviável enquanto modelo a estruturar as relações públicas e privadas, dada a incerteza que engendra em sua facilidade de justificar a opressão e o abuso em medida muito próxima ao modo como estabelece interações de cuidados, proteção e carinho¹⁹.

Ainda que na infância o ato de amar possa de algum modo ser melhor traduzido no dever moral mais do que no direito, porquanto permite situar a iniciativa em quem verdadeiramente a detém, aquele que deve amar, e não em quem é vulnerável, aquele que precisa ser amado, inexistente, como visto, óbice ético na decisão de qualificar crianças e adolescentes como sujeitos de direito. O amor não dispensa implicações jurídicas. Mesmo que o destaque não seja tão expressivo quanto transparece ser a abordagem das obrigações imperfeitas, o direito demonstra interesse na omissão de amar e de conferir harmonia e alegria ao lar, inclusive com possibilidade de suspensão ou destituição do poder familiar, mudança de guarda ou colocação em família substituta.

Sendo assim, se inexistentes os entraves morais, porquanto a teoria do direito resguarda um mínimo ético, o que verdadeiramente incomoda o perfil contemporâneo da infância? Será que o problema passa ao largo do modelo de intervenção e compreende apenas uma questão pragmática, embora igualmente fundamental para definir as interações com a criança? É dizer, o que decorre da jurisdicação das relações privadas é simplesmente a perda do foco cotidiano da família, uma imprecisão e, eventualmente, obscuridade nos papéis sociais, uma vez que filhos e pais estão equiparados em direitos e obrigações.

¹⁹ O enfoque paternalista pretende contemplar os interesses das crianças sob a ótica do mundo adulto e de seu julgamento acerca do que é apropriado para suas vidas, uma vez que recusa reconhecer a existência de conflito na base da relação protetor-protégido. Via de consequência, vige a presunção absoluta de que todas as ações são positivas para a educação do infante desde que oriundas do guardião legítimo. Tal estado favorece as posições arbitrárias, desde que desnecessário fixar critérios reguladores e impor mecanismos de controle, deixando espaços à liberalidade e ao risco de se dispor da infância segundo as necessidades da vida adulta, ou seja, o trabalho, a exploração sexual e a violência doméstica.

Mas, sendo abertamente arriscado esse embaraço, considerando que a educação presume atores comprometidos em suas funções e identificados em seus objetivos, sob essa ótica é possível decretar a inviabilidade da matriz de direitos?

1.2. A compreensão da infância na identidade e na diferença.

Um dado é certo. Em bases prévias não se distinguem diferenças entre os partícipes de uma ordem democrática. Se crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e, portanto, iguais na comunidade que se submete ao império da legalidade, *a priori* nenhuma prerrogativa se impõe válida bem como nenhuma hierarquia se constitui legítima. O comum é a equiparação jurídica subverter ordens naturais, tornar invisível a vulnerabilidade da infância e impedir o estabelecimento de laços de poder vitais à constituição da família, onde é próprio os pais exercerem posição de dominância, não pela força em si constituída e sim por ser salutar para a pessoa em desenvolvimento o conforto da orientação, da liderança e da confiança nos caminhos que se apresentam inflexíveis.

Observe que são as distinções da infância e adolescência que permitem entabular as relações familiares e pedagógicas. No encontro com a imaturidade, a carência de cuidados e a necessidade de direção se forma a autoridade reclamada aos pais e mestres para conduzir o processo de maturação. Sem o plano de distinção, o que se pode esperar senão o ser cambaleante, a autoridade que hesita, o guia irresoluto a comprometer o legado da vida? Não brota aí o veio de gerações perdidas, fluindo na paralisia da dúvida e na fraqueza moral? No questionamento de ARENDT²⁰ acerca do abandono, a quem atribuir autoridade?

Talvez seja essa questão pragmática na constituição dos espaços domésticos suficientemente operacionais que anima O'NEILL a alertar para a importância de pensar estruturas que dêem conta das obrigações imperfeitas. Antes da igualdade, o que há de perseguir é a radicalização das diferenças para que a vulnerabilidade possa se evidenciar

²⁰ Cf. *op. cit.*, p. 237-238: “Os últimos a serem afetados por esse processo de emancipação foram as crianças, e aquilo mesmo que significara uma verdadeira liberação para os trabalhadores e mulheres – pois eles não eram somente trabalhadores e mulheres, mas também pessoas, tendo portanto direito ao mundo público, isto é, a verem e serem vistos, a falar e serem ouvidos – constituiu abandono e traição no caso das crianças, que ainda estão no estágio em que o simples fato da vida e do crescimento prepondera sobre o fator personalidade.”

ao máximo, de tal modo que seja viável o mundo adulto apreender infância e adolescência em toda extensão de sua fragilidade e torná-las objetos de obrigações devotadas e hábeis.

A explicação é tentadora, pois envolve seres claramente frágeis e dependentes e os correlaciona a um escudo de proteção. Também insuscetível de qualquer dúvida na definição de papéis, ao permitir rapidamente pontuar os extremos.

Contudo, duas ponderações são determinantes. Para começar, a pretensa naturalidade de uma hierarquia que se impõe como decorrência lógica, porque necessário o forte guiar o mais fraco, não conforma apenas a liderança positiva. Qualquer relação de autoridade se amolda ao desenho proposto e se legitima, uma vez que embasado numa ordem absoluta e previamente dada. Pela diferença de idade é inquestionável o poder dos genitores, o que novamente desvela o risco do paternalismo, com o qual nunca é permitido conhecer quando a autoridade é um líder ou um déspota, um protetor ou um abusador. Em segundo lugar, a radicalização da diferença etária concebe as relações com a infância, inclusive a paternidade, como um fluxo unidirecional. A criança é parte passiva, uma ausência de racionalidade, um recipiente no qual cabem todos os ensinamentos do mundo adulto. É mero objeto, e não sujeito da relação cujo sentido se restringe ao que o agente racional atribui em razão de interesses que acredita pertinentes. Ambos, sujeito e objeto, formam um todo separado e incomunicável, recortes estanques de um mesmo confronto.

Referido esboço está distante de representar a realidade pai-filho, a qual se impõe uma realidade bem mais comunicativa do que imagina o pensamento protetor. Há muito mais de aprendizagem mútua, de pessoas em concomitante transformação. Com isso, distinguir a fragilidade da infância encontra na teoria das obrigações empecilhos intransponíveis, ao conceber uma matriz isenta de um diálogo absolutamente necessário, de modo que a imprecisão dos papéis familiares constitui problema a ser confrontado no interior da teoria do direito, e nunca fora dela.

Resta, portanto, enfrentar o paradoxo. Parece devido considerar a criança um “outro eu igual”, um sujeito de direitos credor de liberdade e igualdade como qualquer cidadão, e, nada obstante, indispensável é reconhecer nela as diferenças inerentes à imaturidade e dependência da pessoa em desenvolvimento. Se correto destacar as dessemelhanças, como então estabelecer uma identidade com o mundo adulto?

A indagação é posta nas palavras de RENAUT²¹: “É claro que a modernidade elaborou plenamente, tal como veremos, a nova problematização da infância: o que é um ser destinado à liberdade e que ainda não pode ser livre?”

O paradoxo tem o condão de inserir a criança no dilema humano da liberdade, considerando a dinâmica política com a qual o homem é ser livre, porém na liberdade acessível pela submissão ao poder do Estado, enquanto repositório das normas de sociabilidade. A criança é ser livre, mas na liberdade disponível pela garantia de que suas iniciativas do presente tenham correspondência com suas iniciativas do futuro e de que a liberdade atual não frustrate a liberdade do devir, mas antes seja seu caminho e pressuposto. Nesse plano, a educação em suas diversas frentes, a familiar e a escolar ou mesmo aquela que o Estado diz realizar quando interfere na autonomia do jovem inimputável penal e autor de delito, não constitui fato alheio à democracia e aos valores que proclama. A aventura que conduz a pessoa de um ponto a outro na aquisição de competências intelectuais, culturais, morais e sociais depara-se abertamente com o contraditório do ser livre que vive no jugo seja de sua consciência, através das normais morais, seja de sua comunidade política, pelas leis determinantes da convivência pacífica.

Nos termos assim dispostos, o que é significativo assinalar não é a crise da família, perdida em seu foco, e sim a crise da educação ou, mais propriamente, do processo de maturação abrangente de complexas relações com a infância e a adolescência. O desconforto advém da perplexidade em torno da ausência de parâmetros para lidar com a criança sujeito de direitos²², quando não se sabe identificar quem é esse ser, se um pupilo ou aquele apto a pleitear o direito de ser amado, refletindo acerca de que consequências a violação do direito razoavelmente pode exigir dos adultos.

Então, no que alcança a democracia a ação de educar não condiz com os parâmetros tradicionais de família e escola, baseados na hierarquia natural com centro na diferença etária e na tradição mecânica, e assume a responsabilidade de perseguir

²¹ Cf. *op. cit.*, p. 124.

²² *Ibid.*, p. 18-19: “Acontece que o que se afirmou com isso, ao mesmo tempo tornou problemático o funcionamento do mundo familiar e escolar. A identificação da criança como portadora de direitos entrou nele pouco a pouco em relação de forte tensão com a tomada em consideração daquilo que faz com que a criança além disso não pertença ao mundo dos seres capazes de assumirem as suas liberdades e que precise de uma força exterior susceptível, pela sua autoridade, de a elevar até essa autonomia. Vivemos, sem dúvida, o momento em que esta tensão, que se introduziu durante estes últimos decênios na relação com a criança, atingiu a intensidade mais forte, a ponto de fragilizar todas as referências conhecidas, na escola e no seio da família”.

meios outros que apresentem a liberdade e a igualdade. Ou seja, educar para a liberdade e através dela, com família e escola²³ capazes de discernir na liberdade atual a medida para o devenir livre, interditando ameaças sem negar o diálogo de educadores e educandos, ambos no embate reduzidos à condição de aprendizes.

A missão que impõe o paradoxo contemporâneo, no dizer de RENAUT²⁴, “pensar o outro sob o regime do mesmo”, diz acerca da identidade democrática, fruto do entrecruzamento do princípio da identidade com o da diferença. A descoberta da criança livre e, portanto, abrangida no contrato social, depende não só de conceber o que vem a ser sua liberdade como também que especificidades atuam nessa definição.

O primeiro momento já se não apresenta dos mais difíceis. A liberdade pressupõe afirmar a humanidade na infância, a criança dotada de racionalidade e capacidades que autorizam identificar nela o homem e, no que ele exprime, o humano. Isso implica aceitar no encontro com o adulto a interação de dois sujeitos que se consideram, porque aptos a idealizar projetos e arriscar escolhas. Malgrado a racionalidade prática esteja em formação na criança, a racionalidade instrumental é-lhe presente desde cedo, a qual permite associação de meios e fins, mesmo que incipientes e declaradamente falhos em projetar de maneira razoável a conjuntura atual e futura. Mesmo assim, uma aptidão suficiente a exigir o diálogo, conferir voz e argumentação nas decisões que a posicionam no mundo e lhe destinam valores, desejos e obrigações. A consideração da humanidade equivale à consideração da maturidade do momento atual, a criança a ser conduzida para a infância e não para o futuro, desde logo concebendo o ser livre muito mais repleto de sentido do que o ser potencialmente livre, o humano que já é e não o que será.

O que se desenha é liberdade de ser homem, desde o nascimento. A dignidade que possui é a de viver a maturidade de seu tempo e com ela estabelecer comunicação com a maturidade do outro em seu tempo mais adiante, com o que os dois se compreendem iguais e diferentes.

Com declarado apoio em ROUSSEAU e KANT, RENAUT²⁵ situa a libertação da criança a partir de quando se percebe exigível respeitar a dignidade humana, inscrita na

²³ *Ibid.*, p.31: “Nestas condições, como não concordar que além disso não sabemos o que seriam uma família e uma escola «democráticas», apoiadas nos princípios da liberdade e da igualdade e que não sabemos além disso, portanto, o que seria, verdadeiramente, uma educação modernizada?”.

²⁴ *Ibid.*, p. 24.

²⁵ *Ibid.*, p. 251 e, mais à frente, p. 262-263.

garantia de que o homem, e também a criança, seja tratado como um fim em si mesmo e não como meio²⁶. A infância destinada à infância, a finalidade circunscrita a fazer da criança uma criança, sem que possa ser reduzida aos fins da idade adulta. Nessa compreensão de liberdade registra-se guinada admirável na percepção da pessoa em desenvolvimento, dispensando-a dos modelos, padrões, interesses e anseios da racionalidade do mundo adulto e inscrevendo-a em sua própria racionalidade. É o que permite apresentar a criança à humanidade, tomando-a livre, sem abstrair a sua especificidade, porquanto o sentido de ser livre exige reconhecê-la dependente de cuidados, da alegria e da amabilidade do ambiente familiar.

Mas, se falar da criança livre já não constitui ponto tormentoso, tal a força como os valores da liberdade e igualdade dominam o conhecimento e edificam as instituições humanas mais marcantes, igual esperança não se pode depositar no momento de dizer que tipo de educação surge válida na sociedade que decide secularizar a família e a escola²⁷. Eis o sentido da crise que explica a hesitação de pais e mestres. Com a jurisdicização do ato de educar, estremecem numa só extensão as diferentes relações sociais que combinam a idade adulta com a pessoa no estágio de maturação. O vácuo é abrangente e delimita mesmo a percepção do que é infância e, por conseguinte, de como tratá-la.

Assim, não se enfrenta o tema sem que se questione a maneira como a sociedade interpela crianças, adolescentes e jovens nas inovações da vida comunitária. Enfim, se livre, porém ainda não preparada para a liberdade, que autonomia detém a criança para reclamar e renunciar direitos frente aos pais, aos professores e ao Estado? E, vice-versa, que autonomia possuem esses últimos para, quando necessário, dizer o conteúdo do direito que a criança pode pleitear?

1.2.1. Limites para a autonomia.

²⁶ *Ibid.*, p. 251-252: “Respeitar a criança é, assim, tratá-la como um fim em si e não como um simples instrumento ao serviço do devir-adulto: tratar como um fim em si, tendo por princípio fazer de uma criança uma criança ou, além disso, deixar amadurecer a infância nas crianças”.

²⁷ Secularização que implica abstrair a família e a escola de valores presentes no sagrado, na tradição e na hierarquia.

Na ideia do paradoxo da infância esvai-se a objeção fixada logo no início, a de que a teoria do direito, em seus fundamentos de liberdade e igualdade, não se compatibiliza com a vulnerabilidade da pessoa em desenvolvimento.

Fica, contudo, a questão prática, segundo a qual a liberdade da criança sujeito de direitos é puramente abstrata dada a inexistência de critérios que a convertam em autonomia. Se o que é de direito não se traduz em fato o que há é mera retórica, da qual se infere ser o Direito da Criança e do Adolescente uma peça ideológica da sociedade democrática, necessária para ajustes eventuais nas referências de poder. O paternalismo, a doutrina do bem-estar social e o assistencialismo são abertamente renegados, mas no fundo a ação permanece a mesma, uma vez que o direito da criança é compreendido segundo os fins, os interesses e as razões da idade adulta. Não há dignidade humana na infância.

O equívoco desse pensamento é claramente perceptível. Autonomia consiste na capacidade de tomar decisões independentes em conformidade com opções racionais. Mas, o que é capacidade e o que são opções racionais?

É de observar ser indevido considerar o conceito de autonomia alheio aos valores construídos socialmente, do mesmo modo que não é correto presumir a criança e o adolescente incapazes e irracionais, inteira ou parcialmente, para a autonomia tendo em vista o padrão do homem adulto. Como elemento cultural, a autonomia diz respeito à maturidade da pessoa, mas também ao que o processo de socialização permite compreender como escolha razoável, um conceito que muda segundo o momento e o tipo de interação social.

A prova de que a disposição de si e de seus direitos tem implicações éticas e não se resume a potencialidades físicas e mentais do indivíduo está nas muitas controvérsias referidas à renúncia de direitos humanos. Tome-se o exemplo do impedimento de transfusão de sangue para os adeptos da orientação religiosa “Testemunhas de Jeová”. Supondo a hipótese do paciente acidentado em determinada localidade, da qual não pode ser removido sem correr graves riscos e onde os recursos médicos disponíveis para salvar sua vida sejam apenas a cirurgia com transfusão sanguínea, de imediato surge a questão referente à autonomia da vítima em optar por não se submeter ao tratamento. A situação dos médicos é igualmente peculiar, pois há de questionar se é pertinente cumprir o compromisso profissional de salvar vidas. Ainda no campo da saúde, outras suposições podem ser levantadas, como a da pessoa diagnosticada com doença

incurável e que nega os meios para prolongar sua vida mesmo diante do prognóstico alentador do surgimento, no curto prazo, de nova droga apta a conferir-lhe sobrevida. A eutanásia promove maior desafio, considerando que a deliberação de antecipar a morte, motivada por indescritível sofrimento do paciente e da família, impõe a tarefa de dizer se há ou não crime na conduta dos que auxiliam ou se omitem, com o que resulta inexistente a autonomia em definir o momento de morrer, dado ser controversa a razão para determinar o fim da vida.

A capacidade de decidir independentemente e a racionalidade de sopesar alternativas compõem, portanto, juízo de valor vinculado à compreensão do que é racional e de seu significado historicamente determinado. Justo, portanto, que ao lado de preceitos éticos socialmente construídos sejam ponderados os valores morais afetos à originalidade do indivíduo concretamente identificado, os motivos que justificam sua existência, sua história, as oportunidades culturais e os sentimentos determinantes que situam suas ações no mundo. Isso evita acessar fórmulas genéricas, limitantes da individualidade, em que a definição do racional exclui as particularidades da pessoa e circunscreve-se tão-somente àquilo que é adequado aos valores dominantes na sociedade.

Volvendo à infância, se a autonomia não pode ser reduzida à capacidade física e de raciocínio, porquanto também uma inferência ética e cultural, então pertinente afirmar a autonomia da criança, como insistem CAMPBELL,²⁸ LOWY²⁹ e KORCZAK³⁰. E mais, inexistindo uma racionalidade ontológica e incontroversa, que sentido tem submeter a criança à racionalidade adulta, como se essa encerrasse preceito absoluto?

Com efeito, a criança é capaz desde muito cedo de independentemente idealizar objetivos, sendo importante considerar o relevo desses projetos para que sejam

²⁸ Cf. Tom D. CAMPBELL, The rights of the minor, *Children, rights, and the law*, p. 19: “The capacity for autonomy involves the ability to select what it is we wish to do and to have, in the light of some information as to the alternatives and their consequences. On this analysis, the autonomy interests of the child stretch right back into the heart of early childhood. Lack of physical independence at these early stages is erroneously confused with lack of the capacity for choice autonomy which is an everyday feature of a child’s life even in conditions of extreme dependency”.

²⁹ Cf. Catherine LOWY, Autonomy and the appropriate projects of children, *Children, rights, and the law*, p. 75: “It is a mistake to construe deviations from adult standards of rationality as harm in every case and to seek to protect our children from such deviations as though they constituted harm. Equally, it is a mistake to construe the role of autonomy in the lives of children as a matter of capacity only”.

³⁰ Cf. O direito da criança ao respeito, *O direito da criança ao respeito*, p. 87: “As crianças não são tolas; a proporção de imbecis entre elas não é maior do que entre os adultos. Vestindo a fantasia da idade madura, quantas vezes impomos normas impensadas, inexecutáveis, sem reflexão crítica. A criança, dotada de razão, chega a ficar perplexa diante de tanta bobagem agressiva, rançosa, arrogante.”

submetidos a uma avaliação de razoabilidade. Residem aí as dessemelhanças contidas na infância e adolescência. A análise não é pontual, e sim contínua. As situações se multiplicam no cotidiano e é preciso saber se, quando e como intervir para que a autonomia presente não comprometa a autonomia futura. Sem esse cuidado constante de avaliação, crianças e adolescentes restariam equiparados a uma racionalidade que lhes é estranha, abandonados à vulnerabilidade da idade e, indubitavelmente, reduzidos a fins que não lhes pertencem.

Certamente, ninguém alimenta a nostalgia de uma infância de liberalidades, da plenitude de desejos, da falsa autonomia de que tudo pode. Nesse caminho, é patente a negação da humanidade, já que impedido o ser de se realizar no mundo através da linguagem que lhe é básica, aquela que abrange a aquisição de competências biológicas, intelectuais, sociais e morais, em ambiente familiar e comunitário digno desse processo, o que é vital em todas as idades porém de forma incisiva nas duas primeiras décadas da vida. A liberdade absoluta ofende a dignidade infantil³¹, uma vez que são os limites conferidos pelos pais que produzem na criança a consciência crítica e a maturidade emocional.

Também não há quem nutra esperanças numa infância oprimida, na qual os projetos idealizados pela criança são, *a priori*, inválidos. Mais facilmente se compreende nessa atitude a negação da humanidade, porque silencia a criança e a impede de se comunicar nas interações essenciais do que ficou destacado como linguagem básica.

Então, cabe definir que critérios são legítimos para afirmar na racionalidade da criança as ações tidas como racionais, aquelas que dispensam intervenção por serem capazes de preservar a autonomia presente e futura.

Ora, se a intervenção na autonomia do homem na maturidade suscita polêmicas, como ressaltado nos exemplos atinentes à renúncia a direitos humanos, natural que o mesmo suceda com o homem na maturação. Talvez nas vicissitudes do desenvolvimento o domínio da incerteza seja um pouco mais extenso, o que não diminui a importância de asseverar ser a questão uma constante em qualquer idade.

³¹ Como dito acima, a dignidade humana da criança implica ser percebida na sua infância e segundo os fins de sua idade.

Nesse sentido, um critério que almeja apreender a complexidade do tema reside no princípio do melhor interesse³², que determina ponderar a racionalidade da conduta no contrapeso de benefícios e prejuízos que resulta na formação do agente.

Aspecto positivo dessa solução cinge-se à adoção de categoria harmônica com as distinções da infância. O “melhor interesse” denota ser a criança capaz de interesses e, portanto, capaz de direitos, o que mitiga a tensão na controvérsia filosófica acerca do infante partícipe da comunidade de iguais.

Para CAMPBELL,³³ o debate que as teorias do interesse e da vontade mobilizam acerca da compreensão do direito guarda estreito laço com a matéria em questão, considerando que a criança sujeito de direitos tem expressão na primeira vertente enquanto a segunda desqualifica sua posição jurídica. Ora, sendo o direito a força normativa originária do exercício da vontade do agente, o menor, por ser incapaz de raciocínio válido, é inapto à qualidade do jurídico. Em oposição, sendo o direito o interesse de se incluir na proteção da lei, nada impede afirmar ser a criança detentora de interesses e, portanto, de direitos, independente de questionar seu poder ou sua racionalidade para dirigir pretensões e renunciá-las.

O destaque positivo, contudo, não elide a pergunta. Que conteúdo define o “melhor interesse”, de forma a distinguir o racional na conduta do infante?

O fato é que a resposta não contempla termos precisos. Fala-se na situação que melhor atenda aos interesses da criança, o que representa um significado tão vago quanto o significante. O mesmo ocorre quando se afirma ser “melhor interesse” a

³² Cf. Andréa Rodrigues AMIN, Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente, *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, p. 31: “Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”. Cumpre frisar que o *best interest* tem origem no direito anglo-saxão, a partir do instituto *parens patrie*, que autorizava ao Estado a guarda de menores e loucos. Foi acolhido pela Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 20 de novembro de 1959, ao afirmar o princípio sétimo que “os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”. Posteriormente, o *best interest* voltou a obter destaque na Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, dispondo no art. 3, nº 1 que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”.

³³ Cf. *op. cit.*, p. 2: “Thus, if rights are defined (as they are on the ‘will theory’ of rights) as normative powers to determine the obligations of others by the exercise of the will of the right holder, and if it is assumed, as it must be, that children do not have the relevant volitional capacities to claim rights, then children cannot properly be said to have any rights whatsoever. In this case, the distinctive thing about children’s is that there are none. On the other hand, if rights are defined (as they are on the ‘interest theory’ of rights) as interests which are protected by laws (or the normative rules or standards) then, assuming, as we must, the children have interests, it follows that they may have rights”.

solução mais apropriada ao direito, porquanto não teria qualquer valor, já que o próprio direito já afirma o dever-ser tido como adequado.

Assim, malgrado seu largo emprego, o princípio constitui norma em branco a ser integrada no caso concreto por uma ponderação discricionária do julgador, o que o remete ao enfoque paternalista³⁴.

Aliás, várias razões recomendam descartar tal preceito. A uma porque apresenta fluidez e se apropria de qualquer modelo de intervenção³⁵, tendo boa ressonância tanto na doutrina do bem-estar social quanto na abordagem da jurisdicização. A duas em função de sua imprecisão terminológica, o que deixa o intérprete livre para apontar, de acordo com sua subjetividade³⁶, o que é prejudicial e o que é benéfico para a criança. A três por não dar visibilidade à dicotomia da autonomia do presente e do futuro, essencial para as contingências da infância. Por último, não se sabe que fins submetem a avaliação do melhor interesse, se as necessidades que animam o mundo adulto ou as que abarcam a infância e a adolescência. A indeterminação conceitual do princípio compromete a legitimidade ética do sistema que nele busca socorro, ao se revelar fraco enquanto mecanismo apto a impedir o uso de crianças como instrumentos de interesses sociais e econômicos.

Uma tentativa de estabelecer critério de distinção da racionalidade na infância, de maneira a superar as deficiências destacadas no princípio do melhor interesse, aparece em EEKELAAR³⁷ com a proposta do julgamento hipotético, que ganha o apoio de

³⁴ *Ibid.*, p. 7: “An interest theory of rights, as we shall see, may, rather, lead us towards taking more seriously what children are interested in, or concerned about, rather than the sort of paternalism associated with the ‘best interest’ rule”.

³⁵ Cf. Tânia da SILVA PEREIRA, *O melhor interesse da criança, O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, p. 21: “As dificuldades que se apresentam no que concerne à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente desafiam também o intérprete quanto ao princípio do *melhor interesse da criança*. Nesta hipótese não estamos diante de lacunas da lei, mas sim de um princípio, o qual aparece, com pequenas variáveis, em modelos jurídicos marcados por ideologias diversas”. Malgrado a fragilidade apontada, a autora lembra ser o princípio uma norma cogente nos ordenamentos jurídicos que recepcionaram a Convenção dos Direitos da Criança.

³⁶ *Ibid.*, p. 3 e 4: “Cabe, no entanto, um alerta para o perigo de sua aplicação por fundar-se na subjetividade de cada Juiz, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Com isso, pode-se concluir que não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o ‘melhor interesse’”.

³⁷ Cf. Importance of thinking that children have rights, *Children, rights, and the law*, p. 229: “So adult’s duties towards young children cannot be convincingly perceived as reflecting rights held by the children unless it can be plausibly assumed that, if fully informed of the relevant factors and of mature judgement, the children would want such duties to be exercised towards them”.

FREEMAN³⁸. A ideia tem por base a afirmação de que a criança tem capacidade de escolha, o que demanda limitar a intervenção em sua autonomia a situações em que suas opções conflitam com o suposto ponto de vista que ela adotaria se tivesse maturidade.

A perspectiva representa radical mudança na compreensão da vulnerabilidade infanto-juvenil, a começar pelo pressuposto da autonomia e do respeito à dignidade humana, ao ter em conta que a própria criança, mesmo supondo o raciocínio de sua maturidade futura para julgar a situação presente, constitui o parâmetro de avaliação. Depois, a indagação que sublinha a tarefa de pais e mestres de educar altera significativamente, deixando a linha do bem-estar social para assumir a garantia da individualidade. A mudança ganha realce em situações concretas, como na decisão quanto ao perfil da educação formal, se religiosa ou secularizada. Tradicionalmente, questiona-se o que atende ao melhor interesse quando a pergunta deveria ser que educação a criança, em sua maturidade, julgaria mais conveniente para si. No caso de filhos adotivos ou oriundos de gestação resultante de doação de embriões, é dever dos pais antes indagar se os rebentos desejariam, se pudessem decidir, viver ou não no conhecimento de sua origem e com a informação de sua ascendência genética,³⁹ o que em muito diverge da postura de presumir, segundo a conveniência dos genitores, qual o melhor meio de tratar um dado que é essencial à personalidade do indivíduo. Assim, na suposição da criança com a maturidade para decidir de sua vida reside o lugar de enfrentamento do mundo adulto com o infantil.

Além de dirigir o raciocínio à perspectiva da criança, o julgamento hipotético reúne outras vantagens, ao se pautar pela regra da intervenção mínima, por critérios objetivos e contextualizados, pela necessidade de renovar no tempo o que ficou julgado e pela imposição de ponderar a manifestação de vontade do sujeito. Esses aspectos exsurtem nítidos na proposta. Ao notar que a definição do que é racional na autonomia depende de como se valora o conflito entre a opção real do infante e aquela que adotaria se fosse pessoa madura, facilmente se conclui que o significado prático de racionalidade equipara-se à conduta que facilita ou simplesmente não ofende o processo de maturação. Racional é tudo aquilo que não ameaça, definitivamente, o futuro. Engloba

³⁸ Cf. Taking children's rights more seriously, *Children, rights, and the law*, p 67: "The question we should ask ourselves is: what sort of action or conduct would we wish, as children, to be shielded against on the assumption that we would want to mature to a rationally autonomous adulthood and be capable of deciding on our own system of ends as free and rational beings?"

³⁹ Os exemplos aparecem em EEKELAAR, *op. cit.*, p 230.

os pequenos erros e aqueles de consequências medianas, as atitudes sem riscos, as preferências e tudo mais que caminha em favor de seu crescimento e da caracterização da personalidade, numa esfera generosa de não-ingerência⁴⁰. Irracional é tudo que compromete, de forma significativa, a aquisição de habilidades importantes para a vida na infância, na adolescência e na idade adulta. Desse modo, os pais não dispõem da criança como o livro em branco que aguarda o destino a ser escrito e, do contrário, devem se submeter a uma agenda de avaliações contínuas, nas quais o crescimento na liberdade galga posição de relevo.

É de observar que a primazia do embate entre a autonomia presente e a futura reserva espaços mais qualificados e restritos quando comparados àqueles decorrentes do choque entre a autonomia da criança e a autonomia que o adulto planeja conferir a ela, raciocínio comum ao princípio do melhor interesse⁴¹. Como consequência, a intervenção é menor ou, num sentido mais apropriado, melhor situada nos direitos de liberdade e igualdade.

Ademais, a confrontação do futuro, malgrado o termo avaliação hipotética, implica um movimento concreto da existência: a criança refletindo o seu amadurecer é a mesma vivenciando o seu devenir. Como explica PAULO FREIRE⁴², os pais devem participar desse processo dos filhos, que é um decidir a si mesmo, assumindo o infante a responsabilidade de sua decisão⁴³.

⁴⁰ O direito à autodeterminação compreende, em suma, a delimitação de reservas à intervenção paterna. Nesse sentido, cf. Sônia MOREIRA, A autonomia do menor no exercício dos seus direitos, *Scientia Iuridic, revista de direito comparado português e Brasil*, p. 174: “Os pais devem exercer os seus direitos apenas onde a criança não é competente para entender completamente as consequências dos seus actos ou onde não intervir possa pôr a criança em risco ou possa interferir com os direitos dos outros”. E mais à frente, *ibid*, p. 174-175, ao tratar da Convenção de Direitos da Criança de 1989: “Assim, a Convenção afirma o direito da criança à autodeterminação, nomeadamente, reconhecendo que a criança pode e deve tomar as suas decisões, embora tal momento não possa ser determinado de forma rígida, visto depender das circunstâncias do caso e da criança em particular. É neste sentido que o art. 12º determina que o peso a dar à opinião da criança terá em consideração a sua idade e maturidade”.

⁴¹ Afinal, que esfera de não-ingerência surge possível na afirmação de que tudo deve ser feito para proteger o bem-estar da criança, quando um conjunto impreciso de ações pode ser representado como proteção e, via de consequência, receber a qualificação de “melhor interesse”?

⁴² Cf. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, p. 105-106: “A liberdade amadurece no confronto com outras liberdades, na defesa de seus direitos em face da autoridade dos pais, do professor, do Estado. É claro que, nem sempre, a liberdade do adolescente faz a melhor decisão com relação a seu amanhã. É indispensável que os pais tomem parte das discussões com os filhos em torno desse amanhã. Não podem nem deve omitir-se mas precisam saber e assumir que o futuro é de seus filhos e não seu.”

⁴³ Cf. *op. cit.*, p. 106: “Uma das tarefas pedagógicas dos pais é deixar óbvio aos filhos que sua participação no processo de tomada de decisão deles não é uma intromissão mas um dever, até, desde que não pretendam assumir a missão de decidir por eles. A participação dos pais se deve dar sobretudo na análise, com os filhos, das consequências possíveis da decisão a ser tomada.”

Outros corolários são também evidentes. Equiparar o conteúdo da racionalidade à conduta não ofensiva à maturação limita o emprego de elementos subjetivos para avaliar as ações da criança. Os critérios ficam, invariavelmente, centrados no alcance da maturidade, o que conduz a apreensão do racional não só aos valores éticos estabelecidos genericamente na convivência social, mas também ao contexto do indivíduo, à afetividade que o cerca, a suas opiniões manifestadas em diferentes situações, a seus desejos, aos potenciais definidos em sua família, na vizinhança e na escola, além de destacar os determinantes originários de sua classe econômica e de sua cultura. Muitos desses fatores transitam no tempo e no espaço e, portanto, exigem a contínua renovação dos julgamentos hipotéticos. É uma experiência pedagógica que envolve pais e filhos. Avaliar o que é racional nas ações do infante compreende aprender a discernir o que ameaça o desenvolvimento da consciência livre, uma aventura a vivenciar obrigatoriamente, uma vez que nos erros e acertos se delineia a existência. Só na tolerância de um com o outro é possível definir os contornos da autonomia, a criança apreendendo as competências da idade madura através de opções próprias e de muitas outras interditas e os genitores descobrindo que a interdição, muitas vezes, deveria repousar sobre suas próprias escolhas.

É claro que o exercício de substituir a criança real pela criança supostamente madura para decidir que intervenção é válida em sua autonomia não fica isento de críticas. É possível afirmar que o modelo espelha uma forma de paternalismo renovado ou restrito, como chega a reconhecer FREEMAN⁴⁴, já que admite abertamente o intuito de proteger. Ou seja, o exercício de aprendizagem mútua da autonomia previsto no julgamento hipotético não exclui a ideia de proteção, por ser possível intervir quando em risco as próprias liberdades, a exemplo da criança que ingenuamente aceita as investidas de um pedófilo.

Mas, será que subsiste incoerência no pensamento de que os direitos de liberdade inscritos na autonomia se harmonizam com direitos de proteção oriundos da fragilidade infanto-juvenil? O paradoxo do ser livre que não está preparado para a liberdade e que em suas impossibilidades reclama proteção infirma a teoria do direito?

Por certo que o movimento de libertação da criança não sofre abalos ao descobrir ser compulsório unir autonomia e proteção no modelo jurídico de intervenção.

⁴⁴ Cf. *op. cit.*, p 68: "Furthermore, it must be stressed that this version of paternalism is a two-edged sword in that, since the goal is rational independence, those who exercise constraints must do so in such a way as to enable children to develop their capacities."

A liberdade não constitui valor absoluto, assim como qualquer outro direito fundamental se sujeita a critérios de adequação. Nem mesmo na vida adulta o homem é absolutamente livre. A autonomia do homem maduro tem submissão ao conceito de racionalidade, o que implica sopesar valores presentes em outros direitos, como a vida, a saúde e a integridade física, além de ponderar os ditames sociais e as circunstâncias expressas na individualidade da pessoa. Por conseguinte, a autonomia do homem imaturo também apresenta submissão à racionalidade própria da infância, em que a autodeterminação deve ser compatível com o direito à vida, ao respeito⁴⁵ e ao desenvolvimento das capacidades adultas⁴⁶.

1.2.2. A crise na educação.

Por fim, ainda a indagação inicial. A criança livre implica em mudança na família, na sociedade e no Estado? O dever de amar é anterior ao ato de amar e o sobrepõe na modernidade da sociedade complexa? A criança sujeito de direitos, ao assumir direitos de liberdade, pode ser reduzida à artificialidade da questão política, com a qual a família jurisdicizada se define nos padrões de cidadania e é compreendida nos limites áridos de um contrato?

O questionamento toca aquilo que RENAUT⁴⁷ define como a mais radical crise na educação. Não há dúvida quanto à liberdade, igualdade e autonomia na infância e adolescência. Igualmente, não há dificuldade em compreender que as liberdades, porque não atingem a dimensão do absoluto, coexistem com as limitações do direito ao desenvolvimento e as implicações psicológicas, pedagógicas, sociais e culturais que

⁴⁵ A proteção já não constitui uma nobre expressão do homem maduro e de sua capacidade de doação ao ser imaturo, e sim uma referência do homem na aquisição da maturidade, porquanto a assistência só pode repousar nos interesses que sua dignidade humana reconhece válida. Não se trata, como se vê, de uma nova forma de paternalismo.

⁴⁶ Cf. Michael FREEMAN, *op. cit.*, p 69: “To take children’s rights more seriously requires us to take seriously nurturance and self-determination. It demands of us that we adopt policies, practices, structures and laws which both protect children and their rights. Hence the via media of ‘liberal paternalism’”.

⁴⁷ Cf. *op. cit.*, p 281: “A transposição destes princípios e destes valores da política para a educação, que fez mais do que esboçar-se durante estes últimos decênios e que estaria, de resto, dentro da lógica das sociedades democráticas, revela-se tão delicada que se impõe doravante, com uma insistência cada vez mais marcada, uma questão profundamente paradoxal: numa sociedade dos iguais, como limitar suficientemente o acesso da criança à igualdade para preservar as condições de possibilidade de uma relação educativa, sem que esta limitação induza, apesar disso, uma regressão em direção à concepção da autoridade parental e do poder escolar que não seriam compatíveis com os valores da igualdade e da liberdade?”

atribuem às famílias e escolas uma série de ingerências legítimas na vida da criança. Assim, o que se apresenta tênue na atualidade, mormente a partir de quando se representa o infante um sujeito de direitos, é a linha que determina a dosagem entre liberdade e proteção, com a qual, se fosse suficientemente clara, seria possível visualizar padrões comunicativos para os papéis familiares, anulando a angústia que mobiliza as relações com a infância.

No modelo de autonomia erigido no critério do julgamento hipotético, como exposto acima, tal nitidez é uma pretensão distante, embora alcançável. Sua dificuldade reside no fato da autoridade paterna e materna⁴⁸ constituir uma construção do cotidiano, e não uma força inata compreendida na posição jurídica que o ascendente ocupa, na racionalidade imanente ao ser maduro ou na hierarquia da tradição familiar. É resultante de um exercício pedagógico. Pressupõe o raciocínio cotidiano a investigar o que o direito ao desenvolvimento, a autonomia futura, pode cassar na liberdade de vontade, a autonomia presente, tendo em conta os fins da individualidade da criança e a proporcionalidade entre os danos a direitos fundamentais e os benefícios alcançados. Presume também um aprendizado, considerando que a autoridade paterna e a criança livre só conseguem delimitar as reservas para o futuro através do diálogo e da tolerância. Na feição jurídica, a fronteira é aprendida e conquistada, e não imposta pelo arbítrio.

Nessa ótica, ainda que o parâmetro de análise seja objetivo, a dosagem entre liberdade e proteção aparece de forma mais transparente apenas no caso concreto, nas situações peculiares que surgem rotineiramente, as quais, mesmo assim, precisam ser objeto de contínua reavaliação. Daí a sensação de incerteza que permeia a vida doméstica na modernidade e que, por ser própria de uma relação pedagógica, não desconstitui o papel de pai, antes o fortalece. A crise na educação não pode recomendar uma volta ao passado, à tradição e à autoridade natural, como propõe ARENDT⁴⁹. Há de ser compreendida nessa passagem do que é posto enquanto essência ao que é alcançado na relação dos sujeitos, pois que restrita ao estabelecimento da autoridade, que em

⁴⁸ Bem como qualquer outra autoridade que se imponha perante a criança ou o adolescente, como o professor ou mesmo a força estatal.

⁴⁹ Cf. *op. cit.*, p. 243: “A crise da autoridade guarda a mais estrita conexão com a crise da tradição, ou seja, com a crise de nossa atitude face ao âmbito do passado.” E mais à frente, *op. cit.*, p. 245-246: “O problema da educação no mundo moderno está no fato de, por sua natureza, não poder esta abrir mão nem da autoridade, nem da tradição, e ser obrigada, apesar disso, a caminhar em um mundo que não é estruturado nem pela autoridade nem tampouco mantido coeso pela tradição”.

verdade não deixa de se realizar, mas busca novo padrão de legitimidade no processo intersubjetivo⁵⁰.

O que decorre da autoridade que se constrói não é, portanto, uma família eminentemente contratualizada em que seus membros se reduzem a uma igualdade cidadã, na qual as relações se contentam com o respeito à liberdade do outro. Se isso fosse verdade, ter-se-ia de admitir não apenas uma mudança para um paradigma de família democrática, que supera a tradição e a hierarquia na tentativa do diálogo, mas algo mais drástico como o desaparecimento mesmo do conceito de família, assim como da supressão do conceito de infância.

Na autonomia que a criança comporta, indispensáveis o respeito à liberdade e o respeito à demanda por proteção. Ou seja, as dessemelhanças, inscritas na fragilidade, não são questionadas no instante que alcançam identidade com o mundo adulto, uma vez que pais e filhos são sujeitos de direito. As diferenças naturais da vulnerabilidade da infância não desaparecem como se a igualdade de direitos implicasse em irmandade entre filhos e genitores; do contrário, persistem válidas e manifestam a necessidade da orientação presente, constante e resoluta. Não há como cindir a dignidade da criança, que é, na sua identidade humana, sujeito de liberdades e, em sua vulnerabilidade, sujeito de proteção⁵¹.

O que informa, então, uma teoria do direito que concilia liberdades e cuidados?

No campo da educação familiar e escolar, uma normatividade que determina afirmar a autonomia presente em referência ao processo de aquisição de competências adultas, a qual implica, através do diálogo, o aprendizado de uma relação de poder em construção e desconstrução.

Já na perspectiva política, a compatibilidade entre direitos de liberdade e direitos sociais. Ainda que o recorte infanto-juvenil não desafie polêmica nessa última linha de direitos, por conduzir à perspectiva da proteção e, por conseguinte, a uma linguagem

⁵⁰ Aqueles que estranham a libertação da criança se indagam se o ato de educar prescinde da fortaleza dos limites e da segurança da disciplina. Há no questionamento inequívoca denúncia contra a atualidade e o que ela pode significar, principalmente na afirmação de uma autoridade que hesita e que, na sua fraqueza, abandona a infância à formalidade da lei. Trata-se de pensamento que se ocupa tanto de recuperar o passado, buscando em visão acrítica restabelecer os liames da hierarquia e da tradição, quanto de compreender e interferir no presente, envolto na igualdade e na liberdade.

⁵¹ Comenta Alain RENAUT, *op. cit.*, p. 313, em referência à Convenção de Direitos da Criança da ONU: “A representação da criança como sujeito de direitos, que os Modernos edificaram pouco a pouco, obtém, na Convenção de 1989, uma explicitação cujo teor não se pode recusar facilmente: sujeito de créditos particulares, a criança é-o devido à sua especificidade e à sua fragilidade, ou seja, devido à sua diferença; porém, também é sujeito de direitos-liberdades, devido à sua identidade de homem.”

mais acessível aos padrões de entendimento de um passado recente, é imperioso observar a resistência subsistente na primeira linha, uma vez que ainda imprecisa a representação da criança livre. Contudo, tal dificuldade não infirma o caráter inovador da modernidade, que na especificidade da infância não altera o cenário do homem maduro, sujeito de liberdades e de créditos sociais⁵², embora apresente tratamento prioritário⁵³.

Tanto para as relações domésticas e da educação formal quanto para aquelas que resultam do enfrentamento do poder estatal, a criança é livre em sua identidade humana e vulnerável em sua diferença. Mas, será que o debate que situa liberdade e proteção se circunscreve ao direito?

Certamente é esse o risco que a modernidade introduz, o de reduzir o homem a um valor jurídico no âmbito do contrato. Mais precisamente, o fato do direito constituir o parâmetro para as relações com a infância pode ofuscar, se ideologizado, a possibilidade de outros parâmetros igualmente válidos. Daí a alusão de RENAUT⁵⁴ à importância da ética da solicitude, com a qual busca retomar, não em substituição e sim como um marco referencial ao direito, a teoria das obrigações imperfeitas de O'NEILL, que direciona aos pais o dever de estabelecer com os filhos vínculos de boa disposição, de alegria e disponibilidade. O avanço que o direito impõe às relações com a infância, embora vitais, não pode silenciar outros meios com os quais a sociedade deve se comunicar com a vulnerabilidade infanto-juvenil. Ou seja, o fato de existir um dever de amar, traduzido no espaço de jurisdição familiar e escolar, não pode constituir óbice

⁵² No campo da violência juvenil, isso implica dizer, em primeiro lugar, que as garantias penais e processuais penais devem ser respeitadas na adolescência. Ou seja, a privação de liberdade constitui consequência jurídica circunscrita ao delito e não pode exceder a dimensão de gravidade expressa no fato típico, antijurídico e culpável, sob qualquer prisma, seja o de educar, tratar, proteger ou sancionar. Depois, num segundo momento, tal afirmação exige reconhecer os créditos sociais, através de que a sanção aplicada a adolescentes no cometimento do delito vincula, em sua pretensão de legitimidade, a oferta e a articulação de políticas públicas e privadas de saúde, educação, previdência e assistência social, profissionalização, fortalecimento dos laços de convivência familiar e comunitária, dentre outras.

⁵³ A proteção integral e a prioridade absoluta são diretrizes da ordem constitucional para a compreensão jurídica das relações que interagem com a pessoa em especial condição de desenvolvimento. No Brasil, o art. 227 da CRFB dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, fixando a solidariedade de agentes públicos e privados e a precedência de atenção. Em Portugal, o destaque repousa no art. 69º, nº 1, da CRP, o qual estabelece obrigação expressamente dirigida à sociedade e ao Estado.

⁵⁴ Cf. *op. cit.*, p. 343: “Neste tipo de discussão, não regressivo, daquilo por que a temática dos direitos da criança pode também tornar-se ideologia, perfila-se a necessidade de pôr em evidência a dimensão propriamente moral ou ética da parentalidade, de tal forma que deveria impedir-nos de abandonarmos, inteiramente, as nossas relações com as crianças ao espírito de contrato. Que a chegada ao primeiro plano deste espírito de contrato seja inseparável da dinâmica democrática e de tudo o que proporcionou em termos de humanização da relação com a infância, não proíba reflectir nos correctivos sem os quais a trajectória deste progresso acabaria por se baralhar”.

ao ato de amar. A artificialidade da ética do diálogo não exclui a naturalidade da ética da solicitude. O adulto deve se descobrir o cuidador responsável e lúcido de seu papel de autoridade referencial no desenvolvimento da personalidade do infante.

1.3. Justiça e infração juvenil.

Mas, se a educação restou profundamente desestabilizada, o que dizer dos modelos de Justiça desenhados no final do século XIX e início do XX para a infância e adolescência⁵⁵? O que se dá quando a atividade jurisdicional recepciona crianças e adolescentes no manto da legalidade?

Naturalmente, a representação do adolescente livre desestabilizou a tradição que conferia perspectiva à delinquência juvenil. Uma vez que não conseguiram se adequar ao movimento de democratização das relações com a infância, as matrizes da proteção, representadas pelos modelos tutelares e educativos⁵⁶, perderam desastrosamente os

⁵⁵ A notícia histórica do surgimento das cortes juvenis aparece em Armando M. RAGGI Y AGEO, *Criminalidad juvenil y defensa social: estudio jurídico*, p. 47 e seguintes. Coube aos Estados Unidos instituir em 1899 o primeiro tribunal exclusivo para o conhecimento de casos de menores delinquentes, na cidade de Chicago, Estado de Illinois. A iniciativa despertou a necessidade de especialização da jurisdição na América e na Europa, afastando crianças e jovens das cortes ordinárias. Contudo, desde o início registra-se o embate entre modelos desjurisdicizados e essencialmente tutelares e assistenciais em confronto com modelos judiciais. Acerca do tema, comenta RAGGI Y AGEO, *op. cit.*, p. 60-61: “Los Tribunales de Menores, cuyo origen como hemos visto, es relativamente reciente, varían en su organización y procedimientos, con arreglo al criterio político-jurídico peculiar del país respectivo; así, en Inglaterra y Estados Unidos, el espíritu tutelar o protector – o sea, el criterio que considera al Tribunal no como una institución de carácter jurídico, sino más bien como organismo público de asistencia y prevención social, – caracteriza la mayor parte de dichos tribunales, en contraste con lo que se observa en nuestros propios días en Alemania e Italia, cuyos tribunales para menores conservan un marcado sabor represivo, y comportan una organización preferentemente jurídica.”

⁵⁶ A esse respeito cf. Carlos Vázquez GONZÁLEZ, *Modelos de justicia penal de menores, Derecho penal juvenil*, p. 103-151. O autor traça o panorama evolutivo dos modelos judiciais. O processo de industrialização determinante no final do século XIX e início do XX marcou o surgimento do modelo tutelar ou de proteção, inspirado na ideologia positivista, com a qual crianças e adolescentes delinquentes são compreendidos como pessoas anormais ou patológicas e, portanto, carentes de educação reparadora. A criminologia influenciou essa concepção ao representar a menoridade como defeito a ser curado, o que resulta na perspectiva de máxima intervenção, controle social dos jovens, segregação por tempo indeterminado como forma de proteger o infante das influências corruptoras da sociedade, ampla discricionariedade judicial e finalidade preventiva especial. Após a segunda guerra mundial, surgiu na Europa o modelo educativo como iniciativa do Estado do bem-estar social (*welfare state*). O novo paradigma amenizou o tom repressivo do anterior ao definir a violência juvenil como episódio anômalo que deve ser tratado através de atenção social e integração familiar. Apesar da nota de tolerância e da determinação de desculpar o adolescente, o pensamento se baseia na máxima intervenção e no amplo controle, ao confundir vítima e vitimizador e estabelecer ações genéricas as quais não conseguem limitar as iniciativas segregadoras. Já nos anos sessenta surgiu o modelo de responsabilidade a partir de inovações legislativas na Europa e nos Estados Unidos, motivadas por decisões da suprema corte americana que surpreenderam ao conferir garantias constitucionais a adolescentes acusados do

meios de entendimento e normatização da realidade. Em outras palavras, ao confrontar a Justiça Juvenil com um contexto de extrema inovação, entrou em cheque não uma parcela e sim toda a fisionomia do passado.

Em verdade, o deslocamento da problematização é de tal monta e instiga incômodos em extensões tão amplas que a pretensão de condensar as exigências da atualidade passou a exigir uma busca por perfis absolutamente renovados e ricos em complexidade.

De fato, a pergunta determinante, em passado recente, consistia em saber se a pessoa, em razão da idade, poderia ser considerada um igual no mundo adulto, com o que restaria inscrita no escudo garantista da legalidade e, por conseguinte, do Direito Penal, ou deveria constituir, dada sua imaturidade e incapacidade para a pena, alguém objeto de proteção, de tutela ou de educação no âmbito de uma corte de menores. Já na atualidade a dicotomia “educar e punir” vem sustentando escassa significação, considerando que não consegue distinguir as esferas de atuação de um e outro sistema jurisdicional, o do homem imaturo e aquele da maturidade. Isso porque, se a pessoa desde o seu nascimento é sujeito de direitos, de partida o jovem infrator constitui, independentemente da verificação da capacidade de culpabilidade, um partícipe da comunidade democrática e comunga no seio da Justiça Juvenil de todas as garantias e obrigações que a lei confere ao imputável penal. Ou seja, na condição de pessoa livre não se concebe encará-lo um ser objeto de proteção, porquanto os direitos de liberdade, igualdade e autonomia desautorizam suprimir a autodeterminação de sua personalidade, exceto na hipótese em que também o adulto enfrenta restrições da sociedade, qual seja a do cometimento de condutas típicas, antijurídicas e culpáveis e mediante o devido processo legal, resguardando proporção entre a conduta e a consequência jurídica.

cometimento de delitos, como o acesso a advogado e o direito a conhecer a imputação (Kent v. United States, 1966; In re Gault, 1967; In re Winship, 1970; McKeiver v. Pennsylvania, 1971; e Breed v. Jones, 1975). A consolidação do modelo se deu apenas nas últimas décadas do século XX, através de normativas internacionais proclamadas pela Organização das Nações Unidas. O sistema tomou como base conceito restrito de delinquência juvenil, com a apropriação da teoria do delito, a atribuição do fato típico e a exclusão como hipótese de incidência de condutas pré-delituais e de situações de risco, como o abandono, a vivência de rua e o uso drogas. Definiu uma responsabilidade socializante ao conjugar o educacional e o judicial em medidas de caráter educativo de duração determinada. A ideia é de uma retribuição ajustada à educação, conferindo proporcionalidade entre fato e resposta estatal, o que resultou em modelo de intervenção mínima e de *ultima ratio*. Ademais, proporcionou ao jovem inimputável um sistema jurisdicionado, com a formalização do processo, o direito de defesa, a verdade material, a recorribilidade das decisões etc. Atualmente, importantes variantes do modelo de responsabilidade estão em debate, como o 4D (despenalização, desjurisdicização, devido processo legal e desinstitucionalização) e o da justiça restaurativa, os quais introduzem inovações consensuais na responsabilidade juvenil.

Assim, de forma inovadora o imperativo democrático da modernidade ofuscou a tensão “educar e punir” ao destacar a figura conflitante do homem imaturo porém detentor de responsabilidade. Toda intervenção em sua autonomia, da mais branda, como a recomendação ao estudo, à privação de liberdade, foi necessariamente enquadrada no status de sanção estatal, considerando que o adolescente livre, à semelhança do adulto, pôde finalmente afirmar-se pessoa autônoma na condução da vida. A qualidade de responsável tornou impróprio pensar no jovem o simples destinatário de proteção, dada a complexidade emergente na jurisdicização de sua condição cidadã, o que conduziu à derrogação dos sistemas tutelares ou educativos em prol dos modelos de responsabilidade, caracterizados pela introdução das garantias penais e processuais penais⁵⁷.

O advento de leis inserindo a adolescência na legalidade marcou oficialmente o câmbio na problematização da violência. A questão do “perdoar, educar e punir”, que por décadas serviu de condutor aos desafios propostos ao direito, viu-se, surpreendentemente, subtraída por uma pergunta de maior amplitude. Afinal, que parâmetros contemplam as diferenças da pessoa em desenvolvimento, agora que o adolescente equiparou-se em direitos ao mundo adulto? Em outros termos, se ambos os sistemas, o juvenil e o penal, comungam iguais fundamentos jurídicos que elementos os distinguem?

A indagação invoca, de forma inequívoca, o paradoxo assinalado por RENAUT⁵⁸ e autoriza inquirir: o que é um ser destinado à liberdade e que, em fase de maturação, ainda não pode ser inteiramente livre?

Observe-se que tal problema não assumia qualquer relevo no âmbito da dicotomia “educar e punir”, que presumia uma relação pacífica com a incompletude da adolescência. E mais, permitia diferenciar as atividades jurisdicionais, uma vez que à segurança da proteção da Justiça Juvenil era remetido o jovem ainda não preparado para a pena, em seleção levada a cabo seja pelo critério puramente biológico, a idade, ou pelo referencial bio-psicológico, com a exigência de comprovação, em determinada faixa etária, da incapacidade de entendimento da ilicitude. Contudo, no padrão de

⁵⁷ Foi o que ocorreu no Brasil com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, de 13 de julho), em Portugal com a Lei Tutelar Educativa (Lei nº 166/99, de 14 de setembro) e na Espanha com a Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal de Menores (Lei Orgânica nº 5/2000, de 12 de janeiro).

⁵⁸ Cf. item 1.2 supra.

responsabilidade apenas uma única via é visível, o da sanção, a qual, independente dos fins que diz almejar, se pedagógicos, socioeducativos ou mera retribuição, inexoravelmente expõe o jovem infrator a sua liberdade de vontade⁵⁹. Sendo um homem livre, tanto na jurisdição especial quanto na penal, e uma vez emancipado pela condição de sujeito de direitos, o que perdeu força foi a percepção dos cuidados de proteção que o jovem ainda encerra em sua pouca idade, tornando extremamente precária a distinção com o Direito Penal, mesmo porque estão ali presentes todos os atributos da vida adulta, o direito à liberdade, à igualdade e à autonomia.

Eis, assim, a instabilidade que caracteriza a Justiça Juvenil submetida à representação do adolescente livre. Muito propriamente, questiona-se se uma jurisdição que abandona o ideal de proteção contraposto à punição e se detém unicamente na sanção é capaz de distinguir as carências manifestas na adolescência e, assim, exprimir características próprias frente à jurisdição adulta.

Nessa crise conceitual, alimentada pela necessidade de conciliar a liberdade reclamada ao jovem com a imaturidade e limites inerentes à idade, há a ameaça sempre constante da alternância de princípios interpretativos, em certos momentos inspirados no que ficou revogado e em outros no que é vigente. Os modelos de responsabilidade, advindos em muitos países do afã de libertação da adolescência e adequação da legislação interna à Convenção de Direitos da Criança, se sujeitam a preceitos contraditórios de entendimento e, muitas vezes dúbios, uns forçando ressuscitar o enigma “educar e punir” e outros refletindo a prevalência de garantias públicas. A força pendular ora projeta o passado e os princípios de proteção ora fixa o presente e lança como inexpugnável o enfoque jurisdicizado da violência juvenil.

Natural imaginar que tal pressão põe em risco a própria existência do sistema. Mais do que uma controvérsia banal respeitante à identidade, a imagem do pêndulo desvela problema crucial para a Justiça Juvenil. Isso porque ao transitar entre duas forças o faz de forma consciente de que já não pode retomar a tradição, dado o caráter irrevogável da democratização das relações com a infância, nem lhe é possível resolver

⁵⁹ Ao conjugar o educacional e o judicial, o modelo de responsabilidade não suprime a ideia de proporcionalidade entre fato e resposta estatal. A terminologia empregada para as medidas, socioeducativa e tutelar educativa, nas legislações brasileira e portuguesa, respectivamente, não desautoriza perceber nelas a reprovação da conduta. Os fins de prevenção especial não disfarçam a preocupação da Justiça com a pessoa que deveria agir de outro modo. Patente, com isso, o embate de propósitos que acaba por apresentar o adolescente com a maturidade para responder por seus atos, ainda que em sistema diferenciado, com o que se notabiliza a feição sancionadora.

os incômodos da modernidade, uma vez que deseja evitar a todo custo o abandono à legalidade de quem ainda revela carências de cuidados, orientação, afeto e confiança num projeto de vida.

Então, imprescindível investigar soluções que contemplem o paradoxo contemporâneo da adolescência livre, sob pena de um retorno desolador ao ponto de partida ou de um caminho sinuoso na redução ao Direito Penal^{60 61}.

A tarefa que se impõe consiste em estabelecer distinções para a Justiça Juvenil e, com isso, evidenciar a vulnerabilidade do adolescente sem destituí-lo da perspectiva de igualdade com o mundo adulto. O que parece certo é que a equação do dilema proposto envolve necessariamente concessões e renúncias no âmbito do princípio da legalidade, dada a premência de fixar no paradigma da responsabilidade pontos em que prevaleça a atitude de proteção. A rigidez da resposta estatal, do processo e da política de intervenção no contexto da violência há de ceder, sob certos enfoques e critérios, em prol do auxílio no processo de maturação, de oportunidades para a identificação do jovem com a temática adulta, de atividades que possibilitem a compreensão de diferentes posturas frente aos fatos da vida, do acesso a recursos pedagógicos, de práticas de diálogo com a vítima e a comunidade tendo em vista o alcance das consequências danosas das condutas ilícitas e do apoio afetivo em momentos cruciais de definição de futuro, quer seja na família, na escola e na profissão.

⁶⁰ O caráter dual do modelo de responsabilidade, educação e sanção, é crítico já na denominação. Se não há consenso de como representar a Justiça Juvenil em face do novo paradigma, que conflitos emergem no momento de uniformizar a linguagem para o entendimento, a interpretação e a aplicação de seus institutos? A polêmica é atual no Brasil, que alterna várias designações, como o Direito da Socioeducação, o Direito Penal Juvenil e o Direito Infracional. Assim, na linha do Direito Penal Juvenil cf. João Batista Costa SARAIVA, *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*, p. 23, Wilson Donizeti LIBERATI, *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*, p. 73, e Karyna Batista SPOSATO, *O direito penal juvenil*, p. 102. Na tendência do Direito Infracional, cf. Alexandre Moraes da ROSA, *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*, p. 5, e Mário Luiz RAMIDOFF, *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas sócioeducativas*, p. 25.

⁶¹ Vale observar que na Espanha o debate teve lugar no próprio processo legislativo. Nesse sentido, cf. Isabel LÁZARO GONZÁLEZ (Coordinación), *Los menores en el derecho español*, p. 86: “La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (LORRPM), que entró en vigor el 13 de enero de 2001, fue llamada en sucesivos borradores *Ley Penal Juvenil y del Menor* en 1994, después *Ley de Justicia Juvenil y del Menor* en el Anteproyecto de 1997, *Ley de Responsabilidad penal de los Menores* en 1998, para acabar recibiendo el nombre de *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Los cambios semánticos no han sido casuales y responden al pulso mantenido entre dos corrientes que abordan el tema de la infancia infractora desde perspectivas diferentes y aun antagónicas. En efecto, dos tendencias han entrado en el juego legislativo. La una, mayoritaria y finalmente vencedora, que apuesta por las garantías criminales y la incardinación en sede penal del tratamiento jurídico del menor, y la otra, en franca minoría, a la que sin embargo nos apuntamos, radicalmente contraria a que el menor infactor sea tratado desde la perspectiva penal.”

Talvez uma solução assim disposta desperte mais desafios do que facilidades, principalmente por exigir delimitar os preceitos para a flexibilização da legalidade. Afinal, onde situar os pontos de exceção? Podem eles agravar a resposta estatal? É possível estabelecer discricionariedade ao magistrado para apontar os casos de excepcionalidade? É legítima a quebra na razão de proporcionalidade entre a conduta infracional e a sanção?

1.3.1. A atitude de proteção no modelo de responsabilidade.

A definição do que é flexível na legalidade referida ao modelo de responsabilidade ilustra claramente a força pendular entre o passado e o futuro que faz da Justiça Juvenil uma existência crítica e instável.

A necessidade de compatibilizar a identidade com o mundo adulto e a distinção que o jovem encerra em sua pouca idade conduz a variadas políticas de relativização do Estado Democrático de Direito, o que enseja o surgimento de diferentes enfoques doutrinários, dentre eles merecem destaque o Direito da Socioeducação, o Direito Penal Juvenil e o Direito Infracional.

A primeira abordagem, a do Direito da Socioeducação, afirma que a legalidade constitui apenas um ponto de partida. O fato típico e antijurídico é pressuposto da medida socioeducativa, mas não exige uma proporcionalidade rígida, podendo a sanção estatal ficar aquém ou além da gravidade do fato a depender das necessidades pedagógicas do indivíduo. Ou seja, o princípio da reserva legal estabelece a referência primeira do sistema, o que não impede que a análise casuística e a investigação da subjetividade do agente resultem na possibilidade de mitigar os parâmetros abstratos do legislador, especialmente no momento de definir e executar a sanção⁶². A adequação da medida no caso concreto há de se libertar das amarras da lei e, conseqüentemente, das garantias públicas, para na discricionariedade do julgador melhor proteger o infrator de um modo de ser ilícito, aplicando medidas pedagógicas sem a necessidade de um rigoroso equilíbrio com o fato e suas conseqüências. O que se defende é abstrair o fato para focar a pessoa, possibilitando dispensar tratamento não necessariamente

⁶² A simples rebeldia não constitui hipótese de responsabilização, mas pode constituir fator determinante na definição da sanção.

proporcional à gravidade do ilícito, seja para suavizar seja para exacerbar a resposta estatal, contudo sempre jungido ao fim socioeducativo. Trata-se de vertente que admite significativas graduações, a depender do maior ou menor grau de poder concedido ao operador do direito em ponderar a questão, tendo em vista uma razoável combinação entre as renúncias na extensão da legalidade e os benefícios pedagógicos planejados para o infrator. A restrição de direitos de liberdade é compensada através de direitos sociais, principalmente a educação.

De modo diametralmente oposto ao que propõe o Direito da Socioeducação, pode-se imaginar que a atitude de proteção repousa não nos direitos de liberdade, mitigando-os, e sim na própria sanção, relativizando-a em prol de regras de perdão, de prioridade de medidas de meio aberto e de iniciativas que promovam a integração da família e da sociedade no ato de sancionar. O que muda nessa nova orientação é a impossibilidade de excepcionar garantias públicas, sendo inabalável a identidade do adolescente com o imputável penal. Nada obstante, há pertinência em abrandar o ato sancionador, de maneira que a resposta estatal não pode exceder a proporcionalidade que o Direito Penal estipula entre conduta e pena, mas pode ficar aquém ou mesmo ser suprimida, no caso do perdão simples. O fato típico, antijurídico e culpável é pressuposto da medida socioeducativa, porém as necessidades pedagógicas só servem de fundamento para abrandar a proporção entre conduta ilícita e consequência jurídica, nunca para agravar.

No seio desse pensar mitigador da sanção há espaço para importante divisão. Duas correntes se notabilizam, a do Direito Penal Juvenil e a do Direito Infracional, as quais se distanciam no momento de fundamentar a tolerância que qualifica a reação social. A primeira com ênfase nos direitos de liberdade, ao destacar que a vulnerabilidade juvenil é desde logo suprida através de garantias especiais, que recomendam a intervenção mínima e, assim, delineiam um mecanismo de proteção – o abrandamento resulta de direitos de liberdade específicos do adolescente como pessoa em desenvolvimento. A segunda tem centro na defesa de um maior espaço de interação entre o infrator e a sociedade, com o que, sem abrir mão do princípio da intervenção mínima, afirma que a tolerância não se explica por si mesma, porém serve como meio a possibilitar atividade pautada no diálogo, no respeito à autonomia e destinada a alcançar no adolescente uma consciência crítica e livre.

Essas três linhas de pensamento, o Direito da Socioeducação, o Direito Penal Juvenil e o Direito Infracional, reúnem as principais correntes que polarizam o debate em torno do modelo de responsabilidade. Mas, qual delas enfrenta de fato o dilema da modernidade?

A primeira constitui esforço heroico em distanciar a Justiça Juvenil da dogmática do Direito Penal, o que revela dupla intencionalidade, a de fazer ressaltar a perspectiva socioeducativa e a de fixar uma disciplina autônoma. Para ela convergem todas as formas de compreensão da resposta estatal ao delito praticado pelo adolescente como uma categoria cindida, ao mesmo tempo sancionadora e pedagógica. No potencial da cisão são depositadas as esperanças do modelo de conferir o enfoque de proteção e, com isso, distinguir a jurisdição especial, ferindo ao mínimo os direitos de liberdade, porque reconhece o caráter de sanção, e simultaneamente assumindo a missão de resgatar a cidadania na vida do jovem infrator⁶³.

No Brasil, a jurisprudência testemunha a força do Direito da Socioeducação, tal a frequência de decisões que desfraldam a bandeira de uma “sanção preferencialmente pedagógica”⁶⁴. A leitura de súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, corte brasileira que detém a última palavra em matéria infraconstitucional, reflete a tendência em questão. Malgrado o entendimento do tribunal tenha se dirigido a conter os avanços

⁶³ Assim funciona, por exemplo, quando aceita os conceitos de tipicidade e ilicitude, mas renega a ideia de culpabilidade ou de qualquer outro juízo de proporcionalidade que limite o Estado no atendimento pedagógico a circunstâncias objetivas do fato ilícito.

⁶⁴ A expressão é extraída do texto do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, que orienta no Brasil a execução de medidas socioeducativas. Cf. BRASIL, *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*, p. 47: “As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sócio-pedagógica, haja vista que sua execução está condicionada à garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem à formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva ético-pedagógica”. A doutrina também expressa o hibridismo da proposta, como expõe Paulo Afonso GARRIDO DE PAULA, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, p. 113-114: “Medida sócio-educativa adequada, portanto, é aquela cuja instrumentalidade resultou evidenciada pela simbiose entre seus dois elementos constitutivos, ou seja, entre o interesse juridicamente protegido de defesa social da sociedade de atos infracionais e o não menos subordinante interesse em interferir no desenvolvimento do jovem, através de ações pedagógicas, tendo como fito a aquisição ou desenvolvimento de recursos pessoais e sociais que possibilitem os mecanismos necessários para a superação das adversidades de forma lícita”. Nesse sentido, cf. Bianca MOTA DE MORAES e Helane VIEIRA RAMOS, *A prática do ato infracional, Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, p. 805: “Além do caráter pedagógico, que visa à reintegração do jovem em conflito com a lei na vida social, as medidas socioeducativas possuem outro, o sancionatório, em resposta à sociedade pela lesão decorrente da conduta típica praticada. Destarte, fica evidente a sua natureza híbrida.” Em igual linha, cf. ainda Márcio Mothé FERNANDES, *Ação sócio-educativa pública: inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 76-77, Olympio Sotto MAIOR, *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, p. 364, e José de Farias TAVARES, *Direito da infância e da juventude*, p. 163.

dessa forma de pensar, a insistência das decisões oriundas das instâncias iniciais demonstra a espantosa receptividade da corrente. Reiterados acórdãos alinhados ao garantismo vêm reformando as sentenças que apostam na relativização de direitos com a finalidade de ressaltar a iniciativa socioeducadora do Estado, o que ensejou a edição de súmulas como a de número 338/STJ (“a prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativa”) e a de número 342/STJ (“no procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente”).

É certo que cindir a natureza jurídica em veios tão díspares, a sanção e a educação, autoriza uma diversidade de soluções temerárias à democratização das relações com a adolescência⁶⁵, as quais se manifestam mais ou menos invasivas a depender do quanto se pretende derrogar o Estado Democrático de Direito para alcançar a vulnerabilidade juvenil. O problema numa proposição como essa é lidar com a insuficiência de parâmetros para dizer em que termos as garantias penais e processuais penais são aceitas e recusadas no seio da Justiça Juvenil. A impossibilidade de critérios, ínsita à dualidade de propósitos, faz com que as ofertas de discricionariedade se tornem fluidas e fora de controle, abrigando indistintamente interpretações ora de maior legalidade ora de maior liberalidade. Mas, o que parece instável e problemático constitui em verdade a própria essência da linha de pensamento, que de fato impõe uma estrutura normativa capaz de viabilizar fugas discricionárias, o que resulta em leis formatadas em requisitos vagos, pouco objetivos e, quando não, abertamente subjetivos⁶⁶.

⁶⁵ O fundamento híbrido da medida socioeducativa concebe interpretações que cassam liberdades públicas sob ótica estritamente paternalista, a exemplo do que ocorre nos seguintes pensamentos: a) a medida aplicada ao jovem visa socioeducar e, portanto, constitui um benefício que transcende seu caráter sancionador e se consolida como direito subjetivo público do infrator; b) o fato típico é pressuposto, mas não exprime juízo de proporção com a medida socioeducativa; c) o ato infracional se consuma independentemente da culpabilidade do agente; d) a pretensão estatal não está sujeita a regras de prescrição, uma vez que os fins socioeducativos devem preponderar; e) uma pauta racional de condutas típicas e sanções é descabida, já que o magistrado deve ter discricionariedade para adequar a sanção às necessidades pedagógicas do agente; f) a medida não deve ter tempo determinado, prolongando-se enquanto se fizer necessária à recuperação do adolescente; g) a aplicação imediata da medida em acordo pré-processual não depende do consentimento do adolescente, pois que a exclusão do processo representa um benefício à disposição da discricionariedade do juiz; h) a confissão é prova suficiente para fundamentar a aplicação da medida; i) o processo infracional não gera coisa julgada, podendo o magistrado substituir livremente medidas anteriormente aplicadas para promover as adequações necessárias.

⁶⁶ O ECA apresenta diversas soluções conflitantes entre a legalidade e a informalidade. Se de um lado dispõe que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (art. 106), por outro autoriza a medida de internação por prazo indeterminado, porém não superior a três anos (art. 121, §§ 2º e 3º). De outro modo, regra geral o oferecimento da ação socioeducativa independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade (art. 182, § 2º), ainda que se afirme que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal” (art. 110). Outros exemplos são significativos, como a

Não é difícil perceber que o enfoque apresenta uma divisão inaceitável. Até certa medida recepciona o adolescente na identidade do mundo adulto, conferindo-lhe paridade ao atribuir garantias penais. Depois, anula referida identidade para afirmar a diferença, com o que derroga a legalidade para restaurar a perspectiva de proteção tutelar. O caminho, pelo visto, não cumpre a função a que se propõe, qual seja a de enfrentar o paradoxo contemporâneo, mas convenientemente contorna o dilema para ter de volta a determinação de proteger o adolescente, mesmo que para isso tenha de dispor de direitos fundamentais.

Claro está que a proposta se deixa abater pela força pendular que transita entre o passado e o futuro, com o risco recorrente de recuperar o imaginário tutelar revogado pela representação do adolescente livre⁶⁷. E sempre que se vale da discricionariedade da proteção acaba incorporando feição criminológica de cunho curativo e reparador, falhando também em distinguir a especialidade da jurisdição juvenil. É que a dicotomia “educar e punir” retoma a centralidade da atividade jurisdicional para selecionar os jovens que manifestam maior carência pedagógica por sua rebeldia em aceitar os laços sociais e de cidadania, atingindo facilmente a expressão do direito penal do autor, com o qual o poder do Estado tende a focar os que apresentam um modo de vida errático.

Assim, o que é ação socioeducativa facilmente se transmuda em domesticação, uma vez que ao revogar garantias de liberdades, mínimas que sejam, esvai-se plenamente a condição de sujeito de direitos, em todas as suas acepções, a do homem livre, a do partícipe da igualdade e a do detentor de autonomia. Isso se dá ainda que o discurso socioeducativo alimente a percepção de que a supressão de direitos de liberdade é legítima e implica na oferta de direitos sociais, a educação, a saúde e a assistência social, o que constitui surpreendente equívoco⁶⁸, principalmente por conceber que esses últimos se consolidam independentemente e em contrariedade aos primeiros. De fato, inexistem direitos sociais quando se abstrai o destino do homem de ser sujeito, pois cabe a ele projetar sua motivação e sua vontade nas ações educativas e

possibilidade de aplicação da medida de advertência com fundamento apenas em indícios de autoria (art. 114, § único), a equiparação entre medidas socioeducativas e de proteção (art. 112, inciso VII), a privação de liberdade na hipótese de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, sem apontar critérios objetivos para definir a gravidade da ameaça e violência (art. 122, inciso I), a previsão de internação provisória para assegurar a integridade física do agente (art. 174), a impossibilidade de recorrer em liberdade (art. 198, inciso VI), dentre outros.

⁶⁷ Afinal, não se consegue discernir quando o adolescente deve ser tratado como sujeito de direitos, integrante do discurso garantista, ou objeto de proteção, tutelado por ações sociais e pedagógicas.

⁶⁸ A doutrina da proteção integral consagrada no art. 1º do ECA impõe conjugar direitos de liberdade e direitos sociais, uma vez que considera a criança um outro ser igual no mundo adulto.

sociais. Ou é titular de demandas ou objeto dos desígnios do Estado Social, submisso aos fins dos quais não exerce qualquer controle. Não há direito mas antes submissão ao educar se não é contemplado o referencial da liberdade e da autonomia. A socioeducação ao se unir à sanção em realidades distintas de um mesmo ato jurídico, a medida socioeducativa, se ressentida dessa compreensão, declara o adolescente incapaz de dizer de sua educação, “assistencializa” as ações sociais e circunscreve o ser na lógica paternalista, aquela que afirma fazer o bem a quem não consegue distinguir a bondade⁶⁹.

Porquanto, do momento em que a proposição admite a convivência numa regra de atribuição de responsabilidade da coerção intrínseca à sanção com o propósito educativo, torna-se evidente a fragilidade de sua coerência interna. Se educar é tarefa de libertação, como propugna PAULO FREIRE⁷⁰, então descabe invocar a socioeducação como norma ou diretriz nas ações de apuração do ato infracional para dizer o direito no caso concreto. Seu papel, se indispensável, há de situar em lugar externo e alheio à sanção, distância imprescindível se pretende interferir no agir estatal.

Forçoso concluir, por hora, que a atitude de proteção não pode, ainda que excepcionalmente, turbar a condição de homem livre, com o uso de mecanismos consensuais que retiram da adolescência e de sua legislação especial os direitos de liberdade atribuídos ao imputável penal.

Ao avançar na análise da segunda linha de pensamento, impõe-se questionar se um movimento contrário ao que até então vem se discutindo não alcançaria o efeito que se espera obter de uma Justiça Juvenil, o de atribuir responsabilidade compatível com a vulnerabilidade da adolescência. Ou seja, e se houvesse uma exacerbação dos direitos de liberdade tal manobra seria eficaz para acolher as vicissitudes do processo de maturação do homem? Conferir mais direitos e garantias públicas tem o condão de resgatar as expectativas de proteção do adolescente?

Essa parece ser a esperança dos que acreditam na feição do modelo de responsabilidade construída na ideia do Direito Penal Juvenil. Nesse perfil, ocorre

⁶⁹ Sem liberdade e autonomia as ações educativas e sociais tomam perspectiva desjurisdicizada, com a qual deixam de ser direitos sociais e assumem a expressão paternalista da mera assistência.

⁷⁰ Na visão do pedagogo da libertação, educar compreende um ato existencial em que a pessoa busca a sua vocação de ser sujeito. A esse respeito, cf. *Pedagogia do oprimido*, p. 37: “A liberdade, que é uma conquista, e não uma doação, exige uma permanente busca. Busca permanente que só existe no ato responsável de quem a faz. Ninguém tem liberdade para ser livre: pelo contrário, luta por ela precisamente porque não a tem. Não é também a liberdade um ponto ideal, fora dos homens, ao qual inclusive eles se alienam. Não é ideia que se faça mito. É condição indispensável ao movimento em que estão inscritos os homens como seres inconclusos”.

indiscutível ênfase, como ressaltam SARAIVA⁷¹ e BELOFF⁷², no estabelecimento de um *plus* de direitos de liberdade, com o que seria possível mitigar a força da reação estatal ao cometimento do fato ilícito, atribuir-lhe o conceito de intervenção mínima e distinguir a persecução da medida socioeducativa daquela que orienta os institutos penais. É fato que as legislações juvenis são pródigas ao fixar preceitos exclusivos, dado que estipula a brevidade e excepcionalidade da privação de liberdade, prevê o instituto do perdão simples com a dispensa da pretensão sancionadora, dispõe prazo prescricional mais curto, restringe a publicidade do processo, protege a imagem do infrator, prescreve a regra da apresentação imediata ao Ministério Público em caso de flagrante, fixa medida cautelar de internação provisória em prazo exíguo e peremptório, determina a obrigatoriedade de notificação dos pais para os atos processuais, prevê o atendimento por equipe interprofissional e a especialização dos órgãos estatais, confere celeridade e prioridade ao processo em detrimento de outros feitos, entre tantos outros.

Os destaques facilmente induzem concluir que os cuidados de proteção devem residir num sistema particular de garantias extraordinárias, com limites rígidos que enquadram tanto a cominação de sanções quanto os atos processuais. A defesa é de que a sobrevalorização da legalidade atinge numa única investida a representação do adolescente livre e aquela do adolescente necessitado de cuidados especiais, dado o desenvolvimento de aptidões biológicas, sociais, morais e culturais.

O pensamento resulta, como se vê, de contundente repúdio ao modelo tutelar vigente na quase totalidade do século XX, no qual a doutrina do bem-estar social atingiu seu esplendor e fez suprimir as liberdades individuais para ressaltar o Estado

⁷¹ Cf. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*, p. 92-93: “Assim se impõe que se faça compreendido o que se diz Direito Penal Juvenil, adjetivo que qualifica este Direito Penal. Incorpora seus preceitos garantistas e lhe restringe o foco de atuação à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que desfruta o adolescente, amplificando aquelas garantias em face da condição diferenciada ostentada pelo sujeito dessa norma. A ideia dessa nova ordem, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e expressa no Estatuto, é no sentido de garantir ao adolescente a que se atribui a prática de uma conduta infracional o asseguramento de todas as garantias processuais que desfruta o imputado em um processo penal de adultos, mais aquelas outras que são próprias da condição adolescente, daí por que ser este Direito Penal, Juvenil”. Cf., ainda, IDEM, *Adolescente em conflito com a lei*: da indiferença à proteção integral, uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil, p. 56: “Por isso se reconhecem todos os direitos que têm todas as pessoas, mais um *plus* de direitos específicos precisamente por reconhecer-se que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.”

⁷² Cf. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, p. 100: “Es importante insistir en que en un modelo de protección integral de derechos la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos, precisamente, por esa circunstancia peculiar, cuentan con algunos derechos extras, además de los que tienen todas las personas. Ese es el fundamento, entre otros, de un sistema de responsabilidad penal juvenil”.

providência na proteção do menor incapaz. Constitui, igualmente, reação às iniquidades sempre concretas quando o homem, em qualquer expressão de fragilidade, é tomado como objeto de proteção do poder constituído, uma vez que não raro suas necessidades são convertidas em instrumentos de pretensões dos agentes protetores, anulando a dignidade afeta à pessoa humana e que deveria caracterizar o agente protegido⁷³.

O problema é que a crítica à doutrina tutelar não comporta uma visão dedicada a tão-só potencializar o Estado Democrático de Direito. Concentrar esforços em direitos individuais, malgrado ser necessário e de indiscutível importância, envolve o risco demasiadamente caro de depositar todos os anseios nas liberdades públicas, pois que sugere a formalização extrema da Justiça Juvenil com a supressão da materialidade que a democratização do Estado tem por destino realizar. O afã de que mecanismos liberais e de respeito à individualidade ao serem elevados a potenciais máximos possam manifestar as atenções que somente os direitos sociais veiculam é algo que não resiste a uma avaliação mais detida. Não é possível traduzir na legalidade do Estado Democrático todos os problemas oriundos da interação com o adolescente infrator, extinguir as referências ao Estado Social ou relegá-las a um segundo plano. Efetivamente, é ainda papel estatal o de renovar o diálogo do ofensor com a sociedade temerosa com a transgressão de bens jurídicos de relevo, o de confrontá-lo com as consequências de suas ações, o de imputar ao social referenciais compatíveis aos reclamos do adolescente, o de atender as demandas do indivíduo em formação, o de apresentar e discutir novos significados para sua vida, o de amparar caminhos outros em oferta pelo sistema ou estipulados pelo próprio jovem, enfim o de socioeducar com e para a autonomia.

Sendo assim, o Direito Penal Juvenil não enfrenta diretamente o paradoxo contemporâneo, ao vislumbrar o adolescente livre sem conseguir interagir, em termos próprios, com a liberdade irrealizável. E mais, não resulta atribuir centralidade aos direitos sociais, insistindo em vazios formalistas, porquanto planeja liberdades absolutas como referências ao Estado Democrático e Material de Direito.

Por fim, não consegue se desvencilhar do engodo que representa a figura híbrida da medida socioeducativa, o que se deixa antever tanto em SARAIVA⁷⁴ quanto em

⁷³ No melhor estilo, o guardião só alcança seu mister se assumir posição superior e fizer de seu pupilo uma não-pessoa, reunindo a autoridade essencial a conduzi-lo a uma vida livre na maturidade.

⁷⁴ Cf. *op. cit.*, p. 70-71: “Tem, pois, a medida socioeducativa uma natureza penal juvenil. Penal enquanto modelo de responsabilização, limitado pelas garantias expressas no ordenamento jurídico. Juvenil

KONZEN⁷⁵, permanecendo incólume a crise hermenêutica que afirma solucionar⁷⁶. Na importância que confere à legalidade só aparentemente a cisão é desfeita, já que o sentido da sanção sobrevive, imerso em contradições, no propósito educativo.

1.3.2. Socioeducação e o problema da desjurisdicização.

A análise das duas primeiras correntes que propõem dirimir o dilema do modelo de responsabilidade já permite inferir que a questão primeira da Justiça Juvenil só alcança resposta uma vez definido que perfil a socioeducação assume no interior do sistema.

Se a difícil convivência da identidade presente no sujeito de direitos com a diferença inscrita no carente de proteção impõe estipular certa flexibilidade à legalidade, então o plano de tal desjurisdicização há de encontrar fisionomia nos termos pelos quais a sociedade deseja exercitar o poder estatal para integrar o jovem infrator ao pacto da vida harmônica. Reside aí a atitude de proteção que tanto preocupa os teóricos quando afirmam ser o adolescente um ser imputável no âmbito de uma técnica especial de sanção.

enquanto legislação especial, nos termos expressos pelo art. 228 da CRFB, com nítida finalidade educativa, sem desprezar sua eficiente carga retributiva e consequente reprovabilidade da conduta sancionada.

⁷⁵ Cf. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*, p. 91: “As considerações sobre os significados material e instrumental da medida socioeducativa permitem, à guisa de conclusão, identificar a sua natureza jurídica. Ou seja, em solução à questão geral, no sentido de se saber o que é a medida socioeducativa, percebe-se a presença de uma resposta estatal de cunho afliitivo para o destinatário, ao mesmo tempo em que se pretende, com a incidência de técnicas da pedagogia, a adequada (re)inserção social e familiar do autor de ato infracional. Assim, se a medida socioeducativa tem características essenciais não-uniformes, pode-se concluir pela *complexidade de sua natureza jurídica*. A substância é penal. A finalidade deve ser pedagógica”. De maneira semelhante a conclusão de Wilson Donizeti LIBERATI, *Adolescente e ato infracional: medida sócio-educativa é pena?*, p. 128: “De tudo o que foi dito sobre as medidas sócio-educativas, pode-se concluir que elas representam a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvidas com finalidade pedagógica-educativa”.

⁷⁶ É o que se depreende também da exposição de motivos da Lei Orgânica nº 5/2000, de 12 de janeiro, que instituiu na Espanha a responsabilidade penal de menores. Um dos princípios orientadores da norma está na natureza formalmente penal porém materialmente sancionadora-educativa do procedimento e das medidas aplicáveis aos infratores menores de idade. O pensamento do legislador espanhol é bastante claro ao conceber a medida como instituto de natureza formalmente penal e materialmente educativo. Cf. o texto integral da exposição de motivos em Manuel Jesús DOLZ-LAGO, *Comentarios a la legislación penal de menores*: incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006, p. 317-324.

Nesse mister, as duas linhas de pensamento estudadas apresentam, como visto, distintas opções. A primeira informa ser a socioeducação um elemento da medida, cuja natureza é cindida em sancionar e educar, operação que se dá no intento de conferir à sanção cunho instrumental e uma finalidade educativa. A segunda compreende a socioeducação como o exercício da liberdade cidadã através de direitos extraordinários, considerando que o jovem infrator, ao se perceber um integrante destacado da comunidade jurídica, galga posição essencial que lhe permite renovar sua perspectiva de interação com a sociedade. E com isso, a exemplo do que propõe a primeira, essa outra também acaba por convergir sanção e socioeducação numa estranha unidade.

Contudo, nem a proposta do Direito Socioeducativo, com a “sanção preferencialmente pedagógica”, nem os desígnios do Direito Penal Juvenil parecem cumprir o que é prometido, qual seja oferecer ao adolescente caminho democrático para a compreensão crítica de sua existência.

Socioeducação evoca integração de pessoas aos valores que informam o consenso estruturante do poder político, econômico e social, através de um processo de compreensão e afirmação dialógica, em que há contínua ruptura e repactuação de laços que se renovam. É, portanto, um dado existencial, com o que o homem assume responsabilidade para a formação e transformação das matrizes do consenso no tempo e no espaço, tornando-se protagonista da textura social. Tem na referência com o outro a tarefa de pesquisa, desconstrução, entendimento e instituição dos laços que unificam os interesses da comunidade, descobrindo-se pessoa livre enquanto sujeito do processo⁷⁷. Pressupõe a capacidade de decisão e de escolha dos temas e das diretrizes que serão marcantes para o convívio que se estabelece e se inova mediante novas escolhas. Remete o homem à assunção do destino que é próprio e também do outro, ao estar no mundo e com o mundo, posição da qual consegue problematizar sua condição histórica e compartilhar a tarefa de compreender, conhecer e decidir, assumindo compromissos. Na qualidade de integração, a socioeducação é uma constante porque envolve um descobrir a si mesmo no outro através dos desafios objetivos que o mundo oferece, tendo o homem de admitir, com humildade, que é um ser inconcluso e incapaz de sustentar em si verdades absolutas, a menos que interrompa o agir criador e comunicativo. É também intersubjetividade porque no diálogo a integração se

⁷⁷ Assim, o consenso social não é fruto de um pacto abstrato de convivência, e sim um pacto desenhado e eternamente redesenhado na existência.

materializa como autêntico aprendizado, processo que pressupõe a autonomia e se destina à liberdade na busca que visa alcançar compromissos, manifestar intenções e fundar a comunidade política.

Sob essa ótica, a socioeducação compreende uma relação horizontal que se realiza pela atitude crítica e pelo senso de responsabilidade com a existência e, assim, sem que possa desgarrar-se, responsabilidade também com a história, pois resulta em parâmetros de convivência. Socioeducador e socioeducando são dois iguais a investigar o tema de seu tempo, sujeitos de sua busca.

Tal perspectiva assenta raízes na pedagogia da libertação de PAULO FREIRE⁷⁸, em muito por afirmar a socioeducação como instrumento a realizar a dignidade humana, com o que a adolescência há de ser destinada à adolescência, a finalidade circunscrita a fazer do adolescente um adolescente, sem que possa ser reduzido aos fins da idade adulta⁷⁹. Socioeducar como prática da liberdade toma de partida o respeito ao jovem, ao considerá-lo um fim em si e não um meio para realização de interesses alheios, manifestados seja por um grupo de poder seja pela sociedade que o segrega, o marginaliza ou simplesmente o apreende como uma utilidade da aspiração de paz. Cuida de afirmar a existência presente inscrita na liberdade, autonomia e igualdade, sem abstrair o ser livre na dependência que revela pela necessidade de cuidados, atenção e afeto. Não se limita à existência futura na liberdade nem se contenta com o formalismo de liberdades que não contemplem as diferenças de uma personalidade em desenvolvimento.

Mas, dizer de uma socioeducação libertadora presume pessoas oprimidas em seu modo próprio de existir. Assim, o que pode inspirar no humano a condição existencial subjugada?

O fato da opressão advém da violência que implica qualquer relação de dominação e de impotência que envolve a pessoa e a impede de se realizar através de

⁷⁸ No sentido que o autor empresta ao termo educar para a liberdade enquanto alcance do ato responsável, que implica a integração através do diálogo crítico e livre. Cf. *Educação como prática da liberdade*, p. 52: “Por isso, desde já, saliente-se a necessidade de uma permanente atitude crítica, único modo pelo qual o homem realizará sua vocação natural de integrar-se, superando a atitude do simples ajustamento ou acomodação, apreendendo temas e tarefas de sua época”. E mais à frente, *op. cit.*, p. 66: “É exatamente por isso que a responsabilidade é um dado existencial. Daí não poder ser ela incorporada ao homem intelectualmente, mas vivencialmente. No assistencialismo não há responsabilidade. Não há decisão. Só há gestos que revelam passividade e ‘domesticação’ do homem”.

⁷⁹ Nos termos empregados, linhas atrás, acerca do significado da liberdade na infância. Cf. item 1.2 supra.

um pensar livre, crítico e situado na história. Como assinala PAULO FREIRE⁸⁰, a opressão da consciência intransitiva, que não dialoga o tema de seu tempo, não problematiza, não decide e não alcança a responsabilidade social e política. Via de consequência, a pessoa que não é sujeito, mas objeto dos valores do consenso que estrutura o poder e modela a socialização. É destinatária de regras, mas ao não compreender de que modo são concebidas e prescritas mantém-se passiva e não deflagra seu potencial para interagir nesse processo.

A socioeducação dialógica é a que exprime concordância com o modo de vida democrático⁸¹, que no tempo atual ainda procura se firmar, mormente quando desafia a família, a sociedade e o Estado na forma de considerar crianças e adolescentes sujeitos de direitos. As relações horizontais que tal consideração estipula preservam o adolescente na sua identidade humana, sujeito de liberdades, e na sua diferença, sujeito de proteção, uma vez que o insere no diálogo com o outro, interação na qual compartilha a forma como a autoridade dos pais, do mestre e do Estado se institui. Autoridade⁸² construída na igualdade, com a mútua liberdade de expressão. O adolescente livre na fala e protegido na acolhida da integração, que não o abandona à solidão do falar.

Vê-se que o início da relação socioeducativa reside no consentimento e o prosseguir na autonomia da vontade. Isso porque a socioeducação deve tomar o ato infracional não como hipótese para a sanção, e sim como tema de um debate. O ato ilícito é ponto aberto na problematização da existência, meio pelo qual o infrator pode objetivar sua ação e atribuir sentidos novos, além daqueles que motivaram a consumação da conduta. Cabe ao socioeducador mediar esse diálogo do infrator com a sociedade, ressaltar descobertas e apontar os preceitos de consenso que ambos,

⁸⁰ *Ibid.*, p. 68: “O que pretendemos significar com a consciência ‘intransitiva’ é a limitação de sua esfera de apreensão. É sua impermeabilidade a desafios situados fora da órbita vegetativa. Neste sentido e só neste sentido, é que a intransitividade representa quase um compromisso do homem com a existência”. De forma esclarecedora, o conceito de consciência transitiva aparece em Francisco C. WEFFORT, Educação e política: reflexões sociológicas sobre uma pedagogia da liberdade, *Educação como prática da liberdade*, p. 25: “A ‘consciência transitiva’ significa, segundo este ensaio, o reconhecimento da consciência histórica”.

⁸¹ *Ibid.*, p. 103: “Quanto mais crítico um grupo humano, tanto mais democrático e permeável, em regra. Tanto mais democrático, quanto mais ligado às condições de sua circunstância”.

⁸² Cf. *Pedagogia do oprimido*, p. 79: “Desta maneira, o educador já não é o que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em diálogo com o educando que, ao ser educado, também educa. Ambos, assim, se tornam sujeitos do processo em que crescem juntos e em que os ‘argumentos de autoridade’ já não valem. Em que, para ser-se, funcionalmente, autoridade, se necessita de *estar sendo com as liberdades e não contra elas*”. Grifos do autor.

socioeducador e o socioeducando, paulatinamente identificam como próprios. O compromisso se origina do convencimento criador de intenções, que se formam firmes e coerentes, pois surgem dos propósitos de vida do infrator mesclados aos propósitos da sociedade, num emergir que se faz simultâneo e contínuo.

Daí concluir que o Direito da Socioeducação, unindo na resposta estatal ao cometimento do fato típico, ilícito e culpável parcelas de sanção e socioeducação, promove prática antidialógica. Associar coerção à atitude de socioeducar suprime a integração e exalta a socialização bancária⁸³. O hibridismo exige a queda inexorável do pressuposto da liberdade, o que altera radicalmente o cenário. A natureza cindida da medida esvazia, por ser imperativa, o sentido existencial do ato educativo, exceto se se imaginar válido prescrever a alguém uma mudança no modo de ser, com tempo certo para migrar de uma conduta errática a uma conduta cidadã. A concepção compreende a obrigação de fazer e não-fazer constante nas medidas de meio aberto, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, e a privação de liberdade na internação como um modo de compreender a vida em sociedade, quando nada mais é do que pura coação.

Duas proposições simétricas resultam da natureza complexa da medida. Uma é a submissão do adolescente a prescrições de mudanças subjetivas, um pensamento totalitário e extremamente ofensivo à dignidade humana, como denuncia ROSA⁸⁴. Nela, o sujeito de direitos é reduzido a objeto de um ideal pedagógico, em evidente arbítrio, já que só consegue se livrar da execução se comprovar a efetiva transformação interna⁸⁵. A

⁸³ PAULO FREIRE refere-se à educação bancária como o método discursivo de educação, no qual o mestre detém o conhecimento que é doado aos alunos por meio de exposições e depois cobrado na avaliação. Nesse sentido, cf. *ibid.*, p. 91: “Por isto, o diálogo é uma exigência existencial. E, se ele é o encontro em que se solidarizam o refletir e o agir de seus sujeitos endereçados ao mundo a ser transformado e humanizado, não pode reduzir-se a um ato de depositar ideias de um sujeito no outro, nem tampouco tornar-se simples troca de ideias a serem consumidas pelos permutantes”.

⁸⁴ Cf. *op. cit.*, p. 2: “O adolescente, antecipe-se, é um outro. Por mais que possa parecer estranho, o juiz não pode se confundir com a posição de pai, ainda que atue como substituto da Lei do Pai. Não congrega condições, eticamente, de impor uma modificação subjetiva. Se assim o fizer, ocupa a posição de canalha. É preciso respeitar-se as posições do adolescente. Para isso é necessário que se o respeite, como sujeito, abjurando a posição de inferioridade, para o tomar como o outro. Por certo o desejo dos genitores e do próprio Poder Judiciário, por seus atores, irrompe o ato infracional, mormente querendo imaginariamente fazer o (seu) bem. Ao movimento do adolescente de se rebelar, de deixar de ser o objeto de desejo de seus pais, surge, não raro, a Instituição para realinhar o adolescente, então objetificado, ao desejo dos pais, ocasionando, muitas vezes, o agravamento subjetivo do adolescente e o desconsiderando como sujeito. A bondade que movimenta as ações na seara da infância e juventude é totalitária.”

⁸⁵ O adolescente não é sujeito de sua busca, mas objeto de prescrições alheias à adolescência e às singularidades do indivíduo. Sua existência sofre inexplicável abstração, uma vez que não é agente de um consenso integrador, mas um ser passivo, coagido e domesticável. Sua conduta é problematizada em perspectivas estranhas à visão de mundo que domina e com a qual se comunica. Tem contra si a

extinção da medida cinge-se ao juízo de avaliação da experiência de mudança que o adolescente demonstra ter vivenciado. A outra é que a socioeducação se desfaz da posição que deveria ter enquanto categoria de direito social e, uma vez que o agente é objetivado em ideais, ganha conotação tutelar e de fins assistencialistas. Não há integração no ato de socioeducar, e sim acomodação⁸⁶. O socioeducando não entende o sentido pedagógico por não ser algo que ele mesmo possa definir. Então, resta se adaptar e sujeitar-se ao mandamento imposto, sem nada acrescentar a sua visão de mundo.

Em igual medida, o Direito Penal Juvenil não recepciona a socioeducação dialógica, dado que contextualiza a medida nos exíguos termos da legalidade, quando deveria galgar, através do modo de vida democrático, espaços flexíveis de interação do adolescente com a sociedade. Com a tônica no *plus* de direitos e garantias espera-se alcançar a vulnerabilidade juvenil, porém a integração exige mais do que o diálogo formal dos direitos de liberdade. Antes, pressupõe a convivência, relações encetadas na espontaneidade, a disposição de ouvir sem estar obrigado a tal, o encontro do ser e do outro num tema comum e historicamente situado, o cuidado com destinos que podem ser mais do que a desesperança do presente e a preocupação de formar consciências críticas e livres, só assim capazes de entabular normas sociais.

Ademais, a comunicação apta a gerar entendimento, compromisso e responsabilidade não se dá sob a estrutura coercitiva que caracteriza o processo infracional, onde há a perseguição de uma conduta e o acertamento de uma sanção. Nele se cumpre papel importante no respeito à dignidade do adolescente, esse considerado na identidade do homem. Mas, ao formalizar o diálogo, torna-se inapto a problematizar a existência, estabelecer empatia entre os interlocutores e iniciar percurso de autêntica criação. O diálogo que a integração exige se dá no plano de absoluta igualdade, o que só pode ser instaurado para além do processo judicial.

imposição de metas atribuídas pelo ideal da racionalidade adulta, o que facilmente se desvela nas normas que fixam a cominação de medidas por prazo indeterminado, com as quais a qualquer tempo da execução pode o jovem ser liberado da sanção, se constatada sua conformação aos parâmetros de cidadania socialmente aceitos, como também, dada a frustração dos fins socioeducativos, persistir indefinidamente.

⁸⁶ A desjurisdicização do atendimento socioeducativo é patente. O consentimento para a atividade socioeducativa é dispensado e, quando não, constitui uma formalidade sem sentido prático, ao ter por base ato declaradamente sancionador, ainda que se intitule pedagógico. Não há autonomia no processo nem resulta ele formar indivíduo autônomo e capaz de dialogar com a sociedade, de optar, de decidir e de assumir responsabilidade política na construção do consenso. Na ausência de liberdade, a socioeducação abandona a conotação jurídica, reduzindo-se à mera filantropia. Educação e saúde são doados, em perfeita assistência paternalista.

Sendo assim, de que forma a terceira corrente do modelo de responsabilidade, a do Direito Infracional, atende a uma perspectiva de socioeducação enquanto efetiva integração? E, conseqüentemente, em que critério ela deposita o fator de flexibilização da legalidade? Ou, em outros termos, a que ponto dirige a atitude de proteção, de modo a evidenciar a vulnerabilidade do adolescente sem destituí-lo da perspectiva de igualdade com o mundo adulto?

Essa última linha de pensamento acolhe a medida socioeducativa como ato de sanção⁸⁷, por ser eticamente inválido conferir a ela um elemento ou uma finalidade educativa. Contudo, não confia ao fenômeno jurídico a integralidade de tudo aquilo que a sociedade ainda pode dizer à adolescência, em especial quando da prática do delito. Não é bastante, embora de indiscutível essencialidade, emprestar ao infrator a titularidade de liberdades que o adulto já conhece no direito penal e outras extraordinárias, como a presença do pai na realização do ato processual. Não é suficiente propugnar por uma intervenção mínima. A tolerância deve ter valor propositivo. A distinção da adolescência há de transcender a omissão do Estado Liberal e destinar ao Estado Social o papel de promover o diálogo, aproximar vidas e confrontar as intenções de futuro numa existência senhora dos caminhos que a comunidade afirma legítimos. Nesse pisar, a atitude de proteção recai sobre a sanção. Aí deve operar o mecanismo de flexibilização dos imperativos da legalidade, abrandando a resposta estatal para possibilitar a oferta de ações positivas, as quais, vinculadas ao consentimento do infrator⁸⁸, devem induzir sua participação em rotinas sociais e serem capazes de tematizar os dramas dispostos na violência.

Como se vê, a legalidade constitui o ponto de partida, o eixo central da Justiça Juvenil, a partir da qual a medida socioeducativa informa retribuição. É só na necessidade de integrar o adolescente na dinâmica criadora de laços sociais que surge a norma que determina flexibilizar a sanção em nome de oportunidades de convivência familiar e comunitária. O âmbito normativo do Direito Infracional se completa, portanto, em legalidade e desjurisdicização, dois princípios que se contradizem e se

⁸⁷ Cf. Alexandre Morais da ROSA, *op. cit.*, p. 221: “Isso porque pela construção efetivada, o fundamento da medida socioeducativa é agnóstico, como indica Carvalho, sendo antidemocrática qualquer pretensão de reforma interior ou moral do adolescente, na linha fascista da Defesa Social. A secularização antes indicada impede a análise incontrolável, por infalsificável, da subjetividade do agente. A atuação constitucionalizada do Poder Estatal é o de aplicar isonomicamente a medida socioeducativa, independentemente de critérios subjetivos e incontrolados, tudo de maneira fundamentada e falsificável”.

⁸⁸ Sem o qual não haveria socioeducação, e sim domesticação.

harmonizam para estruturar a cominação de sanções, fixar as regras processuais e estabelecer a fronteira entre a Justiça Juvenil e a Penal.

Em suma, é preciso definir o Estado em dois momentos distintos. No Estado jurisdição há persecução do ato infracional, julgamento e execução da medida, seja de meio aberto ou fechado. No Estado Social há políticas públicas integradas e em parceria com a sociedade para envolver o adolescente em atividades socioeducativas, pautadas na liberdade e na autonomia. Distinguir uma expressão estatal da outra se faz distinguindo a medida de mera retribuição⁸⁹ da tutela educativa como atividade vinculada ao consentimento, de rol variado e não taxativo. O essencial dessa distinção é que a capacidade de mudança de atitude frente ao laço social deixa de ser critério de julgamento e execução. A medida passa a ser aplicada e executada independentemente de mudanças subjetivas, porquanto coerção judicial, ao passo que a socioeducação se realiza independentemente da constrição estatal, vez que ato de educar em liberdade. No plano que divide o poder jurisdicional do Estado Social os fins do Direito Infracional se restringem a estabelecer padrões de tolerância, na intenção de comutar repressão por integração.

Mais diretamente, o Direito Infracional se investe de visão agnóstica e desafia a possibilidade do perdão. A medida é coerção e instrumento de defesa social. É repreensão e, nessa qualidade, incompatível com soluções discricionárias que mitigam direitos de liberdade. É censura e intervenção estatal que toca preceitos básicos à condição humana, como a autonomia e o direito de ir e vir.

Já a socioeducação é a ação dialógica⁹⁰ que o consenso torna possível, um âmbito alheio ao direito sancionador e incapaz de emprestar atributo à medida. É o que resulta da desjurisdicização e o que a justiça confia à sociedade, um papel que a responsabilização em si não pode cumprir, o de prestar solidariedade à pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, uma vez que a socioeducação opera no concreto da existência e não na abstração do jurídico. É processo de libertação da consciência oprimida, tarefa que não se alinha à coerção, pois tem matriz no amor, na humildade, na fé e na confiança.

⁸⁹ Obrigação de fazer na prestação de serviços à comunidade, restrição de direitos na liberdade assistida e privação de liberdade na internação.

⁹⁰ Cf. *Educação como prática da liberdade*, p. 115: “E o que é diálogo? É uma relação horizontal de A com B. Nasce de uma matriz crítica e gera criticidade (Jaspers). Nutre-se do amor, da humildade, da esperança, da fé, da confiança. Por isso, só diálogo comunica”.

Na prática, o que informa conteúdo de tolerância do Direito Infracional é o de que o cometimento do ilícito na adolescência tanto gera uma pretensão estatal de sancionar, o que faz através de medidas, quanto a obrigação de socioeducar, o que deve fazer através do atendimento socioeducativo, baseado em ação dialógica e respeitando a demanda manifestada pelo indivíduo. O sentido da flexibilização da legalidade está apenas em mitigar a sanção e restringir a privação de liberdade a fatos realmente graves e excepcionais, no desiderato de remeter o infrator à convivência comunitária e familiar, o espaço da verdadeira socioeducação.

1.4. Desafios do modelo de responsabilidade.

O que há de crítico no conteúdo que informa o Direito Infracional?

Foi dito que a libertação do adolescente, ao recepcioná-lo na legalidade, lançou ao vazio o debate secular que anima a dicotomia “educar e punir”. Em seu lugar, impõe-se atual o dilema “sancionar e perdoar”. Isso porque a perspectiva da responsabilidade centra as indagações referidas à infração do adolescente na sanção agnóstica, a qual, ao seu tempo, desafia perguntas próprias e introduz na Justiça Juvenil temática estranha e significativamente desestabilizadora, considerando o referencial do modelo tutelar e seus padrões de validade em vigor no passado.

O cerne gravita agora em questões até então inexistentes. Quando sancionar, quando fazê-lo com rigor, quando abrandar a sanção e quando perdoar?

Observe-se que há algo em aberta contradição nessa feição inovadora. A jurisdicação das relações encetadas na violência juvenil é desafiada, para seu espanto, ao caminho de volta, o da desjurisdicação, mas nesse momento para informar um valor de tolerância⁹¹, pois que o tema da educação, ao lado de todas as medidas de

⁹¹ A tolerância de que se fala é a propositiva, aquela que devolve o infrator ao ambiente familiar e comunitário e convoca esse espaço de interação a retomar o diálogo rompido com o agressor. O fazer-se livre na legalidade adulta, uma conquista tão árdua à infância e adolescência, implica o desfazer e vice-versa, em caminho de idas e vindas. Nesse sentido, cf. Maurício Neves de JESUS, *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*, p. 159: “A tolerância no Direito Infância-Juvenil é uma via de mão dupla: do Estado, da sociedade, da comunidade e da família em relação aos adolescentes que mantêm comportamento anti-social e destes em relação àqueles, que não cumprem sua parte no contrato social de garantia de direitos. Falar em tolerância, em diversidade e em alteridade não é apenas a aceitação do outro: é uma melhor compreensão de nós mesmos, do que fizemos e do que faremos no convívio em sociedade.”

proteção requeridas pelo indivíduo, desgarrou-se do matiz de coerção atribuída ao direito, uma vez ciente de que só na liberdade os direitos sociais são concretos.

O que surge é que não há como traçar plano alheio a essa contradição, já que não é possível perder o pressuposto da liberdade nem tem como deixar de flexibilizá-la no imperativo do diálogo com a sociedade. A tradução desse processo está em que a desconstrução da legalidade tem compulsoriamente nela o ponto de partida e também o de chegada. O acordo liminar do processo sumaríssimo (remissão) que permite afastar a formalidade da lei, abrandando a sanção ou aplicando o perdão, não dispensa as garantias públicas e, o que é vital, só ganha legitimidade ao presumir o não-acordo, a imposição da sanção nos termos que a lei permite e a possibilidade do adolescente solicitar o contraditório, com a instauração do processo ordinário.

Com isso, o sistema ganha caráter próprio. Diferente de estruturar o modelo na informalidade é concebê-lo na formalidade que tende à distensão, pois alcançam relevo os critérios que promovem a flexibilidade. A força que distende é o elemento que define o perfil da Justiça. A socioeducação é o ponto que caracteriza, não a medida em si mas antes a própria atividade judicante e a política infracional.

O embate que notabiliza as forças contraditórias de jurisdicização e desjurisdicização não nasceu, é verdade, nas legislações nacionais. Antes, teve origem em documentos que difundiram o modelo de responsabilidade no direito positivo dos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU). Com efeito, há uma dupla recomendação em tratados como a Convenção de Direitos da Criança, as Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing), Regra das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de Riad). De um lado determinam aplicar a reserva legal, assegurando igualdade e identidade do adolescente com o adulto. De outro estabelecem o princípio da excepcionalidade e brevidade das medidas de privação de liberdade, com o qual buscam acolher as distinções da adolescência na regra de que a convivência familiar e comunitária tem valor preponderante.

Assim, um novo dilema se instaura e, como o antecedente, se apresenta excessivamente conflitante, uma vez que tem como norte garantir que o jovem mantenha os liames sociais e afetivos e, desse modo, possa estabelecer as interações imprescindíveis a uma socioeducação integradora. É peculiar a pesquisa acerca do ponto

no qual reside a fragilidade da adolescência, dado ser incômodo o paradigma de igualdade que se estabelece com o infrator, abandonando-o ao tecnicismo jurídico quando resiste destemida a vontade de abraçá-lo numa empatia com o modo de viver harmônico, plural e abertamente complexo da atualidade democrática. Em direção oposta se impõe igualmente ressonante o clamor por segurança, nos quais a ânsia por defesa social se legitima em prol da segregação do autor de fatos graves, principalmente quando há ameaça ou violência a pessoa.

A linha demarcatória não se deixa revelar de forma precisa. A dicotomia “sancionar e perdoar” constitui o ponto crítico que ameaça a estabilidade dos conceitos e das instituições, já que a afirmação da excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade toca todo o arcabouço normativo, exibindo suas marcas desde quando da cominação da medida até o momento da persecução do ato infracional.

De qualquer forma, ainda que em meio ao ensaio de intrigantes sobressaltos, é no confronto entre legalidade e flexibilidade, jurisdição e desjurisdicização, segregação e convivência social que emerge o discurso estruturador da Justiça Juvenil contemporânea. E nesse desafio o modelo de responsabilidade busca sua estabilização.

2. A CRIANÇA NO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO.

A questão que usualmente se impõe determinante na violência juvenil indaga se é válido confrontar o adolescente diretamente com a ordem normativa ou se tal proceder deve ser mediado por carências resultantes da vulnerabilidade manifesta na idade.

O dilema coloca em pauta duas perspectivas distintas. Uma admite que de partida as normas dirigem pretensões legítimas em detrimento do jovem, enquanto destinatário de expectativas oriundas de interesses manifestados pela sociedade. Neste sentido, regras abstratas, sejam sociais, morais ou jurídicas, vigorariam na adolescência em sua generalidade, uma vez que a princípio mesmo os jovens têm responsabilidade e estão adstritos aos reclamos da vida em comunidade.

Já em outra tese prevalece a ideia de que a pessoa em desenvolvimento, em razão de sua natural hipossuficiência, só pode ser disposta perante a normatividade se presentes os fins de resgate de condições pessoais desfavoráveis, perceptíveis na necessidade de tratamento, proteção, educação ou segurança. Nesse trilhar, seria imprescindível definir uma situação irregular ou uma demanda pessoal, de cunho pedagógico ou de proteção, a legitimar a prescrição de caminhos e a conformação do jovem infrator ao ideal de convivência comunitária.

Ou seja, no primeiro pensamento o jovem é livre e, portanto, submisso ao que a norma obriga e credor dos direitos que ela confere; no segundo, o jovem é um ser determinado e determinável pelo meio que o circunda e, como tal, objeto de obrigações da sociedade consubstanciadas no dever de tratar, proteger, educar e assegurar.

2.1. A idade do discernimento.

O debate do livre arbítrio e do determinismo pontua de forma significativa a questão juvenil. Para observar a importância do tema, basta lançar um olhar nos caminhos que marcaram o perfil da Justiça especializada na história recente, ora direcionada à jurisdicação ora à desjurisdicação.

No Brasil do século XIX, um tímido prenúncio da justiça menorista que viria a se consolidar décadas depois contemplava um curioso traço de legalidade, ao situar a

criança na esfera do direito penal e, assim, concebê-la um sujeito de direitos e obrigações penais na maneira igual a qualquer adulto. Isso porque o maior de sete anos já podia ser julgado criminoso se obrasse com discernimento, por força dos arts. 10º, § 1º, e 13 do Código Penal do Império, de 16 de dezembro de 1830. Malgrado a imputabilidade penal estabelecida mediante a comprovação do elemento psicológico pudesse fixar a infância na égide da legalidade e das regras processuais então legitimadoras do julgamento conforme, a indistinção de crianças e adultos só não era perfeita em razão da existência de medidas diferenciadas de pena. A condenação implicava no recolhimento do infante a casas de correção por tempo indeterminado e segundo o critério de conveniência fixado pelo magistrado, livrando-se solto ao completar a idade de dezessete anos.

Como se vê, a Justiça Penal exercia função suplementar, dado que responsável pela correção de crianças e jovens. A valoração da idade implicava em duas nuances discricionárias, a afirmação do discernimento, à época já objeto de duras críticas de BARRETO⁹² por identificá-lo como fonte de abusos, e a indeterminação na duração da medida. Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, e o advento do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, o Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, o cenário pouco alterou e a Justiça ordinária manteve-se com atribuições para o julgamento da criança⁹³.

O exemplo brasileiro refletia a circunstância vivenciada nos países do mundo ocidental, lembrando que a corte de menores (*Children's Court*) surgiu nos Estados Unidos apenas em 1899⁹⁴.

⁹² Cf. *Menores e loucos em direito criminal*, p. 14: “É, porém, para lastimar que, aproveitando-se da doutrina do art. 66 e seguintes do *Code Pénal*, o nosso legislador tivesse, no art. 13, consagrado a singular *theoria do discernimento*, que pode abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espetáculo doloroso”.

⁹³ O primeiro código penal do Brasil republicano alterou levemente a idade penal. O diploma de 1830 estabelecia a imputabilidade relativa dos sete aos catorze anos, a depender da prova do discernimento. A nova lei, em seus arts. 27, §§ 1º e 2º, e 30, elevou a absoluta ausência de responsabilidade para nove anos, mas manteve em 14 anos a responsabilidade plena, sendo que o relativamente imputável deveria ser recolhido a estabelecimentos disciplinares industriais por tempo indeterminado ou até completar 17 anos.

⁹⁴ Não há consenso quanto à localização da primeira corte juvenil nos Estados Unidos, revela Anthony PLATT, *The triumph of benevolence: the origins of the juvenile justice system in the United States*, *Youth justice: critical readings*, p. 187: “There is some dispute about which state first created a especial tribunal for children. Massachusetts and New York passed laws, in 1874 and 1892 respectively, providing for the trials of minors apart from adults charged with crimes. Ben Lindsey, a renowned judge and reformer, also claimed this distinction for Colorado where a juvenile court was, in effect, established through an educational law of 1899. However, most authorities agree that the Juvenil Court Act, passed by the Illinois legislature in the same year, was the first official enactment to be recognized as a model statute by

Porquanto, a tradução do delito na infância tomou ao longo do século XIX o parâmetro da legalidade. Vigente o preceito *nullum crimen, nulla poena sine lege*, as singularidades do pressuposto do discernimento e da indeterminação da medida não descaracterizavam a jurisdicização da problemática do desvio infanto-juvenil. Antes, o critério biopsicológico da imputabilidade, afirmando ou infirmando no pequeno a malícia da maturidade⁹⁵, autorizava julgar-se o infante criminoso na justiça comum e qualificava o ilícito infantil nos estritos termos da conduta descrita no tipo e fixada em lei.

Com isso o que fez a Escola Clássica do Direito Penal foi difundir uma inequívoca representação da infância livre. Nela, a criança é o outro ser igual que comunga a identidade humana e, nessa comunhão, atua no livre arbítrio para optar pelos valores da normalidade em detrimento das condutas infracionais, submeter-se ao juízo de reprovabilidade e emprestar a sua vontade uma destinação tanto danosa quanto favorável ao laço social. Na paridade com a liberdade alcançada pelo adulto, encontra-se plenamente disposta às exigências dos bens jurídicos valorados pela sociedade. A dessemelhança que a pouca idade pode expressar não é, assim, perceptível, seja porque a vulnerabilidade não constitui em si hipótese para aplicação da pena como medida pedagógica, devendo o Estado sancionador obediência à reserva legal, seja porque a hipossuficiência não destitui a legitimidade do tratamento penal.

Ao centrar a análise na capacidade do ser se motivar pela razão, dado o discernimento entre o bem e o mal, procurou a vertente iluminista focar o problema do momento em que o homem ainda em potência produz a sua verdadeira natureza, a da racionalidade⁹⁶. Importa o marco de transição do *devenir* ao *ser* porque essencial confirmar na criança a humanidade que a identifica. Interessa aproximar a responsabilidade penal para idade bem no centro da infância, aos sete ou nove anos, porque necessário firmar o pressuposto do Iluminismo que é a afirmação do homem homogeneamente racional e apto ao contrato social. Daí a importância do critério da

other states and countries. By 1917, juvenile court legislation had been passed in all but three states and by 1932 there were over 600 independent juvenile courts throughout the United States.”

⁹⁵ Aliás, o discernimento constituía ponto controverso sujeito a julgamento, como relata Oscar de Macedo SOARES, *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, p. 74: “A questão de discernimento deve ser resolvida pelo jury, devendo o juiz formular o quesito: «O réu obrou com discernimento?»”.

⁹⁶ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 7: “A *escola clássica* caracteriza-se por ter projectado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o *ethos* político do humanismo racionalista. Pressuposta a racionalidade do homem, haveria apenas que indagar da eventual irracionalidade das estruturas de controlo, nomeadamente da *lei*”.

imputabilidade e a evidência do estudo acerca do discernimento, uma vez que são esses institutos que fazem a intermediação entre infância e racionalidade, permitindo entender a criminalidade a partir do livre arbítrio.

Observam FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE⁹⁷ que a projeção de igualdade irrestrita trouxe problemas de ordem lógica ao humanismo iluminista. Como fechar os olhos às diferentes motivações culturais, psicológicas e sociais que invalidam a racionalidade pura de um homem homogêneo? Como conceber a solidariedade dos cidadãos no contrato social quando a igualdade de interesses corresponde a uma desigualdade de oportunidades?

De fato, o esforço em afirmar na infância a racionalidade adulta abstrai as singularidades da criança em prol do ideal de natureza humana. Há afronta à dignidade do pequeno porquanto impedido de viver suas diferenças. O drama existencial que o infante demonstra ao praticar o crime não desperta interesse, pois desde logo é compreendido, se constatado o discernimento, como mera ofensa aos valores universais e objetivos da sociedade, conformados, por sua vez, na racionalidade do homem. A tutela de uma razão geral prevalece sobre a tutela do indivíduo em suas diferenças, o que justifica o descaso com a educação do errante e sua formação moral.

A crítica que se faz é que a infância livre, vivenciando a racionalidade, não resulta em liberdade autêntica, considerando que tal parâmetro abstrai as vicissitudes da pouca idade. Em outras palavras, na Escola Clássica a criança liberta constitui antes um objeto dos desígnios de aspirações socialmente contratadas do que o autêntico sujeito de direitos, já que não desfruta da liberdade própria de sua idade, não constitui um fim em si mesma e sim um elemento a serviço da afirmação do racional.

A indiferença à distinção da peculiaridade do desenvolvimento, ínsita às primeiras décadas da vida humana, deixou um flanco em aberto no pensamento liberal, por onde infiltrou uma nova forma de pensar a criminalidade e, conseqüentemente, uma nova construção política para a infância.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 9: “Não será difícil, por outro lado, descobrir uma certa *ambiguidade ideológica* na construção de BECCARIA: o contrato social originaria a solidariedade de todos os cidadãos em torno dos valores fundamentais; o consenso assim criado determinaria uma «igualdade de deveres», assente na (pressuposta) «igualdade de interesses», mas a que corresponderia uma «desigualdade real de oportunidades»”.

2.1.1. A ideologia do tratamento da Escola Positiva.

A Escola Positiva foi, sem dúvida, marco revolucionário para o posicionamento jurídico da criança. Rechaçando o livre arbítrio, dado que o “eu determinando-se não pode ser causa de si mesmo”⁹⁸, os ideólogos do movimento se viram aptos a endereçar críticas incisivas ao pensamento clássico, notadamente através de duas premissas: a responsabilidade moral não é determinante à questão penal, pelo menos não tanto quanto a necessidade de socialização, e a quantidade da pena não guarda proporção com a gravidade do delito, e sim com a falta de adaptação do réu⁹⁹.

Inspirados em lições do evolucionismo, os pressupostos da nova escola inauguraram uma linha de estudo pautada na antropologia criminal. A centralidade da questão deslocou-se da pesquisa dos bens jurídicos e da hierarquia moral das ações humanas e convergiu ao homem e ao que ele apresenta de naturalmente delinquente. Antes do crime, a investigação do criminoso nato; mais do que a gravidade da conduta, o relevo nas tendências manifestas na personalidade do agente. O caminho proposto foi embasado em razões de ordem prática, afinal tinha-se a noção da impraticabilidade da tarefa de definir o grau de desvalor da ação e conferir-lhe certa proporção com a pena, além do inequívoco incômodo dirigido à crença na possibilidade de precisar o livre arbítrio e dizer quanto uma pessoa no cometimento do crime é livre para se decidir por conduta diversa¹⁰⁰.

Afora isso, sedimentou-se a convicção de que o senso moral compreenderia um patrimônio hereditário¹⁰¹ calcado nos instintos e, portanto, já previamente definido nas particularidades de cada raça.

⁹⁸ Cf. R. GAROFALO, *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*, p. 332.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 373: “Ora, reconduzida toda a theoria ao principio da adaptação, o meu principio pode enunciar-se assim: *O meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do réu, isto é, pelo exame das condições de existencia em que pode presumir-se que elle cesse de ser temivel.*”

¹⁰⁰ Cf. Henrique FERRI, *Principios de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 220: “A Escola Positiva pelo contrario sustenta que não podendo a justiça humana – porquanto não tem a omnisciencia de Deus – medir a culpa moral dos individuos (o que, depois, é problema respeitante á *religião* e á *filosofia moral* e não ao *direito*) e devendo ao contrario prover á defesa social contra todos os autores de crimes, estes são subordinados ás normas juridicas de tal defesa, isto é, sofrem as consequencias e respondem perante a sociedade pelo seu modo de agir, qualquer que seja a condição psíquica da sua pessoa ao praticar o crime”.

¹⁰¹ Cf. R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 31-32: “Como quer que seja, porém, – ou se accete esta hypothese ou se accete a de Darwin, – o que é certo é que todas as raças possuem actualmente uma certa somma de instinctos moraes *innatos*, não devidos ao raciocinio *individual*, mas, como o *typo physico*, patrimônio hereditario commum”.

Se tudo está determinado tudo é necessário, daí que sentido tem a responsabilidade moral? Se o decidir agir é governado por fatores congênitos e adquiridos, por que situar a pena na gravidade de sua ação quando a defesa social exige prevenir novos crimes e adequar a reação estatal à periculosidade do agente?¹⁰² Se o criminoso nasce criminoso ou assim se transforma por tendências pré-estabelecidas, que razão existe em cobrar-lhe o dever moral e jurídico de agir de outra maneira?

Há aí clara resistência aos critérios metafísicos, o catálogo de bens jurídicos essenciais protegidos no tipo penal e empregados para balizar a defesa social. Para o positivismo, não haveria fundamentalmente agressão ao social no crime, por não compreender esse a antinomia bem e mal nem se explicar como uma atitude interior reprovável (responsabilidade moral). A criminalidade não seria redutível à retribuição, mas antes ao diagnóstico e tratamento¹⁰³, uma vez que classificada como patologia cientificamente definida.

Assim, fazendo da liberdade, igualdade e fraternidade palavras vãs, a teoria positiva e seu amparo determinista abriram novos horizontes à compreensão da infância no direito, o que se deu, particularmente, por ter desconsiderado a importância do conceito de imputabilidade e ter posto em evidência a função da pena como tratamento de condições anormais no modo de ser e viver da pessoa.

Um comparativo sucinto é suficiente a iluminar as nuances da mudança. No paradigma clássico, a criança buscava se integrar à racionalidade imanente à humanidade e tinha relevo apenas enquanto categoria de individuação, o ente que realiza em si a razão que lhe é própria e que se torna o que efetivamente é ao progredir do *devenir* ao *ser* (racional), representações com as quais servia o menor à confirmação do ideal de homem e dos valores abstratos que essa idealização projetava, a liberdade e

¹⁰² *Ibid.*, p. 376-377: “É-nos impossível aceitar tais limitações. Para nós a pena é o *remedio à falta de adaptação do réu*; não procuramos, por isso, um meio *individualmente doloroso*, mas apenas exigimos do remedio que elle não seja desejável, para que directa ou indirectamente se não subvertam os motivos da conducta. Ora, dada esta exigencia, o remedio melhor é o que basta ao fim proposto, qualquer que seja ou deixa de ser a dôr experimentada pelo réu”.

¹⁰³ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 18-19: “Não é difícil identificar nesta *ideologia do tratamento* o essencial do positivismo e da suas concepções de política criminal. Estas, na verdade, como que inverteram o sentido da escola clássica: em vez do recuo do poder sancionatório da sociedade, em nome da expansão dos direitos dos indivíduos, preconizavam a ampliação das exigências e direitos da sociedade sobre o delinquente; à ideia de responsabilidade *pessoal* faziam succeder a da responsabilidade *social*; não curavam de punir segundo a gravidade da culpa mas de reforçar a defesa da sociedade; não reconheciam, por isso, à reacção criminal outra medida que não a da necessidade em função da ameaça – da *temibilità* (GARÓFALO) ou da *pericolosità* (FERRI) – do delinquente”.

a igualdade no contrato social. No panorama subsequente, a criança passou a compor uma categoria de correção que exerce funções empíricas, ora como dado da evolução da espécie humana ora como fator de perfectibilidade do meio social, a depender se a explicação causal do atributo a ser corrigido, a anormalidade ínsita ao desvio, repousasse na herança genética ou no defeito de socialização. Em outros termos, mais do que os marcos etários da imputabilidade e das circunstâncias psicológicas que autorizam pensar a criança livre ao momento de optar por delinquir, fundamental seria o estudo da causalidade que conduz à delinquência, dos fatores que determinam o ser na opção pelo desvio e das condições genéticas, ambientais e sociais que definem o criminoso.

Ou seja, a busca pela racionalidade na infância, através do discernimento, deu lugar à busca das condições do descaminho. Em vez da essencialidade da natureza humana livre, as forças que conformam o homem em várias essências possíveis, o adequado e o inadequado, o dócil e o perigoso, o delinquente e o probo.

O problema do discernimento ganhou o repúdio expresso de GAROFALO¹⁰⁴, ao afirmar que tal como o selvagem a criança detém a ideia do certo e do errado, porém faltam-lhe o senso moral e o sentimento de justiça. Apesar de saber discernir a ilicitude, ao menino não é dado escapar às memórias dos instintos característicos dos primeiros, estruturas humanas rudimentares que dirigem a consciência do pequeno. Porquanto, como fase que antecede a maturidade, a infância é um distúrbio do tempo na evolução da espécie, momento em que subsistem o homem primitivo e, no seu escasso progresso moral, o delinquente nato¹⁰⁵.

Ora, ao equiparar o infante a um ser ontologicamente mau, dado seu caráter primitivo, os teóricos da Escola Positiva destituíram a expectativa de igualdade que a

¹⁰⁴ Cf. *op. cit.*, p. 58-59: “Bem que possuindo muito desenvolvida a *idéa* de justiça, as creanças e os individuos das classes inferiores raro actuam em conformidade com ella, tratando-se dos seus interesses pessoaes. A creança e o selvagem sabem bem distinguir o que lhes pertence do que pertence aos outros e, não obstante, continuamente tentam apropriar-se d’aquillo que appetecem – o que prova que lhes falta, não a *idéa*, mas o *sentimento* da justiça.

¹⁰⁵ Cf. Cesare LOMBROSO, *O homem delinquente*, p. 59: “É um fato fugidio talvez aos observadores, exatamente pela sua simplicidade e frequência, e apenas levantado por Moreau, Perez e Bain, que os germens da demência moral e da delinquência encontram-se, não excepcionalmente, mas normalmente nas primeiras idades do ser humano. No feto, encontram-se frequentemente certas formas que no adulto são monstruosidades. O menino representaria como um ser humano privado de senso moral, este que se diz dos frenólogos um demente moral, para nós, um delinquente-nato. Há nisso toda a violência da paixão”. Em termos semelhantes, discorreu R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 353: “Não me demorarei n’este ponto; lembrarei só que a psychologia e a anthropologia criminal fornecem meio de reconhecer na creança o deliquente-nato e no adolescente precocemente corrompido pelo ambiente domestico ou social o criminoso incorrigivel”.

Escola Clássica lhe emprestava na ideia do discernimento. A perspectiva da espécie que evolui, depurando na seleção natural os sentimentos de justiça, permitiu, por sua vez, substituir o pressuposto da homogeneidade racional por outro, o da diferença natural, situado no plano da evolução e no da disputa de raças.

Ao defender a distinção e não a homogeneidade racional como o dado marcante na natureza humana, o novo pensamento reposicionou a infância e a erigiu a um ponto de destaque, uma vez que possibilitou firmar a puerícia em sua circunstância diferenciada, ainda que a nota de diferença tivesse, basicamente, conotações negativas e reportasse a um estágio elementar, suscetível, moralmente débil e socialmente inadequado.

Mas o que rendeu à infância o fato de emergir-se em sua distinção? O que ocorreu quando finalmente a puerícia se fez notória e teve a chance de se firmar distinta do mundo adulto?

Claramente, o determinismo contrapôs a infância ao tratamento e assim dispondo possibilitou surgir o fundamento teórico de uma nova Justiça. É que diferentemente do adulto e dos espíritos fatalmente perdidos, subsistia fé na criança, porquanto detentora de anormalidades se não totalmente aptas pelo menos dignas de esperança de cura e correção¹⁰⁶. Daí dizer que o foco na diferença foi extraordinário, não só por iluminar a singularidade de uma natureza delinquente como também por destacar a necessidade de uma intervenção própria, características que foram traduzidas no imperativo de excluir a criança da justiça ordinária penal e remetê-la a uma jurisdição especializada, como atesta RAGGI Y AGEO¹⁰⁷.

A ideologia do tratamento foi assim determinante para a Justiça Juvenil. O surgimento e a consolidação das novas cortes sucederam o advento do paradigma etiológico¹⁰⁸, que conferiu sustentação teórica à assertiva de que a defesa social

¹⁰⁶ É o que deixa transparecer Cesare LOMBROSO, *op. cit.*, p. 86: “A educação pode impedir os que nasceram bons de passarem da criminalidade infantil transitória para a habitual. Os que nasceram maus nem sempre se conservam maus.” Igual esperança demonstra R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 184, ao questionar a eficácia da correção educativa de adultos: “Tudo o que pode salvar-se do naufragio d’esta theoria, são os institutos para a infancia abandonada e para os adolescentes que principiam a revelar inclinações más”.

¹⁰⁷ Cf. *op. cit.*, p. 43: “La sustitución de las penas por las medidas de seguridad se justifica em el llamado ‘Derecho Penal de los Menores’, tanto por razones de índole teórica, por lo demás, comunes a todo el Derecho Penal, como por circunstancias específicamente derivadas de la naturaleza propia de los sujetos de aquel derecho particular; este último género de consideraciones ha facilitado, sin duda alguna, la realización efectiva de ciertas tendencias doctrinales que han encontrado poca aceptación em los ámbitos del derecho común.”

¹⁰⁸ Tendo sido possível mudar o objeto de indagação para questionar o que faz da criança um delinquente nato e que cuidados alcançam a cura.

prescinde do livre arbítrio¹⁰⁹. A proposta de substituir o conceito clássico da responsabilidade moral pelo de responsabilidade social indicava que o critério da imputabilidade podia e devia ser revisto em prol do pressuposto da periculosidade, substituindo a ideia da ilicitude da ação lesiva para a representação do modo de ser ofensivo do indivíduo delinquente, com o que o mero desvio de conduta ou quaisquer manifestações de anormalidade são suficientes para, independente da lei que criminaliza a conduta, legitimar a intervenção estatal.

Ora, se a consciência da ilicitude e a liberdade de vontade não constituíam, para as ideias que floresciam ao final do século XIX, legítimos obstáculos à reação social, o que se tinha era o ambiente propício ao abandono da discussão acerca da imputabilidade e do discernimento, abrindo caminho para fixar a idade penal em patamar mais avançado, dos 16 aos 18 anos, e instituir no vácuo remanescente o sistema próprio de correção de crianças e jovens. Na prática, acentua GERSÃO¹¹⁰, a dispensa da afirmação da capacidade mental para o ilícito compreendia a recusa da pena com fins de retribuição e a acolhida da medida de segurança com fins corretivos¹¹¹. Eis o contexto no qual a Justiça especializada ganhou dimensão própria. Se para o Direito Penal a criminologia incipiente cobrava uma mudança improvável, tal o recuo que implicava na racionalização que o Iluminismo permitiu ao ato estatal de punir, para um campo novo do direito os obstáculos eram quase inexistentes e se resolviam com o argumento de que na infância a prevenção especial teria condições de reunir uma utilidade ímpar, praticamente estéril na retribuição, de resgatar a cidadania do infante.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 27: “Por otra parte, aceptándola, de ella se derivan consecuencias peligrosas y dañinas para la sociedad, que tendría que permanecer desarmada cada vez que la libertad del querer apareciere suprimida o disminuída.”

¹¹⁰ Cf. Menores agentes de infracções criminais – que intervenção?: apreciação críticas do sistema português, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 624, ao comentar o surgimento do modelo tutelar em Portugal a partir da Lei de Proteção à Infância (LPI), de 27 de maio de 1911: “Neste enquadramento, a LPI corta radicalmente com o regime dos Códigos Penais do século XIX – segundo o qual as crianças eram punidas nos mesmos moldes que os adultos, a partir do momento em que se considerasse terem agido «com discernimento» – e cria, na intenção dos menores de idade inferior a 16 anos, um sistema de intervenção judiciária verdadeiramente inovador, cujos traços característicos nos parece oportuno relembrar”.

¹¹¹ RAGGI Y AGEO, *op. cit.*, p. 34: “Vemos, pues, cómo fueron los estudios diversos realizados por los juristas, antropólogos y sociólogos de la Escuela Positiva, los que determinaron fundamentalmente un nuevo criterio en la interpretación de la criminalidad infantil y juvenil y sus medios de prevención o represión; criterio, que depurado día tras día, nutre y orienta toda las legislaciones modernas relacionadas con los menores abandonados y delincuentes; a su propaganda, polémicas e iniciativas se debió que los Congresos Internacionales de San Petesburgo, el de Berna (1890), El de Stuttgart (1903), Turín (1906), etc., se pronunciaran contra el criterio clásico, represivo y expiatorio, y por el abandono de la investigación del discernimiento de los menores y en favor de un nuevo criterio teórico respecto al tratamiento jurídico de los menores; así como de nuevas leyes que tradujesen al derecho positivo los puntos de vistas teóricos y científicos”.

Assim, desde o princípio a implantação da Justiça Juvenil envolveu plano de integral desjurisdicização, invertendo o paradigma até então vigente na Justiça ordinária. Ao desobrigar o confronto do ato e da pessoa com os valores que a sociedade diz proteger quando define determinada conduta como delito, o pressuposto da periculosidade não só viabilizou desprender-se do Direito Penal a nova jurisdição como inscrevê-la, desde logo, em princípios inovadores à Escola Clássica.

A crença na malícia congênita da criança, sugerida por LOMBROSO¹¹², desautorizava pensá-la na categoria de individuação, uma vez que não se tornaria por si e já em tenra idade, graças tão-só ao decurso do tempo, um ser racional, imputável e credor da racionalidade do mundo adulto. A criança em sua demência só vícios, porque de nascença, teria a desenvolver sob o risco do desvio transitório da infância se consolidar em atitude habitual. O preceito do delinquente inato desafiaria da sociedade o firme controle da moralidade como obrigação necessária à salvação dos pequenos e, com isso, do próprio modo de vida civilizado.

A partir daí erigiu-se o conjunto de princípios que caracterizam o modelo tutelar, a orientação baseada na pedagogia curativa que determinou o teor das primeiras leis menoristas no limiar do século XX, tendo por décadas subsistido às alterações legislativas subsequentes.

Afastando o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a Justiça Juvenil abstraiu a infância e a adolescência da legalidade, isso em favor do modelo pedagógico-correcional cuja discricionariedade permitia cumprir os desígnios de ordenação moral, como atesta PLATT¹¹³. A proposta compreendia associar o direito a outras disciplinas, como a medicina e a assistência social, no afã de ver a ciência atuando no controle das causas do desvio, sob bandeiras que desfraldavam lemas como a higienização social e o resgate da civilização. A atenção dirigia-se a todo comportamento destoante da normalidade, o que resultou na admissão de objeto e métodos singulares, uma vez que admitindo superar o mero julgamento de atos reprováveis a atividade judicante pôde

¹¹² Cf. *op. cit.*, p. 85: “Fica então demonstrado que em uma certa cota de criminosos a raiz do crime remonta desde os primeiros anos do nascimento, intervenham ou não causas hereditárias, ou para dizer melhor, que se há alguns causados pela má educação, em muitos não influi nem mesmo boa educação. A sua grande ação benéfica surge exatamente do fato de ser geral a tendência criminosa no menino, de modo que sem essa educação não se poderia explicar a normal metamorfose que acontece na maior parte dos casos”.

¹¹³ Cf. *op. cit.*, p. 188: “If children were to be rescued, it was important that the rescuers be free to pursue their mission without the interference of defense lawyers and due process. Delinquents had to be saved, transformed and reconstituted.”

assumir mister absolutamente nobre, qual seja diagnosticar e tratar o desvio. Por isso, mais do que o crime em si importavam os sintomas manifestados no cometimento do ilícito e referidos a necessidades pedagógicas do indivíduo, com vínculos a problemas sociais, familiares e de saúde. Panorama tão vasto tinha reflexo nas hipóteses centrais de atuação, o abandono moral e a delinquência, situações que resumiam a problemática infanto-juvenil englobando crianças prestes a se perverter, dada a precariedade de suas condições familiares, e aquelas já pervertidas, quando entregues à vadiagem, prostituição e prática de delitos. Por sua vez, a lógica processual tomou ares sumários e inquisitoriais, com tarefas singelas de identificar situações anormais e aplicar medidas adequadas, essas dispostas em leque diverso de modalidades, possibilitando ao magistrado remédios variados para trabalhar as particularidades do caso concreto.

É de observar que os propósitos de salvação moral implicavam irrestrita intervenção na autonomia tanto da criança quanto dos pais, esses últimos responsabilizados pelo ato falho na educação da prole. Oportuno, portanto, foi superar a intangibilidade do pátrio poder e autorizar o Estado substituir a família viciosa na tarefa civilizadora e agir soberanamente na socialização, inclusive com a internação por tempo indeterminado de crianças em situação irregular e de risco, além de outras medidas drásticas de exclusão do infante do meio familiar e comunitário.

Notícia RIZZINI¹¹⁴ que no Brasil foi exaustivo o debate em torno do movimento legislativo devotado a suprimir a teoria do discernimento e elevar a idade penal, alterações que ao lado dos institutos da suspensão e destituição do pátrio poder permitiram implantar a Justiça Juvenil perspectivada no controle moral e na defesa da sociedade¹¹⁵. O modelo tutelar veio a se consolidar com o Código Mello Mattos instituído pelo Decreto nº 17.943 A, de 12 de outubro de 1927. Apesar de tardio, ao

¹¹⁴ Cf. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*, p. 120 e seguintes.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 88: “Via-se na criança, ainda facilmente adaptável, a solução para o país. Poderiam ser úteis mesmo aquelas originárias dos estratos mais miseráveis, vistas como candidatas à vadiagem e ao crime, desde que adequadamente educadas, fora de seu ambiente vicioso. Daí o discurso ambíguo de defesa da criança e da sociedade: para se ter como moldar a criança com o propósito de civilizar o país, era preciso primeiro poder concebê-la como passível de periculosidade.” O que se observa é que o controle e a disciplina são contrapostos à marginalização, como ressalta Ângela PINHEIRO, *Criança e adolescente no Brasil*: porque o abismo entre a lei e a realidade, p. 59: “É o controle, é a disciplina, ambos exercidos junto à criança e ao adolescente, com especial ênfase junto àqueles das classes pauperizadas, com vistas a integrá-los à sociedade e a não perturbar a ordem vigente, evitando, assim, a sua marginalização, com vistas a formar mão-de-obra produtiva, e pronta para contribuir para o desenvolvimento e o progresso do Estado”.

comparar com o que se deu na América do Norte e Europa¹¹⁶, o momento foi decisivo na consolidação da nova justiça e da ideologia do tratamento, de modo a prevalecer como diretrizes para o ordenamento jurídico as soluções sensíveis ao campo social em detrimento de penitenciárias. Tanto assim que o Código Penal de 1940 consagrou a idade penal aos 18 anos¹¹⁷, o que legitimou por definitivo uma política criminal marcada pela jurisdição social da infância e juventude.

A consistência do modelo se manteve íntegra ao longo do século XX, nada obstante o refinamento de seus fundamentos teóricos¹¹⁸. A atualização da legislação brasileira no Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, pouco modificou a visão pedagógica-correcional imposta à jurisdição infanto-juvenil, ao manter o propósito de dizer no caso concreto não o direito e sim a atenção social adequada e curativa¹¹⁹. O positivismo, destaca ROSA¹²⁰, conseguiu espaço mesmo na

¹¹⁶ RAGGI Y AGEO, *op. cit.*, p. 39-40, noticia a cabal recepção legislativa das novas ideias no continente europeu. Em 2 de julho de 1900, surgiu a Lei Alemã de Educação Provedora e, pouco depois, em 1908, a Inglaterra promulgou a “Children Act”, o primeiro código estruturado da infância. Portugal buscou adequação às teorias positivistas com a Lei de 27 de maio de 1911 e o Decreto de 15 de maio de 1925.

¹¹⁷ Cf. Irene RIZZINI, *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000)*, p. 46-47: “O Serviço Social será, portanto, parte integrante da formulação dos programas de bem-estar e da legislação dos anos 40. No tocante aos menores, sua influência deixará marcas que afetarão os caminhos a serem seguidos. A nosso ver, isso ajuda a compreender porque, apesar da tendência apontada de endurecimento da legislação penal na passagem da década de 20 para a de 30, o que aconteceu, na verdade, foi a prorrogação da idade criminal para 18 anos, o abrandamento das penalidades para menores e a ênfase na assistência (amparo) social aos menores desvalidos, através da criação de diversos órgãos nacionais, com representações estaduais e municipais”.

¹¹⁸ A observação é igualmente válida quando em destaque a evolução do ordenamento jurídico português. Nesse sentido, cf. Eliana GERSÃO, *op. cit.*, p. 623-650. A autora destaca a importância do positivismo para a legislação tutelar, tendo a Lei de Proteção à Infância, de 27 de maio de 1911, lançado os referenciais teóricos determinantes e que presidiram a elaboração das demais leis, dentre elas o Decreto nº 10.767, de 15 de maio de 1925, a Organização Tutelar de Menores (OTM), aprovada pelo Decreto-Lei nº 44.288, de 20 de abril de 1962, modificada pelo Decreto-Lei nº 47.727, de 23 de maio de 1967, e o Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de outubro. Ao todo três características básicas marcam as leis vigentes em Portugal no século XX, a intervenção judiciária baseada no sistema preventivo, a finalidade assistencial e curativa e o cunho individualizado das decisões.

¹¹⁹ É claro o marco que imprimiu sentido à Lei nº 6.697/79. A ideologia do tratamento permaneceu incólume, como se observa das críticas de Alyrio CAVALLIERI, *Direito do menor*, p. 37, ao Código Mello Mattos e, posteriormente, acolhidas no diploma de 1979: “Importantes são as medidas de tratamento da situação irregular aplicáveis aos menores, independentemente da causa da sua condição ou estado de patologia social. Sabemos que os fatores são inumeráveis e deles, no tocante à delinquência, por exemplo, não há negar que existem padrões de conduta sumamente diversificados e heterogêneos. O tratamento, através das medidas ditadas pelo juiz, estas sim, devem ser diversificadas, sem se dirigirem a determinados menores, como acontece no Código atual, onde há uma separação absoluta entre abandonados e delinquentes no tocante ao que se lhes imporá o magistrado.” Já na vigência do Código de Menores de 1979, cf. Paulo Lúcio NOGUEIRA, *Comentário ao Código de Menores*, p. 9: “O Código de Menores se destina à proteção, assistência e vigilância de menores com idade até 18 anos, que se encontrem em situação irregular, seja o menor carente, seja o menor abastado, pois a ação do juiz de menores é supletiva da família, e quando esta falha é que entra em ação o juizado.”

¹²⁰ Cf. *op. cit.*, p. 28: “Não obstante o descrédito das ideias na Europa, no Brasil, principalmente pela ‘legitimação discursivo-ideológica’ decorrente, a ‘Escola Positiva’ foi acolhida nos discursos, dentre

norma de ruptura, a Lei nº 8.069/90, que revolucionou os parâmetros até então discutidos ao instituir o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas não logrou imunidade a um dos principais cânones da Escola Positiva, a indeterminação da medida¹²¹, que abertamente confronta o recorte democrático do diploma legal.

Mas, cabe questionar. Em oposição ao paradigma anterior, o enfoque etiológico do desvio trouxe avanços para a infância e a juventude?

O plano de igualdade na Escola Clássica, projetando no discernimento a imputabilidade de crianças e adolescentes e, com ela, a condição de sujeito de obrigações e direitos no mundo adulto, migrou bruscamente para a desigualdade plena na Escola Positiva. A representação do pequeno na identidade humana, pois desde os sete anos podia se submeter à jurisdição penal, converteu-se no imaginário de dessemelhança, fruto da compreensão do rebento como um ser corrompido pela irracionalidade e destinado a ser objeto da atitude salvadora da educação corretiva, essencial para transmutá-lo à verdade da condição humana, a retidão moral.

Contudo, tanto a leitura da igualdade quanto a da diferença, na dimensão de plenitude que resultam dos modelos estudados, contemplam soluções autoritárias. Se na primeira a criança é impedida de vivenciar as diferenças da idade e suas vulnerabilidades, na segunda é excluída da comunidade dos iguais e tida como uma não-pessoa, pelo menos até que comprove na fase adulta um comportamento conforme aos padrões de sociabilidade.

Porquanto, ainda que tenha gestado o referencial teórico com o qual foi possível dissociar da Justiça ordinária as primeiras cortes infanto-juvenis, a visão determinista do desvio reproduziu condições tão adversas quanto aquelas que a perspectiva do livre arbítrio conseguiu produzir. Em ambas, crianças e adolescentes são abstraídos de sua dignidade humana e tornam-se instrumentos de defesa social, seja em nome da

outros, de **Viveiros de Castro, Tobias Barreto, Paulo Egídio, Moniz Sodré de Aragão, Noé Azevedo, Nina Rodrigues** e mantém sobrevida no imaginário do senso comum teórico, bastando que se folheie alguns ‘Manuais’, decisões ou mesmo alegações finais para que se perceba que o discurso vive muito bem, consoante se infere nas Liberdades Assistidas, aferições de periculosidade, aplicações das internações indeterminadas, enfim, em todas as fases da aplicação de medidas socioeducativa”.

¹²¹ No ECA, três medidas socioeducativas, a liberdade assistida, a semiliberdade e a internação, não têm prazos cabais. Apesar do limite de três anos para a privação de liberdade em regime de internação, esta pode ser substituída ao final deste prazo pela medida de semiliberdade e, posteriormente, pela liberdade assistida, sucedendo a coação estatal indefinidamente enquanto o jovem não assumir uma personalidade conforme as expectativas sociais ou até alcançar a idade de 21 anos. A este respeito, cf. os arts. 118 ao 122 do ECA.

conformação de valores universais seja em prol de um ideal de civilização¹²². Natural que nessa abstração a menoridade ingresse na zona dos excluídos e marginalizados das instituições políticas, sociais e econômicas, com o que a repressão é uma constante reconhecida como válida.

2.1.2. *Labeling approach* desestabiliza os princípios penais?

Ideias tão decisivas ao pensamento criminal quanto as propagadas pelas Escolas Clássica e Positiva foram sistematizadas a partir dos anos 30 do século XX com pesquisas no campo das ciências sociais. Nelas, a indagação que então animava o estudo da violência juvenil sofreu grave revés, tanto na ótica do livre arbítrio, o adolescente confrontado diretamente com a ordem normativa, quanto na do determinismo, a intervenção estatal fundada nas carências resultantes da pessoa em formação e iluminada nas causas do desvio e nos fins de socialização.

Para os objetivos do presente trabalho, duas correntes sociológicas são particularmente relevantes, o *labeling approach* e a criminologia radical. Malgrado os estudos da sociologia criminal não possam ser reduzidos à uniformidade de uma escola literária, as diversas linhas de análise têm em comum, no entender de BARATTA¹²³, o fato de estremecerem os princípios estruturais do Direito Penal moderno, atingindo, por igual, a lógica da defesa social inserta nas estratégias de controle de comportamentos socialmente nocivos e problemáticos, incluindo a rebeldia juvenil e a violência ligada a transtornos psíquicos.

A ruptura ocorre já no esboço do objeto de pesquisa. Abandonando o interesse pela motivação ao modo de vida solidário inscrito no contrato social e pelas causas e tratamentos do desvio, a nova perspectiva criminológica empenhou-se em entender os

¹²² Cf. Irene RIZZINI, *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*, p. 150: “A infância é aqui entendida de forma abstrata e específica como uma fase da vida sobre a qual se incute o bem ou o mal. Era o caso do Brasil, visto em sua infância, com sua nacionalidade em formação, e seu povo-criança, ainda por fazer... Como um pai que se vê diante da tarefa de criar os filhos, a elite, do alto de seu inabalável Pátrio Poder, estabelecia normas, ditava as regras e prometia *sanear, civilizar, moralizar* o país”.

¹²³ Cf. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, p. 112 e ss.

mecanismos que comandam a reação social ao crime e o processo de criminalização resultante das instâncias formais e informais de defesa¹²⁴.

A mudança advém de uma observação importante, a de que a representação do desvio é anterior à lei e construída no espaço da intersubjetividade e das relações sociais. Sendo a criminalidade um elemento que se renova no tempo e nos arranjos de cada sociedade, então a criminologia deveria investigar não as condutas previstas nas definições legais, mas a gênese mesma do conceito de crime. Em outras palavras, se o crime não constitui uma ofensa a valores universais e sim aos valores dominantes em determinada circunstância histórica, o que importa é conhecer que código de normas sociais determina a seleção das pessoas e dos comportamentos a serem definidos como delinquentes, como as estruturas de poder selecionam os casos submetidos à aplicação da lei penal e de que modo o estigma gerado desde quando se atribui a condição de criminoso funciona para consolidar carreiras delituosas e formar a identidade criminógena.

Como se vê, o enfoque do *labeling* deixa de mão os aspectos usuais do livre arbítrio e do determinismo para negar ao delito uma qualidade ontológica da ação¹²⁵ e afirmar que o conceito de crime goza da relatividade inerente às interações sociais. No dizer de BECKER¹²⁶, “o desvio não é um qualidade que exista no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aqueles que respondem a ela”. Ou seja, para a teoria da ação coletiva não há nada intrinsecamente desviante no ato transgressor nem há uma característica própria na pessoa que torna inevitável o cometimento da agressão. O julgamento do ato e do indivíduo é uma experiência social vivenciada de forma diferente em sociedades diversas¹²⁷. A qualidade

¹²⁴ Cf. Alessandro BARATTA, *op. cit.*, p. 148-149: “O ponto mais avançado desta consciência da autonomia do próprio objeto em face das definições legais é alcançado, na criminologia *liberal* contemporânea, pela teoria do *labeling*. Negando qualquer consistência ontológica à *criminalidade*, enquanto qualidade atribuída a comportamentos e a pessoas por instâncias detentoras de um correspondente poder de definição e de estigmatização, a teoria do *labeling* deslocou o foco da investigação criminológica para tal poder. O direito penal torna-se, assim (como, por um outro lado, ocorrera na teoria psicanalítica da sociedade punitiva), de ponto de partida para a definição do objeto de investigação criminológica, no objeto mesmo da investigação.”

¹²⁵ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 49: “O *labeling* parte do princípio de que a *deviance* não é uma qualidade ontológica da ação, mas antes o resultado duma reação social e que o delinquente apenas se distingue do homem normal devido à *estigmatização* que sofre.”

¹²⁶ Cf. *Uma teoria da ação coletiva*, p. 64.

¹²⁷ Cf. Howard S. BECKER, *op. cit.*, p. 55: “É facilmente observável que grupos diferentes julgam coisas diferentes como sendo desviantes. Isso nos deveria alertar para a possibilidade de que a pessoa que faz o

de desviante está ligada a aspectos do tipo como as pessoas reagem ao ato, quem comete e quem se diz vítima¹²⁸, variáveis essas que ganham dimensão político-econômica ao reconhecer que a capacidade de fazer regras e aplicá-las depende de uma relação de poder¹²⁹. Em suma, o delito é uma criação social¹³⁰.

Assim, já de início cumpre indagar que legitimidade resta aos princípios liberais do Direito Penal ao se ter em conta que não é propriamente a abstração da lei que define o caráter de normal e desviante, certo e errado, justo e injusto, mas sim a interpretação contextualizada que se confere ao comportamento e à pessoa. E mais, tomando-se o perfil relativizado da noção de desvio, como ficam os valores apresentados como universais e defendidos na norma penal como interesses gerais da sociedade, considerando que tais valores estariam vinculados, mais particularmente, às aspirações de grupos hegemônicos?

Ora, se o crime é uma realidade atribuída e não um *a priori*, se é uma criação dos instrumentos formais e informais de defesa da sociedade e não uma escolha ética anterior à experiência social, de partida esvai-se de sentido a premissa do delito natural, desnudando, por sua vez, importantes pilares da ideologia penal contemporânea. Nessa perspectiva, não se pode falar em bens jurídicos consensuais, aqueles que a humanidade como um todo presta reverência, nem é possível compreender a criminalidade como uma qualidade objetiva (ontológica) do comportamento e do indivíduo distinguida pela

juízo de desvio, o processo pelo qual se chega a esse juízo e a situação na qual ele é feito podem estar, todos, intimamente envolvidos no fenômeno do desvio.”

¹²⁸ Adverte Howard S. BECKER, *op. cit.*, p. 63, que a resposta das pessoas ao cometimento do ato deve ser problematizada, havendo variações significativas na percepção do desvio a depender de como a sociedade reage, o nível de tolerância e que pessoas estão envolvidas no episódio, tendo em vista as implicações raciais, de idade e gênero: “As regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas do que a outras. Estudos sobre a delinquência juvenil assinalam isso claramente. Meninos de áreas de classe média não sofrem um processo legal que vá tão longe quando são presos como garotos das favelas.”

¹²⁹ Surge no pensamento de Howard S. BECKER, *op. cit.*, p. 67, a ideia do conflito como fator determinante na qualificação das condutas sociais, sendo certo que a disputa de poder determina a forma como a sociedade define em regras sociais ou legais a conduta e a pessoa delituosas: “Aqueles grupos cuja posição social lhes confere armas e poder são mais capazes para impor suas regras. Distinções de idade, sexo, etnia e classe estão todas relacionadas a diferenças de poder, que explicam diferenças no grau em que os grupos assim diferenciados podem fazer regras para os outros”. Mais incisivamente, *ibid.*, p. 67: “Além de reconhecer que o desvio é criado pelas respostas de pessoas a tipos particulares de comportamento, pela rotulação daquele comportamento como desviante, devemos também ter em mente que as regras criadas e mantidas por tal rotulação não são universalmente aceitas. Em vez disso, elas são objeto de conflito e discordância, parte do processo político da sociedade.”

¹³⁰ *Ibid.*, p. 59-60: “Não quero dizer com isto o que se compreende normalmente, ou seja, que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou nos ‘fatores sociais’ que induzem a sua ação. Quero dizer, mais do que isso, que os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como marginais e desviantes”.

ofensa a valores homogêneos e desejados de forma uníssona pelos integrantes da comunidade¹³¹, como a vida, a integridade física e o patrimônio. Sob suspeita também o princípio do interesse social e o da legitimidade estatal, porquanto o delito constitui uma artificialidade a serviço de interesses ligados aos detentores de posições hegemônicas, reduzindo a mera ilusão o pressuposto de que o direito penal protege uma integralidade harmônica, qual seja a paz social.

Mesmo a culpabilidade é controvertida, já que a inexigibilidade de conduta diversa se apresenta como critério normativo onde a reprovação é medida conforme referências dirigidas pelo choque de forças que qualifica as relações sociais. Não há um modo de vida fundamentalmente correto. O bem e o mal não se distinguem na atitude interior do sujeito, a liberdade de vontade em optar por um ou outro comportamento. Também não alcançam explicação em defeitos genéticos, psicológicos ou educacionais que determinam o homem numa existência fatídica e contrária aos interesses da civilização. O bem e o mal são, antes, orientações definidas pelo modo como determinada sociedade num dado tempo valora a conduta e o indivíduo enquanto social ou antissocial¹³².

Nesse tema, duas observações são pertinentes. Em primeiro lugar, a ênfase do *labeling* no caráter seletivo da atribuição da qualidade de criminoso contrapõe-se, como ressalta BARATTA¹³³, ao princípio da igualdade. Não há neutralidade na gestão das instâncias de controle, que tendem a reprimir as condutas de grupos subalternos e enquadrá-las como atitudes delinquentes. Mais diretamente, o modo de ser assumido pela população de menor força política tem maior probabilidade de se qualificar como desviante, o que contraria o discurso de que a norma penal protege o universalizante modo de vida harmonioso e de que a lei é disposta a todos indistintamente, vedadas as

¹³¹ Cf. Alessandro BARATTA, *op. cit.*, p. 118.

¹³² A interação social pode ser vista também como determinante para adequar uma personalidade à conduta delincente. Nesse sentido, Howard JONES, *O crime numa sociedade em evolução*, p. 49: “Tal como os processos sociais têm de entrar em acção, a fim de transformar determinados actos em crimes, também é necessária uma contribuição social (quer se trate da espécie, acima referida, que actua nos primeiros tempos da vida, predispondo psicologicamente um indivíduo, quer se trate da espécie de estímulo-tensão que actua mais tarde) para converter um organismo com um certo tipo de predisposição biológica num indivíduo com um determinado tipo de predisposição social.”

¹³³ Cf. *op. cit.*, p. 113: “Desta ideologia, colocaram em discussão, principalmente, o elemento que, no capítulo II, denominamos *princípio da igualdade*, posto que demonstraram que a criminalidade, segundo a sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e de aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental.”

diferenças em razão de idade, etnia, raça, gênero ou classe social. O perfil seletivo da defesa social pode ser medido tanto nas estatísticas oficiais, que comumente informam uma população carcerária oriunda da classe de baixa renda, quanto nas cifras negras, dado que apenas pequeno número dos delitos praticados resulta no registro, na investigação e no processo judicial.

O outro ponto refere-se ao etiquetamento. O indivíduo que se submete à atividade judicante sofre os efeitos da interação com as instituições formais, a polícia, o Ministério Público e a Justiça, o que resulta na conformação do estigma da delinquência e, em muitos casos, na interiorização do desvio como opção válida de vida. Na qualidade de réu, a pessoa alcança uma posição social que, mesmo negativa, possibilita emergir da invisibilidade própria à vivência da exclusão. A sentença condenatória tem força afirmativa do estigma e da identidade desviante, o que revela existir funções simbólicas importantes no processo-crime e no cárcere, as quais não recebem o merecido destaque na criminologia liberal, especialmente quando em debate a teoria dos fins da pena.

É dizer, se a pena almeja a socialização, esta ocorre no sentido de uma visão de mundo distinta daquela que o senso comum comunga como legítima. Antes promove a atitude ofensiva do que integra o indivíduo nos valores socialmente aceitos. Porquanto, o curso estigmatizante da privação de liberdade esvazia o significado da prevenção especial, vez ser difícil extrair da pena a finalidade educativa ou socializadora, sendo igualmente débil qualquer outra intervenção estatal de cunho sancionador que assuma o propósito de educar para a vida cidadã.

Todo o esforço crítico que o *labeling approach* conseguiu erigir face ao pensamento clássico e positivo recebeu nos anos setenta um contributo bastante expressivo da criminologia radical. Ao evidenciar uma visão marxista, a corrente situou historicamente o fenômeno posto em evidência como essencial ao conceito de crime, o conflito entre grupos politicamente rivais ou culturalmente diversos, e fixou sua origem no campo econômico e no processo de acumulação de capital.

Há de perceber que o problema sofreu significativa inovação ao ocupar, doravante, uma dimensão macro. Isso porque a qualidade de desviante passou a ser compreendida não como decorrência do embate de grupos em prol de uma abstrata hegemonia social, e sim como resultado do conflito material de classes, trabalhadores e proprietários dos meios de produção, com vistas ao domínio do poder econômico e

político. Ou seja, a criminalidade enquanto conceito vinculado à interação social elevou-se a conceito imanente à interação econômica. A tese subsistente é a de que a marginalização da pobreza na construção da identidade criminosa é funcional ao sistema capitalista, pois favorece a marginalização da força de trabalho na distribuição da riqueza. Todo o aparato de controle, inclusive o cárcere, serve aos interesses do capital, principalmente ao reprimir o contingente de reserva da população desocupada ou subocupada, que equilibra o valor da força de trabalho e da qual é recrutada a população carcerária. Nesses termos, imprescindível concluir não ser ético exigir do delinquente um modo de ser harmônico sem antes mudar o capitalismo para uma ordem econômica mais justa.

2.1.3. *Labeling* e delinquência juvenil.

Dito isso, retoma-se a pertinência do tema. Afinal, como as críticas da sociologia criminal mudaram a percepção da violência infanto-juvenil?

O enfoque do interacionismo e da criminologia radical, como demonstrado, não centrou suas pesquisas em formas determinadas de defesa, a exemplo do direito penal, mas antes buscou alcançar as diversas instâncias de controle de condutas descritas como socialmente nocivas e problemáticas. Para além da Justiça e das penitenciárias, a visão crítica vasculhou a estrutura de poder na família e na escola, a clausura dos internatos religiosos, a jurisdição psiquiátrica dos manicômios, a segregação dos asilos e o assistencialismo da Justiça de menores, dos orfanatos, das casas de correção e dos centros de acolhida de crianças e adolescentes em situações “anormais” de violência familiar, abandono, rebeldia, desajuste comportamental, depravação moral, vadiagem, prostituição e delinquência.

A abordagem investiu no universo do homem de pouca idade e também em relação a ele alterou a forma de perceber o desvio, fazendo com que o aparato infanto-juvenil se visse desestabilizado em meio a inúmeras questões levantadas pelo *labeling*. O positivismo que edificou a Justiça de Menores no início do século XX e que se manteve influente até a fase de ruptura já nos fins dos anos oitenta entrou em colapso ao perder a vitalidade de um de seus principais dogmas, a ideologia do tratamento. Que

sentido há em investigar a prevenção e a cura da violência se o desvio não passa de um conceito disposto aos interesses dos grupos hegemônicos?

Posta a dúvida na razão de ser do atendimento pedagógico-curativo, poucos elementos restaram firmes na estrutura do modelo tutelar. Sob o novo ponto de vista, evidenciou-se que a jurisdição menorista mais capacidade manifestava de socializar os infantes na lógica de uma conduta desviante do que propriamente construir, como era esperado, uma atitude cidadã. Ademais, as pesquisas da sociologia criminal permitiram drástica mudança na representação da criança, concebendo-a um partícipe da vida pública e privada e situando-a antes como sujeito de interação do que como objeto de correção. A inovação deu ensejo a um avanço substancial, principalmente por tornar possível questionar qual a contribuição e como participa a criança de relações que produzem e propagam na sociedade atributos negativos referidos a pessoas e condutas.

Nesses termos, facilmente se observa que as ideias interacionistas deram suporte a um renovado paradigma e, via de consequência, a uma nova tradução da infância para a experiência normativa do Direito. É nítido o redirecionamento da questão. Na Escola Clássica, indagava-se se a criança era um sujeito de direitos e obrigações, condição de livre arbítrio na qual se inseria quando comprovado o discernimento e, portanto, a capacidade para se motivar pela norma (culpabilidade). Na Escola Positiva, a preocupação era saber se a criança pervertida ou em vias de se perverter poderia ser objeto do processo de cura, uma vez que a periculosidade tinha origem em causas deterministicamente dispostas. Já agora o que se busca é entender como a criança, enquanto sujeito, interage no meio social para ser compreendida em atitude antissocial e o que resulta da intervenção estatal que planeja reverter esse atributo negativo, dada a evidência do conflito de gerações, o adulto hegemônico e a infância subjugada.

Nessa última perspectiva, firmou-se pela primeira vez e em parâmetros incisivos uma leitura crítica da Justiça Infanto-Juvenil – um fato importante, já que representava uma jurisdição recente e que demandava um dissenso doutrinário mais substancial. A partir do entendimento da criança como sujeito de relações sociais, e não mero objeto da intervenção curativa, despontou-se a censura de que a Justiça especializada na verdade não alcançava o objetivo de se distinguir da Justiça ordinária. Assim como o Direito Penal dos adultos a Justiça de Menores instituía e alimentava um sistema segregador e estigmatizante. A substituição da responsabilidade moral e da pena retributiva pelo

critério do risco social e pela medida pedagógica na prática não logrou produzir uma atenção mais humana e digna.

Aliás, o caráter seletivo do modelo tutelar se impunha desde logo na sua estruturação dual, que tomava a criança em dois conjuntos diversos de normas, a especial e a comum. A divisão sustentava a centralidade da matéria, ao dispor, como apregoava CAVALLIERI,¹³⁴ que o direito de menores tinha sua objetividade jurídica nas situações de irregularidade enquanto o direito comum se ocupava dos fenômenos de normalidade social. Por sua vez, a afirmação do âmbito subjetivo também constituía em si um etiquetamento, pois distinguia dos bons infantes aqueles inscritos em patologias sociais, em especial o abandono e a delinquência. No Brasil, o dualismo jurídico permitiu cunhar o termo “menor”¹³⁵ como referência ao indivíduo inserto no direito especial e em distinção à palavra “criança”, apropriada aos institutos do direito civil ordinário e às circunstâncias referidas a relações familiares legítimas, como a filiação e o exercício do pátrio poder.

A definição legal de situação irregular, portanto, constituía atributo negativo e de livre distribuição, uma vez que as descrições na lei usavam expressões indeterminadas¹³⁶, a exemplo da privação material, do perigo moral, do desvio de conduta e da infração penal¹³⁷. Com a imprecisão normativa¹³⁸, a mais singela

¹³⁴ Cf. *op. cit.*, p. 26: “Um argumento de peso é carreado pelo já citado Philippe Robert e baseia-se na constatação de que o sistema atual do Direito pode ser qualificado de dualista. E merece este qualificativo porque cada ramo principal do Direito possui uma região reservada à regulamentação adequada aos menores e outra ao direito comum.”

¹³⁵ A carga negativa do diferente se alinha ao termo “menor” tanto para significar o errante despersonalizado e inscrito num conceito abstrato quanto para referenciar o ser de vivência social irregular e ator de transgressão às expectativas morais. Na primeira perspectiva, cf. Ângela PINHEIRO, *op. cit.*, p. 73-74: “Como conceito discriminatório, “menor” parece trazer, para aqueles que são incluídos na categoria, uma condição: estão sob permanente suspeita, ao mesmo tempo em que parecem se despersonalizar. Qualquer outra característica fica submersa: eles são, antes e acima de tudo, “menores”. Quanto ao segundo significado, cf. Fernando Torres LONDOÑO, A origem do conceito menor, *História da criança no Brasil*, p. 135: “O menor não era pois o filho ‘de família’ sujeito à autoridade paterna, ou mesmo o órfão devidamente tutelado e sim a criança ou o adolescente abandonado tanto material como moralmente.” Em igual sentido discorre Edson PASSETTI, O menor no Brasil republicano, *História da criança no Brasil*, p. 172: “Menor é, portanto, a forma jurídico-social do controle estatal sobre as crianças e jovens do proletariado que estão condenados ao estigma pela sua condição de possível infrator, identificado como delinquente pelo saber das instituições austeras. Substituir o termo *menor* por *criança* e *adolescente* pode trazer apenas nova modernização reconfortante aos técnicos e aos internos políticos de ocasião”.

¹³⁶ Cf. Emilio García MÉNDEZ, *Infância: de los derechos y de la justicia*, p. 187: Qué constituye en realidad un *acto antisocial*, es uno de los tantos mistérios no develados que conforman el carácter esotérico del (no) derecho de menores. En este contexto, un *acto antisocial* es prácticamente una tautología. Un *acto antisocial* es aquello que el juez de menores define como tal.”

¹³⁷ Curiosa a observação de Alyrio CAVALLIERI, *op. cit.*, p. 36, ao criticar o emprego do binômio abandono e delinquência e defender o termo situação irregular, justificando que uma designação genérica

inconformidade às expectativas sociais, ao ideário político ou mesmo aos padrões estéticos e raciais de referência poderia se tornar suficiente a estampar a condição de irregular, desafiando a intervenção dos órgãos judiciais.

Afora o caráter seletivo do conceito jurídico, o “menorismo” exigia uma prática diária de escolhas, o que fazia da Justiça de menores um intenso espaço de significação do estigma. Um cotidiano assim se dava em razão de três aspectos básicos, a necessidade de integrar as precárias definições legais de irregularidade, a ideologia pedagógica-correcional e a prognose do isolamento e da internação.

Perspectivada no tratamento, a atuação jurisdicional consistia, primeiramente, em diagnosticar a circunstância irregular, classificá-la e receitar medidas saneadoras. Observe que tal missão envolvia seus atores no mister de selecionar a partir da abrangência do fenômeno social certas realidades compreendidas como anormais, o que implicava atribuir o sentido de inadequação a determinados contextos individuais, familiares e comunitários.

É claro que a incumbência tinha caráter mais pragmático do que teórico, considerando que a incerteza dos conceitos legais cedia espaço à casuística e, desse modo, como atesta MÉNDEZ¹³⁹, os juízos se formavam mais na conveniência do caso concreto e na comodidade social da intervenção frente à não-intervenção do que na subsunção do fato à norma. Contudo, mesmo uma seleção pragmática carece de princípios orientadores, sendo certo que o alinhamento ao espírito reitor do modelo tutelar, o positivismo, anulava as pretensões de neutralidade e fazia destacar no atendimento judiciário a preocupação com a educação corretiva, a formação moral e a

teria menor potencial de etiquetamento: “Rotular um menor de abandonado ou delinquente ou afirmar-se que ele se encontra com sua segurança comprometida ou é autor de infração penal - podem não alterar muito as coisas sob o aspecto do conhecimento da sua situação. Mas duas considerações devem ser feitas: os rótulos podem ser traumatizantes e a gênese da situação irregular produz reações múltiplas, que se manifestam nas várias faces do problema sob que se apresentam os menores”. A terminologia foi, posteriormente, adotada pela Lei nº 6.697/79, cujo art. 2º dispunha acerca da incidência subjetiva do Código de Menores, considerando em situação irregular o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, vítima de maus tratos ou castigos imoderados, em perigo moral, privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável, com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária, e autor de infração penal.

¹³⁸ Quanto a Portugal, no âmbito da Lei de Proteção à Infância, de 27 de maio de 1911, comenta Eliana GERSÃO, *op. cit.*, p. 625: “Por tal motivo, o tribunal, para agir, não tinha de aguardar que a criança cometesse um crime. Deveria, antes, actuar logo que esta, pelo seu comportamento, desse mostras de se encontrar «pervertida» ou «corrompida»”.

¹³⁹ Cf. *op.cit.*, p. 146: “En todo texto clásico del derecho de menores, el comportamiento debido del juez está equiparado a la figura del “buen padre de familia”. Conviene recordar aquí que entre las múltiples obligaciones de este último no figura la de conocer el derecho para su correcta aplicación. El carácter absolutamente discrecional de sus funciones lo coloca en la situación paradójica de estar técnicamente impossibilitado de violar el derecho.”

superação das mazelas sociais. Enfim, o dogmatismo da educação, compreendido como poder-dever de moldar o homem aos fins do mundo civilizado, demandava um Estado autoritário e com desenvoltura capaz de adequar vidas irregulares à normalidade de pessoas economicamente funcionais, com o que fica evidente a clientela que o sistema desejava abarcar. Muito propriamente, a etiqueta da anormalidade social se dirigia à pobreza. Envoltos nos anseios econômicos e políticos, a escolha das condições de desvirtuamento não poderia eleger outra fonte, já que nela podiam ser encontrados os indicadores de vulnerabilidade, como o baixo nível escolar e cultural, o desemprego e a ociosidade. A criminalização da população de baixa renda resultava dessa associação do atributo de irregular ao déficit social, cujas dificuldades tinham conotações referidas ao desvio e aos desajustes comportamentais¹⁴⁰.

A construção do sentido de irregular despertava, por sua vez, outro mecanismo de estigmatização, a terapêutica do isolamento. A medida tutelar por excelência deveria ser a internação, não por seu caráter sancionador e de privação de liberdade, mas sim pela necessidade de distanciar o infante do padrão corrompido que sua comunidade representava. Nessa lógica, era crescente a demanda por instituições totais, ambientes fechados e aptos a suprir todas as necessidades da pessoa em formação – ainda que o isolamento resultasse em distorção da realidade social, ausência de afetividade e padrões desumanos de interação. O relevo da prática judiciária repousava, portanto, na questão de saber as hipóteses adequadas de internação, problema esse que implicava, sob qualquer ponto de vista, o estabelecimento de um estigma, seja ao apontar as crianças e os adolescentes inadequados ao convívio comunitário ou, inversamente, a comunidade e a família impróprias ao regular desenvolvimento do indivíduo.

A internação se fazia legítima quer se atribuísse o caráter desviante à pessoa ou à sociedade, com o que o conceito era excludente de uma ou outra forma, tanto na referência da agressão do ser contra o social quanto na agressão do social contra o ser. Em ambas as situações a solução apontava para o isolamento.

Uma síntese da visão crítica que o *labeling* proporcionou à jurisdição infanto-juvenil pode ser visualizada na quebra de alguns postulados caros ao modelo tutelar. O pensamento vigente se estruturava em ideias muito nítidas: “a periculosidade manifestada pelo indivíduo pode ser tratada com medidas educativas e assistenciais”,

¹⁴⁰ Cf. Emilio García MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 159: “Los excluidos se transformaron en “menores” y para ellos será necesario la construcción de una instancia específica de control y socialización: los Tribunales de Menores, que funcionan sobre la base de los principios de la doctrina de la situación irregular”.

“as situações irregulares são as causas do perigo social ou pessoal e devem ser objetivamente identificadas” e “as medidas visam educar crianças e adolescentes para a cidadania e sanear os riscos de perversão”.

A nova criminologia permitiu afirmações que contradizem abertamente tais preceitos. Primeiro ao defender que a percepção de periculosidade se define nas relações sociais, reproduzindo mudanças contínuas de grau segundo os contextos de tempo e lugar. Depois ao precisar que o qualificativo de irregular vincula-se a situações e a comportamentos próprios da população de reduzida influência econômica e política, não tendo portanto caráter neutro ou científico. Por fim ao questionar que a medida tutelar, na qualidade de reação social a certa conduta ou determinada pessoa, mais funciona para estabilizar o conceito de desvio e consolidar a identidade desviante do que para internalizar valores consensuais.

Mas, o que há de inovador nessas críticas? Que mudança é possível sinalizar, em especial quando a criminologia sociológica revela ser a criança um elemento importante na textura social e um fator de relevo na definição do desvio?

Parece inquestionável que a nova perspectiva reposicionou a infância como categoria política, ao compreender o homem de pouca idade como ator de papéis centrais no processo de socialização, de produção de bens e serviços e de escolha de lideranças. Conferir um lugar nos fluxos mais determinantes do modo de ser da sociedade foi sem dúvida a grande inovação que a sociologia criminal possibilitou à questão infanto-juvenil no transcorrer do século XX. Não é excessivo classificar o enfoque como inovador, pois autorizou ver o infante não mais como o devir, o futuro da humanidade, e sim como uma existência presente e apta a influir nas decisões atuais. Do incapaz carente de proteção e correção ao sujeito de relações, o partícipe do conflito de interesses, do embate de classes e da disputa de poder que definem a validade da conduta humana. Não mais o objeto da intervenção pedagógica, mas antes o sujeito na interação social¹⁴¹.

A criminologia crítica retomou assim o caminho da jurisdicização da infância. Isso porque reconhecer na criança um sujeito de relações sociais implica, tacitamente, admiti-la um sujeito de direitos. Na democracia moderna, o ator de papéis sociais não pode ser dissociado do credor de direitos e obrigações. E assim o que surgiu das

¹⁴¹ Os menores de rua, os usuários de substâncias entorpecentes, os inadaptados, os incontrolláveis e os infratores são funcionais à sociedade, permitindo destacar os atributos positivos daqueles socialmente corretos.

observações do *labeling* foi a criança livre, detentora de interesses e titular de posições jurídicas, ocupando uma dimensão renovada no imaginário social, com direito a voz e capaz de projetar desejos e pretensões.

2.2. Princípio da legalidade flexível e estrita.

Na representação da criança livre afloraram novas e angustiantes questões.

Que parâmetro de liberdade o mundo moderno, essencialmente plural e democrático, propunha para a infância e a adolescência? Que política criminal deveria se impor para a delinquência juvenil? Enfim, que linhas a Justiça Juvenil se dispunha seguir a partir da superação do modelo tutelar, aquele que historicamente permitiu distinguir a jurisdição especializada da ordinária que contempla o Direito Penal?

A volta ao passado não seria uma opção válida¹⁴². Se há um legado duradouro da Escola Positiva esse repousa na consciência da diferença, considerando que a etiologia do desvio fez ressaltar as singularidades do ser em desenvolvimento, o que impediria conceber a criança um ser absolutamente igual no mundo adulto. Ademais, a experiência de um século de atividades não permitiria retroceder ao modelo do discernimento, com o qual o problema da imputabilidade deveria se situar na infância, aos sete ou nove anos, tornando inútil a existência de uma justiça exclusiva a conhecer fatos relativos ao homem em suas primeiras duas décadas de vida.

Também impróprio seria um modelo de jurisdição que desconhecesse a dignidade humana da criança e do adolescente. As críticas às diversas correntes criminológicas que se sucederam ao longo dos séculos XIX e XX permitiram reconhecer que certos preceitos éticos deveriam ser decisivos no redirecionamento da Justiça infanto-juvenil.

Para os objetivos do presente trabalho, pelo menos três dessas normas merecem destaque. Em primeiro lugar, a regra que determina tratar a criança como um fim em si

¹⁴² Cf. Eliana GERSÃO, *op. cit.*, p. 667-669: “Do facto de falarmos em competência criminal do tribunal de menores relativamente a jovens agentes de crimes *não pode concluir-se que se pretenda instituir, neste âmbito, um sistema de tipo repressivo*. Na verdade, será necessário *nada perdermos* daquilo de positivo que adquirimos através de uma experiência de décadas com o direito tutelar. E o aspecto adquirido mais significativo foi, sem dúvida, a inaplicabilidade das penas comuns, mormente de prisão, a menores de 16 anos. Trata-se de uma conquista que constitui, hoje, um dado cultural do país, que de forma alguma pode ser posta em causa”.

mesmo, e não como meio para aspirações sociais. No dizer de RENAUT¹⁴³, a infância destinada à infância, sem que possa ser reduzida aos fins do mundo adulto. Isso significa relacionar a criança livre a uma responsabilidade específica, aquela que sua idade comporta. De forma mais precisa, inserir a criança nos valores da liberdade e igualdade, instaurando uma relação estatal jurisdicizada com a infância e adolescência e fundamentada em pelo menos dois pilares, a especialização da justiça e a responsabilização diferenciada. Nesse prisma qualificado, a liberdade na infância e adolescência não coincide, por inteiro, com a liberdade de vontade e do livre arbítrio que lhes emprestava a Escola Clássica, mas tão-só a liberdade de realizar suas peculiaridades humanas e de afirmar a singularidade de sua existência.

Um segundo comando ético consta da regra que diz ser obrigação do mundo adulto tratar crianças e adolescentes como objeto de solicitude. Mais uma vez apoiado em RENAUT, considera-se que a jurisdicização é um ponto de partida estruturante e inquestionável, porém insuficiente.

Reconhecer a criança um sujeito de direitos não exime percebê-la como objeto de cuidados contínuos e devotados. A dedicação solícita ao outro projeta o melhor da relação adulto-criança, pois espelha a centralidade dos vínculos pai-filho e mestre-aluno e destaca a tolerância e a autonomia como valores essenciais na ética da solicitude. Vale lembrar que a consideração de crianças e adolescentes dignos de autonomia se reporta ao sentido já explanado, compreendendo a autonomia presente e a futura¹⁴⁴. Ou seja, não só o poder da criança de se manifestar e de ter sua vontade devidamente considerada, mas também o poder-dever do adulto de cassar condutas e pretensões que ameaçam o desenvolvimento da consciência livre e afrontam a criança na autonomia que ela poderá gozar no futuro.

Isso implica afirmar que a Justiça Juvenil, para além de sua especialização e da responsabilidade diferenciada que persegue, deve ter como foco a socioeducação para a liberdade, um agir estatal que, como visto¹⁴⁵, deve desenvolver-se independente da sanção e centrado na autonomia do infrator, conferindo-o a atenção que suas angústias informam necessária, a dedicação requerida para um existir no mundo e com o mundo e os cuidados suficientes a cultivar o sentimento de pertença a uma comunidade e seus valores. Em suma, não basta reconhecer o adolescente um sujeito de direitos e, com

¹⁴³ Cf. *op. cit.*, p. 251 e, mais à frente, p. 262-263. No presente trabalho, cf. item 1.2 *supra*.

¹⁴⁴ Cf. item 1.2.1, *supra*.

¹⁴⁵ Cf. item 1.3.2, *supra*.

isso, senhor de garantias penais e processuais penais asseguradas em normas positivadas como direitos fundamentais do homem. É preciso percebê-lo como objeto de distinções, atendendo às demandas que ele manifesta e se propõe alcançar na afirmação de sua personalidade adulta. E assim tanto na identidade com o homem, como sujeito de direitos, quanto em sua diferença, enquanto ser em desenvolvimento, há de projetar-se a atenção socioeducativa para que de um lado a responsabilidade juvenil não se equipare à penal, a absoluta liberdade de quem é detentor de direitos e obrigações, e de outro não se reduza ao determinismo, a absoluta diferença da criança objeto de correção e de tratamento em razão de desvios inerentes à idade, como pretendia a Escola Positiva.

O último comando ético, decorrente dos dois primeiros, afirma que a responsabilidade diferenciada do adolescente deve corresponder, para além de uma mera atenuação da responsabilidade penal, a uma qualidade própria distinguida pela participação comunitária e pela busca de boas práticas e de alternativas à privação de liberdade, ao processo formal e a recursos que permitem, em certos países, a remessa do caso à justiça comum¹⁴⁶.

De início, tal regra exige da Justiça Juvenil parâmetros mais brandos de sanção, o que veda sofrer o adolescente intervenção mais gravosa do que sofreria se tivesse a maioria penal. Depois, impõe ao sistema cominar opções variadas de sanção com prevalência da modalidade de meio aberto em detrimento da privação de liberdade, de extrema excepcionalidade, tornando corrente a participação da sociedade na execução da medida e a integração do infrator nas dinâmicas sociais do cotidiano. Requer ainda o emprego de técnicas de diversão processual em procedimentos sumaríssimos que envolvem o perdão simples, a transação oferecida pelo Ministério Público e os acordos liminares entre ofensor e vítima. Por fim, propõe que a Justiça Juvenil seja um sistema fechado, exercendo com exclusividade a jurisdição sobre atos infracionais praticados por adolescentes e impedindo a comunicação com o sistema penal – comumente a transferência à jurisdição de adultos é justificada na gravidade do fato, no discernimento

¹⁴⁶ É o caso da Espanha. A Lei Orgânica 8/2006, de 4 de dezembro, alterou dispositivos da Lei Orgânica 5/2000, de 12 de janeiro (LORPM), e tornou facultativa a ordem para que a medida de internamento em regime fechado seja cumprida em penitenciária já a partir de 18 anos, levando-se em conta a inadequação da conduta da pessoa internada aos objetivos propostos na sentença (art. 14, nº 2, da LORPM). Atingindo 21 anos, a decisão é obrigatória, salvo quando, em casos excepcionais, proceda-se à modificação ou substituição do internamento ou determine-se a permanência no centro no qual vem cumprindo após averiguar, igualmente, o sucesso dos objetivos da sentença (art. 14, nº 3, da LORPM).

do agente e na insuficiência de medidas pedagógicas para reparar o dano ou, já durante a execução, no fracasso em reintegrar o indivíduo à sociedade.

Em evidência, portanto, o esforço de conferir ao atendimento jurisdicional um espaço de significação de *status* positivos a contrabalançar sua vocação de atribuir *status* de desviante.

Nessa terceira regra é patente a contribuição do *labeling approach*. A percepção do delito como ato coletivo, em que a reação dos órgãos oficiais exerce papel decisivo em sua conformação, recomenda que qualquer espécie de intervenção estatal deva contemplar o princípio da mínima intervenção. O agir formal há de se restringir a fatos extraordinários, já que o Estado, além de participar do processo de criminalização, tende a distribuir o direito de forma desigual, perseguindo mais incisivamente as condutas e pessoas de maior vulnerabilidade econômica, social e política.

Para FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE¹⁴⁷, a mensagem político-criminal do interacionismo procura aplacar o princípio da legalidade e recomenda aos sistemas de controle da delinquência quatro preceitos reitores, a descriminalização, a não-intervenção radical, a diversão e o *due process*. São linhas de ação contraditórias, porém capazes de agir harmonicamente. Na primeira ressalta-se o caráter subsidiário dos sistemas sancionadores com privação de liberdade, na segunda a importância de mitigar a pena e as medidas de segurança e educativas, na terceira a restrição ao formalismo através de processo consensual¹⁴⁸ e na quarta fica a reserva de intangibilidade das garantias constitucionais.

No que o princípio da legalidade é abrandado no direito material, freando a radicalização da intervenção, e no processual, reduzindo a aplicação do rito ordinário, ele é fortalecido nas regras que protegem o indivíduo do arbítrio estatal. De um lado flexibiliza a igualdade entre os homens, pois ao dizer possível abrandar sanções no caso concreto e suspender o processo em acordos liminares rompe-se a igualdade de uma resposta única e de um processo certo, ambos uniformemente dispostos a todos os

¹⁴⁷ Cf. *op. cit.*, p. 359: “Trata-se, quanto a este último aspecto, de dar realização à injunção básica *leave the kids alone wherever possible*, segundo formulação de SCHUR e a que já antes LEMERT se referia como a uma «prudente não intervenção» (*judicious nonintervention*). Isto na base do abandono do postulado da *diferença* e da descoberta do carácter criminógeno da reacção formal à delinquência, ou, segundo a impressiva formulação de Box, do «horror» experimentado pelo Estado e pela sociedade ao descobrirem o «monstro» que vêm criando. De forma mais explícita, são fundamentalmente quatro os tópicos da política criminal de obediência interaccionista: *descriminalização, não-intervenção radical, diversão e due process*.”

¹⁴⁸ Mais à frente, cf. capítulo 4.

membros da comunidade democrática, independente de sexo, raça ou classe social. De outro reafirma a igualdade do homem perante o Estado, uma vez que a cada um é dado suscitar as garantias penais e processuais penais e em igual medida invocar forças inibidoras do arbítrio estatal, impedindo que a dispensa do processo se dê independentemente da vontade do investigado e que resulte na privação de liberdade.

Como harmonizar tais preceitos, a igualdade entre os homens passível de moderação e a igualdade dos homens frente ao Estado infensa a temperanças, considerando que as duas aspirações igualitárias se implicam mutuamente¹⁴⁹ e emanam de um veio comum, o princípio da legalidade? Como incluir tais regras sem arrebatar a coerência no funcionamento dos órgãos oficiais de controle da violência?

O paradoxo parece não mais assombrar o legislador, que tanto na Europa continental quanto na América Latina optaram por soluções de compatibilidade ao criar subsistemas penais, instituindo sanções alternativas à prisão e transações penais direcionados a determinados delitos e mantendo para fatos graves o rito ordinário e a pena convencional. Apesar da mudança significativa na concepção de legalidade, já que inequívoco o fortalecimento das partes no processo penal, inclusive no papel desempenhado pela vítima, e do inovador grau de incerteza conferido à consequência jurídica, as soluções de compatibilidade nada mais fizeram do que criar bolsões de tolerância estrategicamente localizados. Precisamente, o abrandamento da sanção e do rito processual restringiu-se a delitos de menor potencial ofensivo, restando o cuidado de condicionar as concessões feitas ao contraditório e à ampla defesa a uma concordância expressa do réu e à impossibilidade do acordo penal resultar em privação de liberdade. Observe-se que o rigor da lei, tanto na pena quanto no processo, manteve-se incólume nos ilícitos de maior gravidade, prevalecendo nessas hipóteses a prioridade da segurança social e das garantias formais. Eis, assim, como o movimento legislativo do final do século XX acomodou no seio do direito e processo penal a ideia de legalidade ao mesmo tempo flexível e estrita, criando ritos e penas alternativas para

¹⁴⁹ Há uma contradição aberta nesse pensar, pois é na igualdade entre os homens que se alcança a igualdade perante o Estado. Iguais direitos de liberdade implicam consequências uniformes. Afinal, as garantias constitucionais subentendem a impossibilidade de reduzir, com fundamento em condições pessoais, um mesmo fato a duas consequências distintas ou a persecução de um mesmo tipo penal a dois ritos processuais diferentes, um deles com escasso emprego do contraditório e da ampla defesa. No entanto, tal contradição só se sustenta se se considerar a igualdade um princípio meramente formal, alheio às peculiaridades que demandam os fatos e as pessoas em particular.

certos delitos, em nome de um melhor desempenho e de um menor efeito estigmatizante.

Mas, é de ressaltar que as recomendações de descriminalização, não-intervenção radical, diversão e *due process* alcançaram a Justiça Juvenil em momento singular. Enquanto no direito penal tais linhas despertaram debates no interior de uma base abertamente jurisdicizada, confrontando perspectivas de garantismo, de efetividade e de legitimidade, no direito especial as proposições se depararam com um processo ainda em marcha de jurisdicização, em que a derrocada do modelo tutelar apontava a sucessão do paradigma correccional ao de responsabilidade.

Bem claro que a derrogação das práticas de correção pedagógica do positivismo impunha uma abertura ao princípio da legalidade e à concepção da criança enquanto sujeito de direitos. Mas igualmente determinante era o recado do *labeling*, informando que tal movimento não prescindiria do acerto de pontos de flexibilidade, uma vez que a superação do modelo tutelar não retiraria do seu sucedâneo a qualidade de instância oficial de controle da violência e, por conseguinte, a capacidade de etiquetar, marginalizar e conferir aos jovens infratores atributos negativos.

O afluxo de forças aparentemente contraditórias, jurisdicização e desjurisdicização, fez ressaltar, a exemplo do que ocorreu com o Direito Penal, a tolerância e a intervenção mínima como diretrizes determinantes à Justiça Juvenil. Daí o imperativo que levou a responsabilização especial a se reestruturar segundo os parâmetros idealizados pelo modelo 4D, quais sejam descriminalização, diversão (desjudicialização), *due process* (processo justo) e desinstitucionalização¹⁵⁰.

A perspectiva da não-intervenção foi recepcionada no Direito Penal para o trato da pequena criminalidade através de penas alternativas e transações penais, porém

¹⁵⁰ Cf. Carlos Vázquez GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 114: “Lo que este modelo persigue, a grandes rasgos, es que el Derecho penal solamente intervenga em aquellos delitos cometidos por los jóvenes, que sean verdaderamente graves e importantes, desde un criterio de prevención especial, que es el criterio rector en el campo de la delincuencia juvenil. Para ello se sigue un proceso secuencial. En primer lugar, evitar todo contacto de los menores con las instancias de control formal **despenalizando** una serie de delitos como serían, los delitos de bagatela o de escasa gravedad. A continuación, se trataría de evitar, renunciar o suspender el proceso penal mediante la **desjudicialización** de esas infracciones. Por último, se pretende que si por la gravedad del hecho, se hace necesario la incoación del proceso; éste debe ser realizado bajo el estricto cumplimiento de los derechos y garantías procesales, inherentes a toda persona (un **proceso justo**). Y, si en dicho procedimiento, se hace necesaria la imposición de alguna media o sanción, la medida privativa de libertad debe ser impuesta como último recurso y con la duración posible (**desinstitucionalización**)”.

revelou desafio ainda maior à Justiça Juvenil¹⁵¹, máxime ao exigir, como explicam HASSEMER e MUÑOZ CONDE¹⁵², esforços de integração do agente, da vítima e da sociedade.

Conclusivo dessas assertivas é perceber que a análise criminológica chega a soluções de todo muito semelhantes às aquelas obtidas na perspectiva pedagógica e da democratização da família, detalhadas anteriormente¹⁵³. A criminologia crítica não só possibilitou retomar a jurisdicização da infância, a partir de quão evidente ficou o papel da criança nas atividades sociais, como também permitiu inferir, uma vez iluminada a desigualdade nos controles dos atos e das pessoas desviantes, os comandos éticos a direcionar os rumos da responsabilidade que se planejava imputar ao homem nos primeiros passos do desenvolvimento de sua personalidade.

Nesse sentido, as conclusões são convergentes. A inexorável inserção da infância na legalidade invoca um paradoxo, uma vez que o mundo adulto não pode se relacionar com o mundo infanto-juvenil sob um prisma absolutamente jurisdicizado, devendo acolher a criança livre, sujeito de direitos, em sua dignidade humana, objeto de solicitude e de boas práticas comunitárias, capaz de associar o infrator a atributos sociais positivos.

Quer isso dizer que a responsabilidade juvenil há de ser edificada não na dicotomia “educar e punir” e sim na problemática “sancionar e perdoar”. No lugar de educar, a função da Justiça especializada cinge-se à busca de uma retribuição mínima e, com isso, destina-se a potencializar os recursos comunitários e os institutos estatais de promoção e defesa de direitos sociais, âmbito de uma socioeducação verdadeira e libertadora, apta a refazer as realidades que dão significado à violência e a ensaiar o

¹⁵¹ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 431. “Também para a *delinquência juvenil* se procuram insistentemente novos caminhos de política criminal que são, em boa medida, caminhos de descriminalização. Por um lado, parece adquirido que não devem ser criminalmente punidas as condutas dos menores que não constituiriam crimes se praticadas por adultos. Por outro lado e sobretudo, aumenta o coro dos que reclamam um recurso maior a soluções de *diversão*, ou mesmo de *não intervenção radical*, como vias privilegiadas para induzir a conformidade por parte dos jovens – na linha da conhecida reivindicação *leave the kids alone wherever possible* (SCHUR); e em conformidade, de resto, com os ensinamentos da criminologia interaccionista. São, com efeito, os jovens os que menos resistência oferecem à eficácia criminógena das reacções criminais, através designadamente da adscrição duma identidade desviante e da entrada numa carreira delinvente.”

¹⁵² Cf. *Introducción a la criminología*, p. 368: “De um modo general, se puede decir que la *Nonintervention*, como alternativa a la pena privativa de libertad, sólo puede tener éxito en estos momentos respecto a delitos no muy graves y especialmente en el ámbito de los menores delincuentes, y siempre que se cuente con la colaboración del propio condenado, de la víctima y de la sociedad para llevar a cabo los programas propuestos.”

¹⁵³ Cf. item 1.2.2, *supra*.

compromisso do infrator com seu destino e o da comunidade. Ou seja, o sistema de responsabilização deve se perceber distinto do sistema de integralização de direitos fundamentais (educação, saúde, assistência social e convivência familiar), mas com ele manter uma aliança com a qual afirma ser o acesso à cidadania uma prioridade frente à sanção.

O ponto nodal da Justiça Juvenil consiste, portanto, no critério de flexibilização da resposta estatal, na medida em que o dever de proteção que a adolescência demanda do mundo adulto constitui fator limitativo da intervenção estatal na autonomia do indivíduo, seja o Estado-educador seja o Estado-repressor, em prol de institutos que integrem a jurisdição e as estruturas informais de controle. O dever de proteção que resta ao sistema resume-se à tolerância de regras que excluem ou abrandam a sanção, tanto no campo do direito material, com a prevalência de medidas de meio aberto, a excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade e a ampla possibilidade do perdão, quanto em sede de direito processual, com as técnicas de consenso e de participação comunitária na solução dos conflitos, a exemplo do procedimento sumaríssimo do processo penal e das experiências restaurativas.

Uma Justiça assim definida chama a sociedade a interagir no cumprimento de seus desígnios – a mínima intervenção do Estado sancionador supõe a ótima e jurisdicizada intervenção da comunidade e do Estado Social, com ações que contemplem a autonomia e a liberdade da pessoa. Aliás, a articulação do sistema jurídico com os recursos comunitários e os serviços públicos básicos de atenção social, à saúde e à educação revela que responsabilização e educação agem em foros absolutamente distintos, ainda que tenham implicações mútuas, já que a violência juvenil é um dado a ser vivenciado em soluções socialmente construídas.

Como visto, tal ordem só é viável a partir da legalidade flexível (igualdade entre os homens sujeita a moderações) e estrita (igualdade dos homens frente ao arbítrio estatal sob regras cogentes e absolutas).

Porém, afora definir e contextualizar a obrigação de proteger, a sociologia criminal somou pontos relevantes e inovou o que já havia sido estabelecido no discurso acerca da democratização da infância. Fez perceber, principalmente, que a tolerância não é fruto de uma mera valoração ética abstrata, mas antes se explica em circunstâncias sociais objetivas. A solicitude é uma exigência de um dado real, a hegemonia da maturidade sobre a puerícia, domínio que distorce as forças dispostas na socialização,

subjuga o vulnerável ao tempo que diz proteger, apropria as aspirações do infante quando afirma destiná-lo a um futuro promissor. As razões do perdão, assim como as da repressão, surgem dos embates do cotidiano, dos arranjos político-econômicos subjacentes aos conflitos de gerações e, numa visão mais ampla, da disputa de grupos e de classes sociais. No seio de interesses contrapostos residem as raízes das liberalidades, da dispensa da pena e, no veio oposto, dos conceitos de atos e pessoas desviantes, os quais alimentam o ânimo social de punir e segregar.

Porquanto, a responsabilidade juvenil pautada no perdão e na eventualidade da sanção não resulta só dos comandos éticos há pouco descritos, mas também da dinâmica ínsita ao controle da infância e de sua libertação, frente e verso da mesma realidade. Nas percepções variadas da violência imputada ao menor emergem justificativas para diversas situações, a opressão e a afetividade, a exclusão e o acolhimento, o punir e o perdoar.

Enfim, o ideal de liberdade socialmente construído tem maior ou menor elasticidade sempre que a idade constitui uma variável determinante, pois são distintas as ilações de culpa e desculpa atribuídas ao jovem e ao adulto. Afinal, a quem estamos mais disponíveis ao perdão?

2.2.1. O modelo 4D nas normativas internacionais.

Do que foi dito, importante marco resta ordenado, tanto nas conclusões advindas da abordagem da democratização da infância quanto dos resultados da criminologia crítica. Por certo, os parâmetros que flexibilizam o princípio da legalidade surgem através de mecanismos que compatibilizam a afirmação de liberdades e autodeterminação do adolescente com o reconhecimento de demandas por proteção, o que invoca concessões não no plano dos direitos positivos e sim no próprio poder estatal de sancionar.

Mas, que nuances direcionam tais outorgas?

O questionamento é imprescindível, tal a premência de se determinar regras objetivas e claras a indicar que condutas abstratamente cominadas e que fatos concretamente aferidos devem ser objeto de sanção ou perdão. A exemplo do que fez o sistema penal, ao precisar o conceito de delito de menor potencial ofensivo e as

hipóteses do rito sumaríssimo, cabe à Justiça Juvenil definir os critérios a guiar a seleção oficial dos casos em que deve incidir a sanção estatal, delimitando o alcance dos princípios da reserva legal e da obrigatoriedade da ação. Em outros termos, um modelo que parte da legalidade estrita e flexível apresenta especificidades tanto no direito material quanto no processual, sendo de todo relevante conhecer que fatores, em ambas as esferas, definem o modo pelo qual o valor tolerância atua na afirmação e no exercício na pretensão estatal de sancionar.

Não à toa o tema em questão foi objeto de extenso debate na esfera internacional. O desafio proposto a definir as diretrizes da jurisdição juvenil ganhou relevo no mundo inteiro com o movimento de libertação da criança, o que animou a ONU a firmar importantes compromissos entre os países membros, em especial a Convenção de Direitos da Criança, as Regras de Beijing, a Regra das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade e as Diretrizes de Riad. São documentos em que, claramente, se observam os contornos do modelo 4D, restando evidentes as observações da criminologia crítica e o propósito de conciliar o sujeito de direitos com o ser objeto de solicitude, respeito e socioeducação.

A análise dos compromissos mediados pela ONU contempla ambas as preocupações, a de jurisdicizar a infância e a de desjurisdicizar o sistema de responsabilização que resulta dessa concepção de criança sujeito de direitos e obrigações. No intuito de facilitar tal discernimento, é possível classificar as normas em quatro grupos básicos, as regras materiais na defesa de liberdades públicas¹⁵⁴, as regras

¹⁵⁴ Dentre elas: princípio da reserva legal (arts. 37.b, 40, nº 2.a da CDC; arts. 2.2.b e 3.1 das Regras de Beijing; art. 54, das Regras de Riad), princípio da igualdade (art. 2.a da CDC; art. 2.1, das Regras de Beijing; art. 4 das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade), direito ao reconhecimento da imputabilidade diferenciada em razão da idade (art. 37.c, art. 40, *caput, in fine*, e art. 40, nº 2.b.iii, nº 3.a, da CDC; arts. 2.2 e 4.1 das Regras de Beijing; art. 11.a, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); inimputabilidade em decorrência de doença mental (art. 53, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); culpabilidade (art. 40.1, da CDC; art. 2.2.c 17.1.a, das Regras de Beijing); respeito à dignidade do adolescente (art. 37.c e 40.1, da CDC; art. 12, 13, 14 e 66, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); direito à preservação da intimidade e ao segredo de justiça: art. 40, nº 2.b.vi, da CDC; arts. 8 e 21, das Regras de Beijing); vedação à formação de antecedentes ao sistema adulto (art. 21.2, das Regras de Beijing); proporcionalidade entre fato e consequência jurídica (art. 40, nº 4, da CDC; art. 5.1, 17.1.a, das Regras de Beijing); vedação de tortura, penas cruéis, desumanas e degradantes, pena de morte e prisão perpétua (art. 37.a, da CDC; art. 17.2 e 17.3, das Regras de Beijing; art. 67, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); liberdade condicional (arts. 28.1 e 28.2, das Regras de Beijing); privação de liberdade restrita ao cometimento de ato envolvendo violência contra a pessoa e à reincidência no cometimento de infrações graves (art. 17.1.c, das Regras de Beijing); execução da medida em local separado de adultos (art. 37.c, da CDC; art. 26.3, das Regras de Beijing); preservação da autonomia (art. 9 e 49, das Regras de Riad); direitos de cidadania (art. 13.5, das Regras de Beijing).

materiais na promoção do consenso¹⁵⁵, as regras processuais na defesa de liberdades públicas¹⁵⁶ e as regras processuais na promoção do consenso¹⁵⁷. Tem-se por regras materiais as que versam acerca do poder estatal de sancionar. Neste grupo são concebidas enquanto consensuais as que estabelecem mecanismos de descriminalização, perdão e abrandamento da sanção ou fixem meios de participação comunitária. De outro modo, na categoria de regras processuais estão as que regem a persecução do ato infracional, distinguindo como consensuais aquelas que remetem o processo a uma decisão acordada entre as partes, de forma a mitigar o princípio da verdade material, ou as que admitem substituir a jurisdição por procedimentos comunitários, como a justiça restaurativa. Em ambos os grupos caracterizam-se como normas na defesa de liberdades

¹⁵⁵ Nesse grupo, podem ser destacados os seguintes dispositivos: direito à multiplicidade e flexibilidade de medidas (art. 40, nº 4, da CDC; art. 18.1, das Regras de Beijing); descriminalização (art. 4, “caput”, art. 4.e e art. 4.f, das Regras de Riad); promoção do bem-estar: art. 3, nº 1, 2 e 3, da CDC; arts. 1.1, 10.3 e 17.1.d, das Regras de Beijing); direito à educação (arts. 38 ao 41, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); fins de proteção do jovem e manutenção da paz (art. 1.4, 2.3, 5.1, 17.1.a, 26 das Regras de Beijing); excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade (art. 37.b, da CDC; arts. 17.1.b, 18.1 e 19.1, das Regras de Beijing; art. 1 e 2, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); reintegração do jovem na sociedade (art. 29, das Regras de Beijing; arts. 12 e 42 ao 46, 79 e 80, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); prevenção do abuso de drogas (art. 51, 54 e 55, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); presença de equipe interdisciplinar na execução de medida de internação (arts. 81 ao 87, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade; art. 56, das Regras de Riad); possibilidade de liberação antecipada (art. 79, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); plano individual de atendimento (art. 27, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade).

¹⁵⁶ Nesse rol, são destaques: presunção de inocência (art. 40, nº 2.b.i, da CDC; art. 7.1, das Regras de Beijing; art. 17, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); excepcionalidade da internação provisória (art. 13, das Regras de Beijing; art. 17, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); liberação imediata em caso de flagrante (10.2, das Regras de Beijing); direito de ser ouvido em juízo e de autodefesa (art.12, nº 1 e nº 2, da CDC; arts. 7.1 e 14.2, das Regras de Beijing); direito ao amplo conhecimento da imputação (art. 40, nº 2.b.ii, da CDC; art. 7.1, das Regras de Beijing); direito à defesa técnica (art. 37, d, 40, nº 2.b.ii, da CDC; art. 7.1 e 15.1, das Regras de Beijing; arts. 18.a, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); direito à assistência dos pais ou representantes legais (art. 37.c, art. 40, nº 2.b.ii, da CDC; arts. 7.1, 10.1, 15.2, 18.2 e 26.5, das Regras de Beijing); direito à realização de estudo social (art. 16, das Regras de Beijing); direito à urgência e prioridade no julgamento do processo (art. 40, nº 2.b.iii, da CDC; art. 20, das Regras de Beijing; arts. 17, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade); direito ao juiz natural (art. 40, nº 2.b.iii, da CDC; art. 14.1, das Regras de Beijing); direito a não produzir provas contra si mesmo (art. 40, nº 2.b.iv, da CDC; art. 7.1, das Regras de Beijing); direito de presença e interrogar na audiência de instrução e julgamento (art. 40, nº 2.b.iv, da CDC; art. 7.1, das Regras de Beijing); direito ao duplo grau de jurisdição (art. 37, d, art. 40, nº 2.b.v, da CDC; art. 7.1, das Regras de Beijing); direito a uma Justiça especializada (art. 40, nº 3, da CDC; arts. 1.4, 2.3 e 12, das Regras de Beijing; art. 4, b, 50, das Regras de Riad); direito ao devido processo legal nos processos disciplinares instaurados nos programas de internação (arts. 66 ao 71, das Regras das Nações Unidas para proteção de jovens privados de liberdade).

¹⁵⁷ Merecem relevo as seguintes normas: desjurisdicização (art. 40, nº 3, b, da CDC; art. 1.3, art. 11, das Regras de Beijing; arts. 4.c, 5 e 18, das Regras de Riad); princípio da discricionariedade regrada (arts. 6.1, 6.2 e 6.3, das Regras de Beijing); princípio da fungibilidade das medidas (art. 23.2, das Regras de Beijing); execução da medida integrada aos serviços públicos e aos serviços da comunidade (arts. 1.3, 11.4 e 25, das Regras de Beijing); suspensão do processo (art. 17.4, das Regras de Beijing).

públicas as que conferem posições jurídicas ao adolescente frente ao poder estatal de sancionar.

A presença nos compromissos da ONU de perspectivas colidentes, nos moldes do que propõe o modelo 4D, informa os princípios basilares a instituir a responsabilidade juvenil. A reserva legal e o devido processo legal reclamam a feição da legalidade estrita, em sinal de que a vertente *welfare* tem espaço mitigado num contexto que privilegia as garantias penais e processuais penais. Noutro passo, há claro apelo à flexibilização ao recomendar de um lado a multiplicidade de medidas disponíveis ao magistrado, a discricionariedade regrada na aplicação da medida e a excepcionalidade da privação de liberdade e de outro a fungibilidade das medidas e a desjurisdicização – diversão e acordos liminares, designados no ordenamento brasileiro pelo termo remissão. Mais do que afirmar ser oportuna a maior comunicação entre a Justiça e as instâncias informais de controle, as prescrições das normativas internacionais demonstram receptividade ao comando que prevê liberdades públicas, tomando o adolescente como sujeito de direitos, ao tempo que estabelece certo abrandamento da sanção estatal, com o qual busca destacar a vulnerabilidade da pessoa em desenvolvimento. As normas consideram, sem embaraços, a dinâmica da pretensão estatal de sancionar diante do problema ao mesmo tempo ético e pragmático de garantir a maturação do jovem, processo de caráter biológico, cultural e social que é dependente da convivência comunitária e da preservação da autonomia do agente.

Mas, apesar de atestar a coerência da linha de interação Estado-comunidade e de contemplar uma responsabilidade mitigada, a classificação ora proposta para a análise das normas internacionais não responde diretamente as indagações que de forma mais próxima animam a presente investigação.

Afinal, o comando que diz vigente a legalidade e, no que pertinente, afirma sua flexibilização desafia tarefa complexa, porquanto carece instituir regras para o direito especial nas quais o perdão, o acordo, a conciliação e a abertura às instituições informais – a família, a escola e associações civis – precisam estar habilmente inseridos. Desincumbir-se de tal missão exige, portanto, ir além das premissas históricas e políticas que firmaram os princípios estruturantes, conhecer que regras resultaram válidas uma vez definidas as diretrizes da Justiça Juvenil, questionar como os países organizaram o sistema judiciário após assinarem compromissos embasados em direitos humanos e inquirir que regras comandam a definição do ilícito e sua persecução. Em

síntese, é preciso colocar-se no lugar do legislador, do magistrado e dos comentadores da lei, investir sobre o detalhamento do direito positivo, esmiuçar o que as legislações nacionais oferecem e investigar que estímulos resultam das normativas internacionais. E mais, saber que dogmática se impõe na ordenação dos trabalhos jurídicos, no campo teórico e prático, em busca de soluções para os casos concretos que assaltam a mente do aplicador do direito.

No exame da arquitetura legal, as perguntas brotam em profusão. Que normas conformam a responsabilidade juvenil sob os desígnios da legalidade flexível e estrita? Os institutos da teoria do delito são revistos no ato infracional? Tipicidade e ilicitude devem guardar similitude em ambos os sistemas de responsabilização, o adulto e o juvenil? Há juízo de culpabilidade? A medida é proporcional à gravidade do fato? No campo processual, o equilíbrio do processo acusatório integrado pela verdade material se deixa abalar pela força mais incisiva do acordo? Há processo de partes? Que papel exerce a vítima?

Logo se vê que a problematização “sancionar e perdoar” é proposta pelos princípios basilares do modelo 4D, mas a estruturação que o dilema se dispõe abraçar envolve estudo mais extenso em direção às minúcias normativas e às particularidades referentes ao modo como as leis dos países signatários acolheram as convenções da ONU.

2.2.2. A investigação das regras do consenso.

O consenso compõe temática diretora no Direito Infracional, perspectiva que não se limita a questões pontuais e inertes. Antes, infiltra-se na dinâmica de conceitos e significados que norteiam o sistema, desde a definição dos fins das medidas, de suas modalidades, das condições e hipóteses da sanção, da individualização e dos institutos processuais até a comunicação com as demais formas de responsabilidade, inclusive o direito penal.

Assim, as proposições de descriminalização, diversão (desjudicialização), *due process* e desinstitucionalização se organizam em três vertentes, as quais indagam o que é a responsabilidade juvenil, como se dá a persecução e quando a sociedade admite sua prevalência. São questões que buscam resposta à estruturação do direito material, do

processo e da política infracional, particularidades que animam a investigação dos capítulos que se seguem.

O termo consenso assume, portanto, sentido abrangente de toda iniciativa que abraça a legalidade como princípio formal e inflexível, um imperativo da ambivalência do mundo infanto-juvenil, em igual medida sujeito de direitos e objeto de solicitude.

Como se verá, as soluções produzidas no Brasil, em Portugal e na Espanha muito embora envolvam a releitura das teorias da pena e do delito tratam, em verdade, de experiências destinadas a galgar certas similitudes e diferenças com os mecanismos penais, permitindo com isso, em nome de um ideal de tolerância variável em cada país, distinguir o direito infracional como um discurso jurídico singular.

3. TEORIA DO ATO INFRACIONAL.

A investigação que pretende traçar os contornos da teoria do ato infracional indaga de partida que resultado real se espera extrair do direito positivo. São os fins insertos na lei que iluminam as interseções entre valor e fato.

Em outros termos, se o discurso jurídico não se aparta da realidade social, sendo certo que há metas e objetivos na legislação¹⁵⁸, então a pesquisa que excursiona na seara da dogmática jurídica¹⁵⁹ deve se colocar à disposição de problemas declaradamente pragmáticos, estando apta a sustentar diálogo com os anseios mais corriqueiros no tema da violência juvenil.

Afinal, que sanção é legítima e alcança aplicabilidade em face do jovem infrator? Que conduta se reveste do atributo de ilicitude quando o agente apresenta escassa experiência de vida? Que proporção deve existir entre fato e medida socioeducativa? Que circunstâncias possibilitam atribuir responsabilidade moral ao adolescente, exigindo que no caso concreto tivesse ele agido de outra maneira e se motivado segundo os valores e bens jurídicos protegidos no Direito Penal?

As indagações reportam a escolhas práticas quanto aos fins da intervenção estatal. No seio delas repousa a obrigação de definir caminhos, sendo necessário escolher, dentre outros pontos, o modo de repreender, os fatos que qualificam a condição de agressor, os critérios que auxiliam qualificar uma conduta individual como reprovável, as peculiaridades da pessoa enquanto destinatária de uma censura e o

¹⁵⁸ Cf. Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*: volume 1, parte geral, 84: “Sem embargo, é lícito e necessário que tanto o político como o jurista, se perguntem quais devem ser as metas ou o objetivo da legislação penal, pois destas perguntas dependerá que, tomando em conta a informação procedente da realidade, o político criticará a lei e indicará as reformas legislativas que aproximem a lei positiva a seus objetivos, enquanto o jurista, também tomando em conta a informação real, buscará pela interpretação o sentido e os limites das disposições legais, de maneira compatível com o objetivo geral.”

¹⁵⁹ Compreende-se dogmática jurídica enquanto análise que parte do Direito Positivo, dado que direito posto, para descrever, classificar, sintetizar, criticar e inovar os modelos jurídicos, questionando a vigência, eficácia e legitimidade da lei. É o sentido que propõe Miguel REALE, *Filosofia do direito*, p. 161: “Dogma é aquilo que é posto como princípio ou doutrina. É esta razão que a Ciência Jurídica se manifesta como *Dogmática Jurídica*, quando ela tem por objeto de estudo as normas jurídicas vigentes, aceitas como ponto necessário de partida para a determinação do Direito Positivo”. Acerca da postura crítica, cf. IDEM, *Lições preliminares do direito*, p. 176: “Como pensamos ter demonstrado em nosso livro *O Direito como Experiência*, enquanto que as fontes revelam *modelos jurídicos* que vinculam os comportamentos, a doutrina produz *modelos jurídicos*, isto é, *esquemas teóricos*, cuja finalidade é determinar: a) como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos; b) que é que estes modelos significam; e c) como eles se correlacionam entre si para compor figuras, institutos e sistemas, ou seja, modelos de mais amplo repertório.” Assim, uma dogmática do Direito Infracional há de ser vista como estudo analítico de normas vigentes, com o objetivo de averiguar a coerência de regras e princípios no interior do sistema.

alcance da sanção. Através dessas definições, espera-se visualizar a fisionomia do sistema infracional, entrevedo as disposições da sociedade em interagir com a adolescência através da atitude de punir e perdoar.

Contudo, as perguntas em destaque não se resolvem livremente, posto que se sujeitam a premissas básicas. Como visto nas páginas antecedentes, os imperativos da modernidade já antecipam princípios cogentes à interação menoridade-maioridade.

Isso significa que o plano dogmático do ato infracional deve contemplar respostas a exigências fundamentais advindas da legalidade, da ética e de categorias sócio-políticas. Mais precisamente, o arranjo de normas que regulam a ilicitude juvenil há de refletir o jurídico, o adolescente sujeito de direitos e obrigações, porquanto livre e autônomo para dizer o modo de conduzir a vida; o ético, o jovem objeto de cuidados e de solicitude e também partícipe da alteridade, em que o desenvolvimento de sua personalidade adulta se realiza como prática de liberdade; o semblante fático, tendo em conta que a seleção do ato e da pessoa delinquentes obedece a relações de hegemonia, em que a criança, o jovem, o negro, o pardo, a mulher, o pobre e o feio são vulneráveis e se destinam ao imaginário desviante; a determinante política, uma vez que é função do Estado aperfeiçoar os parâmetros de tolerância construídos socialmente e reverter o fluxo de atributos negativos conferidos ao infrator – incumbência que é inerente aos direitos sociais de educação, cultura, saúde, previdência, habitação, lazer e trabalho.

Estando todos esses aspectos imbricados, não é dado formatar o Direito Infracional sem atender aos reclamos de cada um em particular, considerando que dizem acerca de uma responsabilidade juvenil coerente com a maturidade da pessoa em desenvolvimento e com as implicações de poder que resultam de qualquer iniciativa do Estado. A análise dos fins da medida socioeducativa perpassa necessariamente os referenciais éticos e políticos, assim como os contornos do princípio da reserva legal devem espelhar os parâmetros divergentes de legalidade e as contingências fáticas da infração na adolescência. Ou seja, o próprio sistema há de ter sua maturidade interna e afirmar o quanto suporta os arroubos da juventude sem perder de vista a capacidade de reagir a agressões danosas ao coletivo.

É preciso frisar, tal a magnitude do tema, que não há aqui a pretensão de esgotar suas possibilidades, mesmo porque inexistente o espaço que demandaria uma abordagem mais detalhada e disposta de maneira didática. A esperança é bem menos ambiciosa, contentando-se em apresentar problematizações as quais sejam suficientes a

iluminar as principais diretrizes de uma normatividade adequada ao ideal contemporâneo de liberdade.

3.1. Os fins das medidas e a socioeducação.

Ainda que raras as resistências à definição do homem como potencial de uma existência superior, plano aberto ao progresso ou o próprio movimento de tornar-se, em qualquer fase da vida, um grau mais elevado, pouco acordo existe quanto à representação dos caminhos do evoluir.

Se o homem enquanto ser destinado à perfectibilidade é ideia que não desperta controvérsias, dada a observação de realidades percebidas como naturais – o curso da vida, nascer, desenvolver e morrer, a capacidade de aprender, a habilidade de se adaptar ao meio e outras rotinas da condição humana –, o mesmo não ocorre quando em pauta os instrumentos que guiam o desenvolvimento. As eventualidades do progredir não só provocam dúvidas como também autorizam sérias discordâncias de raízes filosófica, ética e científica, dado que o homem flui em processo situado na história e na cultura, com interação simultânea do biológico, do emocional, do social, do econômico e do político.

Assinalar a complexidade da maturação¹⁶⁰ torna-se indispensável quando a pretensão é a de que o estudo da natureza do evoluir confronte o indivíduo frente aos valores e às expectativas dominantes na sociedade, tendo em mira o controle de impulsos antissociais. Mais precisamente, a abordagem do processo de aquisição de competências há de partir do pressuposto de que o progredir nas capacidades cognitivas e emocionais (autocontrole e consciência ética) forma linhas entrelaçadas numa miríade de implicações existenciais, que guiam o agir interior e fazem do conjunto de atitudes que qualificam o homem no decidir a si mesmo, através da vivência cotidiana, uma operação repleta de significados singulares, ricos e surpreendentemente inovadores. Com isso, a adaptação social, a habilidade de socializar, a motivação segundo os valores

¹⁶⁰ O homem comporta na linha do tempo fases qualitativamente diferentes e sequenciais, que são dependentes da interação social e apresentam domínios distintos de processamento, como assinalam Norman A. SPRINTHALL e W. Andrew COLLINS, *Psicologia do adolescente: uma abordagem desenvolvimentista*, p. 26: “O crescimento ao longo dos estádios não é automático, mas depende da combinação da maturação fisiológica com uma interação adequada com o meio ambiente”.

correntes e a capacidade intelectual se firmam nas histórias de vida e na evolução de sentimentos, carências, necessidades e desejos satisfeitos e interditados em momentos adequados ou inoportunos.

Observe-se que a afirmação do desenvolvimento como ato complexo sinaliza duas conclusões determinantes à questão do ato infracional. Primeiramente, a de que o socioeducar compreende movimento muito mais imanente que transcendente, ao ressaltar antes o indivíduo em sua iniciativa de compreender e buscar o social do que a iniciativa da sociedade de impor ao indivíduo o conhecimento e os padrões válidos de conduta¹⁶¹. Depois, a de que a interação social que permite o progredir demanda o diálogo do eu com o outro mediado pela objetividade do mundo, e não o monólogo do outro e do mundo doutrinando a singularidade do eu.

As duas proposições reclamam para o desenvolvimento um traço de incompatibilidade com a pura sujeição, a subjetividade engendrada a partir de forças externas e indiferentes a parâmetros de igualdade entre o eu e o outro. Aduzem ainda uma matriz contingente, posto que são incertos os projetos do crescimento, negociados e agendados em cada um e de modo próprio a depender de como se enfrenta o processo cogente de avançar estágios – razão pela qual as pessoas amadurecem em idades não tão uniformes e muitas sequer atingem certo marcos, ainda que motivadas por estímulos semelhantes do ambiente.

Mas, se a aprendizagem é vivência, afetividade e intersubjetividade, se as representações sociais do que é positivo e negativo são acessadas no cotidiano, se a compreensão de valores em situações concretas é o que possibilita traduzir o conhecimento em condutas, se o conhecer e o tornar-se agente de uma vida cidadã caminham juntos, se todos esses movimentos são preferencialmente imanentes, partem do indivíduo em sua luta para integralizar sua personalidade e alcançar a experiência emocional da vida adulta, então que papel remanesce ao Estado socioeducador? É-lhe devido substituir a família, a escola, a comunidade e as texturas sociais mais alargadas, ambientes nos quais erigem o saber e a maturidade? A tutela educativa do Estado por si só pode ter sucesso em mudar o jovem infrator a um modo de ser e estar no mundo

¹⁶¹ Pretende Émile DURKHEIM, *Educação e sociologia*, p. 106-107, afirmar a importância superior do social na relação pedagógica, contudo o Autor deixa claro que a sociedade em sua estruturação econômica e política é determinante apenas para definir o espírito de um tempo e a mundividência reinante. Ou seja, o social fixa os valores e o conteúdo da aprendizagem, mas a forma como o indivíduo incorpora essa temática em sua vida constitui um processo basicamente emocional e subjetivo e, portanto, imanente.

conforme as normas de convivência democrática? Mais diretamente, a responsabilidade juvenil constitui em si um sistema educativo?

As indagações se dirigem ao papel da atividade jurisdicional na ressocialização do infrator, tema que apresenta no Direito Penal uma longa sistematização e que permite, também para a esfera infanto-juvenil, o entendimento acessível das correntes teóricas. Distingue a doutrina duas linhas de fundamentação para os fins da pena, a absoluta e a relativa. A primeira concebe a sanção como vingança e retribuição, com o que a medida e a pena se justificam em si mesmas. Já a segunda compreende duas espécies de finalidade na reação estatal ao delito, a prevenção geral, que afirma na pena o instrumento de intimidação e de garantia da crença da população nos bens jurídicos protegidos pela lei penal, e a prevenção especial, que credita a ela o encargo de resgatar as necessidades pedagógicas de indivíduos desviantes.

Essa última compreensão acerca dos fins da pena, a da prevenção especial, é a que mais particularmente interessa no presente momento. A variável que inova a questão na Justiça Juvenil, o fato do sujeito da intervenção ser pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, apenas exacerba o problema, pois a dependência que o adolescente ainda demonstra ter em relação ao mundo adulto desperta na sociedade sentidos de obrigação devotados a falar algo a personalidades em formação, afastando-as de veredas errantes. Ou seja, é recorrente a recusa de se atribuir o sentido retributivo ao Estado sancionador, pois há esperança de fundar a jurisdição penal no propósito de recuperar o agressor, sendo ainda mais forte o coro que prega ser a medida socioeducativa o remédio para a juventude transviada.

O debate ganha dimensão, contudo, quando disposto frente aos dois atributos do evoluir há pouco suscitados, a complexidade e a tônica na imanência. Se a aprendizagem e a maturação da personalidade adulta implicam em estágios vinculados às interações afetivas e à descoberta do social pela subjetividade, torna-se evidente o conflito entre a perspectiva da psicologia do desenvolvimento e a função estatal de educar o infrator para o direito. A pretensão socioeducadora do Estado, se deseja manter coerência com os fins de socialização, deve negar a importância preferencial das condições imanentes, uma vez que sob o prisma existencial é indevido imaginar a capacidade de institutos coercitivos e alheios aos sentimentos da pessoa influírem positivamente no contexto subjetivo da maturação.

É dizer, inapta a assumir relevo no drama existencial do infrator, à força estatal que se diz educadora resta se alinhar a posições transcendentais, em especial aquelas agrupadas na pedagogia corretiva e na pedagogia da retribuição, sob a crença de que o social enquanto força moralizante externa pode determinar com sucesso o processo de aquisição de valores pelo indivíduo, dado que basta orientar e mostrar o melhor caminho.

Nesse ponto a controvérsia a respeito do evoluir é marcante. Quando a Justiça Juvenil se autodenomina tutela socioeducativa afirma poder educar e o faz no pressuposto de que os instrumentos de repressão são válidos para tal mister, ainda que difundam uma moral exterior (transcendente) e não alcancem a subjetividade do indivíduo no patamar de igualdade e liberdade do diálogo. Com isso, atribui sentido pedagógico à sanção e situa o aspecto educacional seja na execução ou no simples ato de aplicar a consequência jurídica. De um modo, há pedagogia corretiva se a medida é vista por si só uma atividade educativa e apta a promover o encontro do infrator com sua versão cidadã, descobrindo aí novos modos de existir – a admoestação, o trabalho comunitário, a reparação do dano, a vigilância e a privação de liberdade são ações depuradoras da atitude antissocial. Diversamente, há pedagogia da retribuição¹⁶² se se admite que o julgamento em si exprime conteúdo educativo ao dimensionar no agente o sentido da responsabilidade. A sentença judicial é suficiente para que o jovem saiba que não pode repetir o erro, pois desperta a consciência de que o ato falho gera censura.

Como se vê, ambos os referenciais pedagógicos, o correcional e o retributivo, lançam suas expectativas ressocializadoras na sanção¹⁶³ e, através dela, na moral que apreende o indivíduo como objeto da normatividade dominante.

Nessa leitura, os fins de prevenção especial se revelam artificiais e domesticadores, já que para afirmar sua validade necessitam abstrair o movimento complexo e predominante imanente do desenvolvimento. O problema de depositar crença na moral transcendente, o social subjugando a subjetividade, é o de que um dos

¹⁶² A distinção que ora se apresenta acerca da pedagogia da correção e da retribuição retoma, em certa medida, a discussão acerca da Justiça Juvenil e seu caráter socioeducativo, penal juvenil ou infracional. A esse respeito, cf. no presente trabalho o item 1.3.1, *supra*.

¹⁶³ Não se propõe que as práticas de socialização consubstanciadas nas medidas socioeducativas sejam de tal modo silenciosas que não informem ao agente formas de agir aptas a compatibilizar a individualidade e o social, mas apenas que tal comunicação é frequentemente estéril e não conduz a novas dimensões no processo de amadurecer. Seu conteúdo é escasso e efêmero se confrontado à angústia que anima o viver, não subsistindo ao fim da execução da medida. Finda a coerção findo o interesse em mudar a conduta, pelo que não há diálogo com os sentidos e significados da existência, ao menos os aspectos cruciais na história de vida da pessoa e no seu desenvolvimento emocional.

aspectos do desenvolvimento, os valores propagados pela cultura, pela moral ordinária, pelo direito e pelo esforço do social em integrar novas gerações em seus ideais, ganham notoriedade plena, em detrimento de fatores outros, a exemplo do biológico, do genético e do afetivo. Num plano assim disposto os propósitos da medida e da pena são inalcançáveis, principalmente ao se ter em mente que o indivíduo muito mais alcança o social e o aceita do que o social apreende o indivíduo e o domestica. Valores artificialmente impostos são facilmente descartados a partir de quando o Estado suspende a coerção e o jovem se desperta para uma rebeldia ainda mais desafiadora. Em outras palavras, a ponderação, a prudência e o discernimento não podem ser implantados artificialmente na consciência do homem.

Na visão de WINNICOTT¹⁶⁴, maturidade relaciona-se à aptidão da pessoa em se identificar com o social sem comprometer a individualidade e os impulsos espontâneos, o que implica uma marcha íntima e constante de integralização. Porque a individualidade se constitui é que se torna possível a interiorização do social. Então, mais do que a exercícios formais e exteriores de socialização o progredir vincula-se à batalha interior travada pelo indivíduo no desejo de se tornar real e obter autonomia¹⁶⁵, um processo dialético de ruptura e permanência situado na esfera familiar¹⁶⁶ e no seio das relações parentais.

Visto dessa maneira, o amadurecer constitui um paradoxo. O adolescente anseia a independência dos pais ao se identificar com grupos mais alargados que sua família, contudo só tem sucesso nessas investidas se permanece dependente dos referenciais afetivos, porquanto são eles que o amparam nas instabilidades da autonomia.

¹⁶⁴ Cf. *A família e o desenvolvimento individual*, p. 137: “Pode-se dizer que o adulto maduro é capaz de identificar-se a agrupamentos ou instituições sociais sem perder o sentido da continuidade pessoal e sem sacrificar em demasia seus impulsos espontâneos; isto é uma das raízes da criatividade.”

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 131-132: “A essa altura, gostaria de fazer uma recapitulação: no decorrer do desenvolvimento emocional o indivíduo transita da dependência para a independência; e o indivíduo sadio conserva a capacidade de transitar livremente de um estado a outro. Esse processo não é de fácil aquisição. Torna-se mais complexo pelas alternativas de rebeldia e dependência. Na rebeldia, o indivíduo rompe o círculo imediato que o envolve e dá segurança. Mas duas coisas são necessárias para que esse rompimento seja vantajoso. O indivíduo precisa inserir-se num círculo mais amplo que esteja pronto a aceitá-lo, o que equivale a dizer que ele tem necessidade de retornar à situação rompida. Na prática, a criança precisa sair do colo da mãe, mas não daí para o espaço sideral; esse afastamento deve dar-se em direção a uma área maior, mas ainda sujeita a controle: algo que simbolize o colo que a criança abandonou.”

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 136: “Olhando agora para trás e reconsiderando a questão que de início levantei, chego à seguinte conclusão: se aceitarmos como correta a identificação entre saúde e maturidade relativa, devemos ter como certo que o indivíduo só possa atingir sua maturidade emocional num contexto em que a família proporcione um caminho de transição entre o cuidado dos pais (ou da mãe) e a vida social. E deve-se ter presente que a vida social é em muitos aspectos uma extensão das funções da família.”

É algo de todo semelhante ao paradoxo contemporâneo¹⁶⁷ estudado anteriormente, que sob o ponto de vista político exalta a criança sujeito de direitos em conflito com a criança objeto de cuidados e, como tal, um ser livre ainda não preparado para a liberdade. Na perspectiva do evoluir, porém, o paradoxo apresenta traço atemporal e apolítico, uma vez que a dicotomia dependência e independência é um elemento da existência e uma realidade contraditória de absoluta indispensabilidade no caminho para a vida adulta. A contradição do rebelar para afirmar o “eu no mundo” e do retornar às origens, a casa paterna, para situar e equilibrar o “eu que se entrega ao mundo”, caracteriza o curso do desenvolvimento emocional e todos os passos na compreensão e aceitação do social.

Daí que a família natural ou substituta não representa apenas a instituição que promove o evoluir, mas sim a única a possibilitar uma saudável aquisição de competências, dado que funciona como instância mediadora dos arroubos de dependência e independência que marcam o encontro do indivíduo com os valores da sociedade. É ela a estrutura de tolerância, na ênfase de WINNICOTT¹⁶⁸, que lida com as necessidades conflitantes do adolescente, ao exigir ser determinado e ao mesmo tempo se autodeterminar. Por conseguinte, o amadurecimento realiza-se no âmbito do afeto, através dos vínculos com os pais ou seus substitutos. No sentir uma pessoa objeto de cuidados e da devoção paterna e materna tem o indivíduo o ambiente propício a excursionar a outras dimensões da vida social, procurando novas relações de carisma, simpatia e afinidade que possam reproduzir o conforto emocional da infância, permitindo-lhe identificar-se com o social sem anular a individualidade.

Mas justificar numa perspectiva do desenvolvimento situada na moral imanente a impropriedade dos fins pedagógicos da responsabilidade juvenil, porquanto irreais e domesticadores, não implica dizer que a Justiça especializada não tenha fins outros que a mera defesa social – a retribuição se impõe na ausência da prevenção geral ou especial. É de ter em conta que o estabelecimento de uma jurisdição especial enriquece a pauta de sentidos vigentes na sociedade. Ela não se realiza imune aos valores que são

¹⁶⁷ Cf. item 1.2, *supra*.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 131: “É provável que a família do jovem seja a estrutura mais apta a suportar essa dupla exigência: a exigência de tolerância face à rebeldia, e a exigência dos cuidados, do tempo e do dinheiro dos pais. Como se sabe, o adolescente que foge de casa não se livra de modo algum de sua necessidade de ter um lar e uma família.”

abstraídos dos conflitos subjacentes às diferentes parcelas do social e que permitem o consenso mínimo ínsito ao Estado Democrático de Direito.

A instituição da Justiça Juvenil em si já importa uma atitude política, a qual gera significados próprios e sustenta finalidades no contexto da socialização. O que há de saber é em que direção segue a mensagem oriunda da responsabilização juvenil.

Se é estéril em educar para o direito e satisfazer necessidades pedagógicas expressas no desvio, não pode consequentemente pretender conformar um sistema educativo, ainda que comunique valores tanto para o adolescente vitimizador quanto para a sociedade vítima. Assim, os fins da medida socioeducativa devem partir desse plano de cisão entre Estado-jurisdição e Estado Social (educação) para cumprir as exigências fundamentais advindas da legalidade, da ética e de categorias sócio-políticas, como explanado linhas atrás.

Conjugar as múltiplas facetas do problema exige, portanto, uma proposição eclética que unifique, no dizer de ROXIN¹⁶⁹, soluções encetadas em ambas as correntes, a absoluta e a relativa.

Nesses termos, a teoria da medida socioeducativa há de afirmar três objetivos distintos: a) a retribuição, presente no momento da sentença que aplica ao adolescente sanção restritiva de direitos ou privativa de liberdade; b) a prevenção geral, marcante quando o legislador propõe uma pauta de sanção menos gravosa que o Direito Penal, estabelecendo grau maior de tolerância na relação menoridade-maioridade; c) a prevenção especial, consubstanciada na socioeducação para a liberdade, fins que não se realizam na medida em si, que tem conteúdo puramente sancionador, mas a partir da exigência dirigida ao Estado-jurisdição de buscar, no período de execução da medida, ampla integração com o Estado Social e a comunidade, de modo a facilitar a concreção de direitos de educação, cultura, lazer, profissionalização e orientação familiar¹⁷⁰.

A proposta confere novo enfoque à prevenção geral, que antes projeta no social signos de perdão do que intimida o indivíduo a um agir conforme a normatividade. Já a prevenção especial tende a se estruturar não no indivíduo e em suas necessidades de

¹⁶⁹ Na defesa de uma teoria unificadora para os fins da pena, cf. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 26: “É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido correctamente que cada uma das concepções contêm pontos de vista aproveitáveis que seria errôneo converter em absolutos”.

¹⁷⁰ Cf. Luigi FERRAJOLI, Prefácio, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, p. XXVI: “Es claro que la efectividad de los derechos del niño – del derecho a la alimentación, a la sobrevivencia y a la salud, así como el derecho real a la familia y a la educación – requieren, no menos que la prevención de la delincuencia juvenil, una decidida política del gasto público en materia escolar y de asistencia a las familia más necesitadas.”

transformação para uma vida cidadã, e sim em razão do Estado e da sociedade em suas carências para garantir os direitos sociais¹⁷¹ e, através deles, potencializar oportunidades ao adolescente¹⁷². Também não se conforma na sanção (medida socioeducativa) e sim na não-sanção, uma vez que mitigando a atividade estatal repressora abre-se uma janela para atividades em meio aberto e para boas práticas de integração social.

O inovador é que a proposição contempla diferentes ordens de validade. Respeita a condição de sujeito de direitos e obrigações, porquanto atribui responsabilidade ao jovem infrator. Atende aos preceitos éticos e à dignidade humana, ao exigir da Justiça Juvenil ações para a integração da personalidade do indivíduo em desenvolvimento, contudo sem transformar tal fator em mecanismo de julgamento ou critério para regular a execução da medida,¹⁷³ eis que a prevenção especial tem antes referência no Estado Social assegurando direitos fundamentais do que no Estado-sancionador educando a rebeldia do adolescente. Assegura a legalidade, dado que a medida tem sua proporção exclusivamente no fato, ao considerar a socioeducação como ato de liberdade e independente da medida, uma pretensão do indivíduo e não do Estado. Assume feição política, ao propor como prevenção geral pautas flexíveis de tolerância, influenciando positivamente o imaginário coletivo em sua apreensão do desvio e de pessoas desviantes.

Nessa acepção, a responsabilidade juvenil é mecanismo estatal de controle da violência cujos fins constam tutelar bens jurídicos, difundir regras de tolerância, estabelecer ações de solidariedade e defender a integralização de direitos sociais, com a pesquisa de boas práticas¹⁷⁴ que trabalhem a afetividade na convivência familiar e comunitária.

¹⁷¹ Dada a incompatibilidade do educar no repreender.

¹⁷² Mesmo porque a cidadania pressupõe o empoderamento das condições sociais do indivíduo, como ressalta Alessandro BARATTA, *Infancia y democracia, Infancia, ley y democracia em América Latina*, p. 39: “Un ciudadano que goce de derechos democráticos en la esfera política (con capacidad de influir con sus opiniones y con sus decisiones sobre la comunidad), pero que resulta sujeto de relaciones autocráticas en las distintas instancias de la sociedad (la familia, la escuela, la fábrica o en las asociaciones civiles o religiosas en las cuales participa) será un ciudadano a medida. No obstante, es difícil plantearse hipotéticamente esa situación porque sin poder social no puede existir poder político.”

¹⁷³ Observe-se que na impossibilidade de tomar a personalidade desviante como elemento de adequação da medida e referência para sua execução tem-se a recusa à natureza híbrida da medida socioeducativa, parte sanção e parte educação. Ou seja, as necessidades pedagógicas são antes traduzidas em direitos do que em pretensão estatal a socioeducar.

¹⁷⁴ A propósito do conceito de boas práticas, quer o termo referir-se a programas que promovam direitos de liberdade, soluções consensuais que evitam formalizar o processo nas instâncias oficiais de controle da violência, projetos de interação da comunidade com o sistema jurisdicional e a abordagens da violência no plano da seguridade social e da cidadania.

3.1.1. A cominação abstrata de medidas.

A utilidade que se planeja conferir ao poder estatal tende a definir a extensão desse poder, tanto em sua estrutura formal quanto na legitimidade que recebe dos jurisdicionados. É tal discernimento que confere importância à teoria das penas no Direito Penal. A depender do que se diz ser a função da pena, se resguardar o ordenamento jurídico na linha da prevenção geral, educar o agressor para uma vida cidadã nos termos da prevenção especial ou retribuir a agressão, confere-se menor ou maior dimensão ao poder de punir.

Não à toa procura ROXIN¹⁷⁵ relacionar o caráter mínimo do Direito Penal à teoria unificadora, com a qual as três correntes básicas de justificação da pena devem ser aproveitadas para cada uma ao seu modo conferir medidas racionais e prudentes à força punitiva estatal. Assim, a prevenção geral como limite à cominação abstrata de penas, uma vez que devem ser suficientes a criar no cidadão a expectativa de que as leis serão cumpridas; a retribuição como limite à sentença, uma vez que a pena não pode exceder a culpa manifesta na prática do fato ilícito e a prevenção especial como restrição à execução da pena, tolhendo-a conforme as necessidades pedagógicas do indivíduo. Em caminho muito semelhante segue DIAS¹⁷⁶ ao estabelecer as regras para a determinação da pena no caso concreto, articulando molduras de alcance definidas pela culpabilidade, pela tutela dos bens jurídicos e por exigências individuais do agente.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 26-27: “O nosso ponto de partida é que o actual direito penal enfrenta o indivíduo de três maneiras: ameaçando, impondo e executando penas, e estas três esferas de actividade estatal necessitam de justificação cada uma em separado. Neste ponto, há que ter certamente em conta que os distintos estádios de realização do direito penal se estruturam uns sobre os outros e que, portanto, cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios da precedente. A necessidade desta consideração gradual torna-se patente na breve visão geral que realizámos. Cada uma das teorias da pena dirige a sua visão unilateralmente para determinados aspectos do direito penal – a teoria da prevenção especial para a execução, a ideia da retribuição para a sentença e a concepção da prevenção geral para o fim das cominações penais – e descarta as restantes formas de aparecimento do poder penal, embora cada uma delas implique intervenções específicas na liberdade do indivíduo”.

¹⁷⁶ Cf. *Direito Penal* – parte geral, tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Dias, p. 81: “A teoria penal aqui defendida pode assim resumir-se do modo seguinte: (1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; (2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; (4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais”.

Em síntese, os fins do sistema conformam em última instância as diretrizes para a cominação da sanção, em abstrato e na sentença. Na teoria das penas, como ressalta FERNANDA PALMA¹⁷⁷, residem os contornos do princípio da intervenção mínima, o que leva a crer que a teoria das medidas socioeducativas (fins das sanções juvenis) delimita no Direito Infracional a legitimidade do agir estatal.

Tal conclusão permite apontar o norte que guia o legislador no planejamento da responsabilização juvenil. Como visto, em sede de prevenção geral imprescindível conjugar a proteção de bens jurídicos com a difusão de valores de tolerância. Quanto à prevenção especial, necessário arregimentar iniciativas governamentais e não-governamentais para a integralização de direitos sociais, inclusive a promoção da convivência familiar e comunitária do agente, o que demanda maior conteúdo de perdão na aplicação da medida, considerando que a internação restringe experiências sociais determinantes à saudável conformação da personalidade em desenvolvimento.

Porquanto, ambos os fatores acabam por convergir as aspirações dialéticas do sancionar e do perdoar e estabelecer comandos de flexibilização da legalidade.

Dito isso, cabe questionar como o direito positivo se estrutura para atender a esses preceitos. Afinal, que regras orientam a cominação de modo a haver conformidade com o princípio da mínima intervenção dimensionado nos fins da medida socioeducativa?

O direito positivo no Brasil, em Portugal e na Espanha segue, linhas gerais, as orientações inscritas nos compromissos internacionais articulados pela ONU, refletindo em graus distintos as premissas do modelo 4D. Nesse sentido, quatro regras básicas merecem nota: a) a eventualidade da sanção; b) a cominação genérica de sanções plurais e alternativas; c) a prevalência das medidas de meio aberto; e d) a privação de liberdade em caráter excepcional e em prazos breves e determinados.

A cominação abstrata de medidas parte de um princípio basilar segundo o qual a sanção deve estar disposta em lei como uma eventualidade e não como um dado certo e infalível. Não há o imperativo de sanções mínimas¹⁷⁸, sendo sempre presente a

¹⁷⁷ Cf. *Direito constitucional penal*, p. 126: “Uma leitura da Constituição a partir dos fundamentos do poder punitivo do Estado de direito democrático impede a pena de pretender realizar quaisquer finalidades metafísicas, simbólicas ou puramente preventivas. Pode dizer-se, de certo modo, que se impõe um conceito material de pena determinado pelo processo histórico e configurado constitucionalmente pela necessidade, pela adequação e pela proporcionalidade na limitação de direitos humanos”.

¹⁷⁸ A existência de pena mínima indica que entre o crime e a consequência jurídica vige relação de necessidade, vez ser essa vital para os fins de prevenção geral da pena, como atesta Jorge de Figueiredo

possibilidade do perdão puro¹⁷⁹, com o que a pauta sancionadora parte do inexistente ao máximo e não do mínimo ao máximo.

Em sequência, a razão maleável entre fato e sanção encontra ressonância na regra da cominação genérica de sanções plurais e alternativas. Diferente da pena, que em lei é quase sempre quantificada em privação de liberdade, a socioeducação contrapõe o fato a um conjunto variado de medidas¹⁸⁰, cada uma mantendo a mesma razão de legitimidade e podendo ser aplicada em toda qualidade de ilícito, independente de sua gravidade. É a generalidade da sanção que permite ao sistema articular o diálogo comunitário, uma vez que muitas das alternativas pressupõem o sucesso de interações sociais, como a reparação do dano no contato travado com a vítima, a prestação de serviços no trato com os recursos econômicos da comunidade e, em igual sentido, a liberdade assistida, que põe em evidência o desempenho do indivíduo em seus processos de socialização, como a família, a escola e o trabalho.

Já as duas últimas regras, a prevalência das medidas de meio aberto e a privação de liberdade em caráter excepcional e em prazos breves e determinados¹⁸¹, comunicam a um só tempo os fins de defesa e de tolerância social, sobressaindo a força política do sistema¹⁸². Os preceitos se harmonizam em proporções distintas nas legislações

DIAS, *Direito Penal* – parte geral, tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime, p. 78: “Até se alcançar um *limiar mínimo* – chamado de *defesa do ordenamento jurídico* –, abaixo do qual já não é suportável a fixação da pena sem se pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar de bens jurídicos”.

¹⁷⁹ No Brasil, o art. 126 do ECA estabelece a possibilidade de remissão simples, o que importa na exclusão ou extinção do processo infracional, ou seja, na dispensa da aplicação de qualquer medida ainda que resultem das investigações indícios de prova da materialidade e autoria do fato ilícito. De forma semelhante, o arquivamento previsto nos arts. 78º, nº 1, 87, nº 1, alínea c, 93, nº 1, alínea b, e 110, nº 1, alínea b e 3, alínea b, da LTE, sob o fundamento da desnecessidade na aplicação de medida tutelar. Na Espanha, cf. o art. 18 da LORRPM, que faculta ao Ministério Público a desistência da intervenção judicial.

¹⁸⁰ Cf. art. 112 do ECA, art. 4º da LTE e art. 7º da LORRPM, dispositivos que descrevem de forma semelhante qualidades distintas de medidas que envolvem dentre outras a admoestação, a obrigação de reparar o dano e de se submeter ao ensino formal e a programas de tratamento médico, a prestação de serviços comunitários, o acompanhamento educativo e o internamento.

¹⁸¹ Malgrado o art. 121, § 2º, do ECA estabeleça prazo indeterminado para a internação, o cumprimento não pode exceder a três anos. Em Portugal e na Espanha, a privação de liberdade é por prazo determinado, conforme o art. 18º da LTE e arts. 7, nº 2, 9 e 10 da LORRPM. Vale observar que a doutrina brasileira expressa a tendência de considerar as sentenças de internação por prazo indeterminado como inconstitucionais, dada a impossibilidade de individualização da sanção. É o que leciona Flávio Américo FRASSETO, *Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade, Juizado da Infância e da Juventude*, p. 24: “A imposição de medidas idênticas para casos em tudo distintos, de outro lado, parece violar o direito constitucional à individualização da sanção (art. 5º, XLVI), garantia substancial deferida ao adulto e extensiva ao adolescente submetido à medida socioeducativa por conta do disposto no art. 15 do ECA.”

¹⁸² Residem aí os pontos de maior suscetibilidade a críticas, advindas notadamente de pleitos por redução da maioridade penal e aumento no prazo de internação.

nacionais, o que revela a maturidade da jurisdição e o grau de liberdade proposto por cada país, tendo em conta os valores empregados para definir a excepcionalidade e brevidade da internação.

3.2. Os requisitos do ato infracional.

A teoria da medida socioeducativa põe em relevo o viés consensual do modelo 4D, em especial ao dar expressão normativa às diretrizes de descriminalização e desinstitucionalização. É inequívoco o propósito de mitigar a resposta estatal, cujo fundamento conduz a uma técnica legislativa pautada na “primazia de medidas em meio aberto dentre uma pluralidade de sanções genericamente cominadas e aplicáveis eventual e alternativamente”.

Contudo, embora apresentem valiosas diretrizes para o legislador, as regras originárias das teorias que estabelecem os fins da responsabilidade juvenil não esclarecem de que modo o aplicador do direito se orienta no plano do direito material, de forma a decidir no caso concreto entre uma solução de consenso ou outra jurisdicizada.

Em outros termos, quando é possível o perdão ou necessária a sanção? Em que hipóteses a proporcionalidade entre fato e consequência jurídica pode ser abrandada ou deve ficar incólume? Quando a comunidade pode ser chamada a substituir o Estado na tutela educativa, abdicando-se da eficácia imperativa que emana da lei?

Uma vez presentes os critérios da cominação abstrata de medidas e, através deles, os parâmetros para a intervenção mínima, o poder estatal de sancionar alcança maior clareza quando definidos os requisitos conformadores do ato infracional, incluindo aí as hipóteses de incidência, o âmbito de ilicitude e a valoração da conduta do indivíduo no cometimento do fato. Só a partir do conceito de infração na Justiça Juvenil é que se pode conhecer o equilíbrio entre perdão e sanção, alcançando, o que é mais importante, a percepção de que o ato infracional não é uma questão aberta e sujeita ao arbítrio do magistrado ou a generosas concessões de discricionariedade. Do contrário, o poder de mitigar a resposta estatal flui sob o jugo de regras claras, objetivas e erigidas nas razões que legitimam o Estado interferir na autonomia do jovem infrator.

Certamente, o princípio da reserva legal constitui o ponto central na sistematização jurídica do ilícito juvenil. É essencial ressaltar que tanto as normativas internacionais quanto as legislações nacionais¹⁸³ afirmam a similitude entre infração e crime. Ou seja, o ato infracional constitui a conduta descrita na lei como crime imputada a adolescente, o que resulta numa pauta de ilícitos e num conjunto de bens jurídicos protegidos absolutamente iguais para as duas esferas jurídicas, a juvenil e a penal.

Um segundo aspecto determinante é a incidência no Direito Infracional dos contornos teóricos referentes aos institutos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, o que faz desse ramo do direito sancionador uma estrutura jurisdicizada e adstrita ao princípio da legalidade. Precisamente, nenhum jovem pode ser chamado a responder quando a persecução envolve ações atípicas, quando incide uma causa de justificação, como a legítima defesa, ou ainda quando inexistente a culpabilidade, seja por fatores referentes à consciência da ilicitude ou à inexigibilidade de conduta diversa.

Por fim, a imputabilidade se sobressai como elemento decisivo à delimitação normativa do Direito Infracional. Nela repousa a questão essencial, referida aos marcos etários com os quais a legislação pode fixar o período de absoluta ausência de capacidade moral, a faixa etária em que ocorre responsabilidade juvenil e o termo que determina o início da maioridade penal.

Porquanto, o princípio da reserva legal se impõe como o norte marcante na teoria do ato infracional, erigindo diretrizes garantistas próprias às demais intervenções estatais de caráter sancionador. É com arrimo na legalidade que as legislações de países da América Latina e Europa continental renegam as soluções correcionais de hegemonia da idade adulta, como os tipos de estado ou as ofensas de estado (*status offenses*) do ordenamento americano¹⁸⁴, que qualificam condutas ilícitas específicas da juventude, a exemplo de “matar” aula, fugir de casa, adotar práticas rebeldes, de ociosidade ou promiscuidade sexual.

O plano de igualdade que o jovem alcança com o mundo adulto na definição da pauta de ilícitos exige que a vertente consensual ou de flexibilização da legalidade da

¹⁸³ O princípio da reserva legal está previsto no art. 103 do ECA, art. 3º da LTE e art 1, nº 1, da LORRPM. Já a Convenção de Direitos da Criança traz recomendação expressa, em especial no art. 40, nº 2 a.

¹⁸⁴ As cortes juvenis nos Estados Unidos distinguem duas qualidades de ofensas, a de estado e a criminal. Nesse sentido, cf. James HOUSTON e Shannon M. BARTON, *op. cit.*, p. 9. Para uma definição de *status offense*, cf. ainda Barry C. FELD, *Juvenile Justice administration: in a nutshell*, p. 42: “The essential characteristic of status offenses is behavior in which adults engage but which the state prohibits for young people simply because of their age, that is, their ‘status’ as children.”

Justiça Juvenil se estabeleça no interior do paradigma jurisdicizado. Quer isso dizer que a atitude de abrandar a resposta do Estado ao cometimento do ato infracional (consenso) se dá mediante artifícios intrínsecos à legalidade, como ocorrem com as regras para especificação de tipos penais de maior gravidade e os critérios de adequação da medida no caso concreto, em que se vislumbram claras opções entre o perdoar e o sancionar e entre o menor ou maior grau de proporcionalidade unindo fato e consequência jurídica.

3.2.1. Tipos de internação.

Malgrado os tipos da legislação penal perfaçam inteira correspondência com o Direito Infracional, é salutar referir que apenas determinada parcela dos delitos descritos em lei autorizam a privação de liberdade do adolescente. Eis a singularidade da Justiça Juvenil, com a qual normas especiais, os tipos de internação, estabelecem critérios de seleção e reúnem neles certas figuras penais com vinculação direta à medida privativa de liberdade.

Essas especificidades normativas cumprem uma variedade de funções, pois se de um lado balizam o nível de tolerância da sociedade e insinuem os contornos da excepcionalidade da segregação por outro permitem impor-se o princípio da reserva legal. Tanto fixam limites ao esforço de atenuação da resposta estatal quanto facultam ao agente o conhecimento prévio das hipóteses de internamento, uma vez que abstratamente dispostos em lei. Nos tipos de internação o legislador excepciona a regra geral de cominação genérica, plural e alternativa de medidas ao fazer direta correlação entre determinados ilícitos e a privação de liberdade, de modo a destacar as circunstâncias que o sistema reputa serem as mais gravosas e, portanto, menos suscetíveis à atitude consensual – assinalando, por tudo que fica excluído, as hipóteses de perdão e de flexibilidade da ação estatal.

O marcante nessas regras é a estrutura seletiva, o estabelecimento de critérios que destacam os crimes sensíveis à internação. Não se trata de descrever uma conduta e correlacioná-la a uma sanção, e sim reunir sob elementos comuns certos tipos penais. É verdadeira tipicidade de escolha, com a qual certas ações recebem destaque.

Assim o que é determinante para graduar o modelo, em especial quanto às diretrizes de descriminalização e desinstitucionalização, é definir os critérios de seleção. São eles que ditam o nível de liberdade. As legislações nacionais, mais propriamente

aquelas que se sujeitaram a adequações recomendadas pelas normativas internacionais, como o que ocorreu com o Brasil, Portugal e Espanha, empregam dois fatores como traços centrais na elaboração das normas, a violência contra a pessoa e a reiteração de fatos típicos¹⁸⁵, ambos presentes nos arts. 120 a 122 do ECA, arts. 17 e 18 da LTE e arts. 9 a 11 da LORRPM.

Não passa despercebida a sutileza dos critérios, pois ressaltam os fins de defesa social. A valoração negativa que inspira o direito positivo tem centro ora na agressão à integridade física da pessoa, um desvalor do fato, ora no grau de cisão do indivíduo com a sociedade expresso no cometimento reiterado de ilícitos, um desvalor da pessoa e da forma como constitui sua identidade humana. Os elementos em questão evocam episódios trágicos como o homicídio e também tragédias silenciosas, a exemplo do drama do pequeno que vive a furtar ninharias para sustentar o vício em substâncias entorpecentes. Nos dois casos a intervenção pensa antes na sociedade que clama segurança do que no jovem que reclama o amparo afetivo, mesmo porque a privação de liberdade tem mais a disciplinar do que a socioeducar.

Esse potencial invasivo de liberdades públicas que se desprende dos tipos de internação exige, como era de esperar, desdobramento técnico. Se se pretende conferir objetividade à seleção de crimes e conter o impulso correccional presente na família, na sociedade e nas instâncias oficiais de controle da violência juvenil, é preciso dispor a norma de uma dissertação clara e de conceitos de fácil apreensão.

Uma maneira de tornar os tipos de seleção objetivos e transparentes reside na possibilidade de confrontar as circunstâncias hipotéticas de internação, a violência contra a pessoa e a reiteração de fatos típicos, à pena abstrata cominada no tipo penal. O dispositivo há de valorar a conduta através da elementar violência e também por meio da quantidade da pena atribuída ao delito, cotejo que confere maior clareza ao intérprete e evita discricionariedades, permitindo distinguir por exemplo uma lesão corporal leve de uma lesão qualificada, de forma que somente essa última seja passível de internação. Igualmente, a reiteração de delitos há de se revelar insuficiente para o decreto da privação de liberdade, sendo necessário atestar a gravidade dos fatos, o que pode ser

¹⁸⁵ Ao tratar dos princípios norteadores da decisão judicial e das medidas, as Regras de Beijing fazem expressa referência aos critérios, determinando no art. 17, nº 1.c, que “não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada”.

feito analisando a pena abstratamente cominada e fixando um montante mínimo capaz de agravar o desvalor da conduta¹⁸⁶.

Enfim, só os tipos penais já valorados como graves no Direito Penal podem integrar a lista daqueles sensíveis à internação, o que jurisdiciza o sistema, neutraliza juízos correccionais e equipara o adolescente ao adulto na ordem democrática.

Igual zelo de anular inferências curativas e domesticadoras surge nas regras de execução, as quais complementam os tipos de internação e integralizam a cominação da medida privativa de liberdade. De nada adianta pautar o legislador na tipicidade das ações graves se remanescem discricionariedades quanto ao tempo de privação, fazendo necessário dispor que: a) a duração da medida não pode exceder o limite máximo da pena de prisão prevista no crime correspondente ao fato¹⁸⁷; b) a internação, bem como qualquer outra medida, deve ter fim automático em certa idade, geralmente aos 21 anos¹⁸⁸; c) a unificação de medidas impostas em decorrência de atos diversos deve observar a excepcionalidade e brevidade da internação¹⁸⁹; d) a substituição da medida, regredindo ou progredindo, deve observar critérios previamente dispostos em lei, proibindo que medidas de meio aberto sejam substituídas por outras mais gravosas, em especial a internação.

¹⁸⁶ O confronto das circunstâncias hipotéticas de internação com o montante da pena abstrata se dá nos tipos de internação previstos no art. 17 da LTE. O mesmo ocorre nos arts. 9 a 11 da LORRPM. A legislação brasileira não adota referida técnica, uma vez que o art. 122 do ECA não faz menção à quantidade de pena como critério de aferição da gravidade do fato. No Brasil, são duas as hipóteses de aplicação da medida privativa de liberdade: 1) a conduta descrita como crime ou contravenção penal cometida mediante grave ameaça ou violência a pessoa e 2) a reiteração no cometimento de outras infrações graves. Observa-se que o legislador brasileiro, em afronta ao princípio da reserva legal, utilizou conceitos jurídicos indeterminados, considerando que não especifica o conceito de grave ameaça, reiteração e infração grave.

¹⁸⁷ Nesse sentido, cf. o art. 7, n° 1 e 2, da LTE. O art. 8 da LORRPM faz referência à pena concreta, limitando a medida de internamento ao tempo de duração da pena privativa de liberdade que seria aplicada no caso concreto se o agente fosse maior de idade. Quanto ao Brasil a legislação é omissa, o que torna controversa a matéria, tanto em saber da possibilidade de aplicar a internação em situações nas quais o penalmente imputável não sofreria pena privativa de liberdade quanto em determinar se o prazo de duração da medida pode exceder ao período de prisão aplicável, em igual circunstância, ao adulto.

¹⁸⁸ Dispõe o art. 5° da LTE que a execução das medidas tutelares pode prolongar-se até o jovem completar 21 anos. Em igual sentido, o art. 121, § 5°, do ECA. A matéria encontra divergência na legislação espanhola, uma vez que os arts. 14, n° 3, e 15 da LORRPM admitem a possibilidade de transferência do educando a uma penitenciária ao atingir a idade de 21 anos.

¹⁸⁹ O art. 8°, n° 5, da LTE fixa a duração, em caso de cumprimento sucessivo de medidas tutelares, no dobro do tempo da medida mais grave aplicada, cessando a execução, em qualquer caso, na data em que o seu destinatário completar 21 anos. Já o art. 47, n° 2, da LORRPM dispõe que, acumulando medida da mesma natureza, o tempo total de duração não pode ultrapassar o dobro do tempo de duração da medida mais grave aplicada. Mais uma vez, a legislação brasileira não trata do assunto, criando uma zona de indeterminação com risco de arbitrariedades.

A abordagem não seria conclusiva, contudo, sem observar que a legalidade que os tipos de internação inspiram não subtrai dos mesmos todo o sentido consensual. Há sempre o ponto de inflexão subsistente no caráter eventual da medida. Dada a subsunção do fato na norma que autoriza a segregação essa não necessariamente incidirá. A eventualidade se mantém incólume, ou porque as normas dispensam a referência ao tempo mínimo de segregação ou porque empregam verbos na condicional, transparecendo ser oportuna a medida antes que necessária¹⁹⁰ – mesmo após o trânsito em julgado da sentença, a eventualidade persiste na fase de execução, observando que a privação de liberdade pode ser suspensa ou convertida em medida de meio aberto antes do termo final fixado na decisão.

Ou seja, é sempre possível ao magistrado fazer uma opção alternativa, ainda que a lei permita o internamento. Com isso, a excepcionalidade da solução mais severa deixa de ser uma questão de simples tipicidade e passa a abarcar em igual conta o problema da adequação da medida no caso concreto, momento em que se renova a decisão do sistema pela privação de liberdade, por medida de meio aberto ou pelo perdão simples¹⁹¹.

3.2.2. A adequação da medida.

Uma vez que a cominação abstrata da lei remete toda conduta, indistintamente, a uma pluralidade de sanções aplicáveis de forma genérica, eventual e alternativa, então a sentença que julga o fato real e define a medida adequada é qualificadora por especificar o tipo de medida e quantificadora por determinar o tempo de duração.

¹⁹⁰ A redação dos arts. 9, 10 e 11 da LORRPM alterna o tempo verbal e, a depender da gravidade do fato, fixa circunstâncias em que o magistrado poderá aplicar a internação e outras em que deve aplicar necessariamente. Há variação também quanto à existência ou não de tempo mínimo de cumprimento. Por sua vez, o legislador português optou por deixar a matéria em aberto, uma vez que a redação do art. 17 da LTE evita o juízo de necessidade ao empregar o termo “a medida de internamento é aplicável”. Igual técnica se valeu o legislador brasileiro, considerando que o art. 122, *caput*, do ECA dispõe que a internação “poderá ser aplicada”.

¹⁹¹ O ECA é taxativo ao fixar no art. 122, § 2º, que em nenhuma hipótese será aplicada a internação havendo outra medida adequada. Acerca da preferência das medidas em meio aberto no direito português, cf. Anabela Miranda RODRIGUES e António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da lei tutelar educativa*, p. 69: “Daquele princípio resulta, por um lado, a exigência de preterição da aplicação da medida de internamento em favor das outras medidas previstas, sempre que estas se revelem adequadas e suficientes, *in casu*, para a realização das finalidades visadas com a aplicação das medidas.”

A variabilidade das soluções apresentadas ao magistrado revela existir uma proporcionalidade maleável entre fato ilícito e sanção¹⁹², ao considerar que a omissão da lei em referir com precisão determinada conduta a determinada medida possibilita julgamento equânime. Contudo, a moderação da proporcionalidade se dá em marcos de legalidade. Isso porque a responsabilidade juvenil tem limites para agravar a resposta estatal, mas desconhece fronteiras cogentes quando se ocupa de abrandar. Na censura advinda do fato encontra-se a sanção máxima aplicável, delineada nos tipos de internação e legitimada nos fins de prevenção geral positiva, enquanto a sanção mínima se alcança da análise de um conjunto articulado de fatores que animam os fins de tolerância da medida socioeducativa (prevenção geral e especial, como exposto acima).

É dizer, dentro do contorno mais amplo que o fato típico e antijurídico comunica ao definir o grau máximo de reação do Estado-sancionador, a tolerância se impõe como regra de adequação da medida no caso concreto, agindo como instância que confirma a medida mais gravosa ou abranda a sanção, inclusive substituindo a medida de internação por outra de meio aberto.

Em síntese, mais do que no elemento normativo da exigibilidade de conduta diversa ou da “atitude na condução da vida revelando necessidades pedagógicas”, a culpabilidade do adolescente há de ser aferida na necessidade do perdão. Somente nesse prisma é possível atribuir responsabilidade de forma ética e válida, extraindo um sentido confiável de regras consagradas no direito positivo, como o da excepcionalidade da internação, o da prevalência das medidas de meio aberto e o respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Tal afirmação toca assunto intrigante, pois indaga que condição permite atribuir culpabilidade ao agente no cometimento do crime. Acredita FERNANDA PALMA¹⁹³ que a questão merece um prisma invertido e, considerando que a culpa só se fundamenta no confronto com a possibilidade da desculpa, imagina ser próprio indagar primeiro e fundamentalmente que condição permite excluir a culpabilidade.

¹⁹² A existência de uma pauta flexível na cominação abstrata de sanções confronta o princípio da reserva legal em dois aspectos básicos, a proporcionalidade entre fato e consequência jurídica e a igualdade de tratamento. O problema nessa disposição é que fatos semelhantes podem resultar na aplicação de diferentes medidas. Acerca do tema, cf. Martha de Toledo MACHADO, Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na constituição brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, p. 116-117.

¹⁹³ Cf. *O princípio da desculpa em direito penal.*, p. 155: “Significa isto que a afirmação da culpa – a condenação por culpa que considero eticamente aceitável – tem não só de demonstrar, em certa medida, que nenhuma desculpa para o acto existe mas também que há uma intrínseca qualidade negativa do acto que o torna repudiável e necessária sua punição”.

A inversão, em primeiro plano atribuir a desculpa em lugar da culpa, não se dá impunemente, já que desloca o tema do ponto estático de parâmetros pré-concebidos no imaginário social para um ponto dinâmico, situado no movimento da individualidade que se desenvolve (em maturação). Ou seja, a subjetividade do agente é questionada antes no seu contexto emocional, familiar, cultural e social e na sua existência concreta do que perante os padrões subjetivos consagrados na sociedade e integrados à dogmática penal, como a vingança, o ciúme, a inveja, a cólera, a cobiça, a honra e o medo. A posição pessoal deixa de ser cotejada na normatividade vigente ou no senso moral comum em troca de um comparativo com os valores de uma existência singular e as possibilidades concedidas a uma personalidade que deseja, individualiza sonhos e planeja futuro para si e para o outro.

O princípio da desculpa tem referência em dois aspectos: “o da relevância de um sistema pessoal ético-afectivo divergente dos valores do Direito por razões existenciais e o da relevância de razões de oportunidade no acesso aos valores e no desenvolvimento da identidade pessoal”¹⁹⁴. As emoções que guiaram a ação ilícita são compatíveis com o panorama afetivo e os valores que guiam o indivíduo, ainda que contrários aos padrões éticos validados pelo social? A história de vida que participa de uma mundividência particular autoriza legitimar a conduta e inseri-la numa narrativa feita de passado, presente e futuro? E mais, as razões arguidas na individualidade revelam algum grau de pertinência ética e importância emotiva na dinâmica dos fatos de tal modo a refutar ou estabelecer exigências de responsabilização?

É de observar que a investigação da subjetividade do agente segundo padrões de sua própria existência e para além das qualidades normalmente aceitas reclama declarar válidas as hipóteses supraleais de exclusão da culpabilidade¹⁹⁵. Eis o parâmetro flexível imposto pelo confronto da culpa no perdão, uma vez que a responsabilidade encontra fundamento na pesquisa de sua própria negação, ingerindo-se inclusive e apropriadamente na busca de soluções casuísticas e em subjetividades inovadoras.

A amplitude do que se defende rejeita aspectos consagrados na doutrina penal e infante-juvenil.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 231.

¹⁹⁵ O Código Penal Brasileiro traz no art. 22 duas hipóteses de exclusão da culpabilidade, a coação moral irresistível e obediência hierárquica. Dentre as várias causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa debatidas na doutrina vale citar as situações pertinentes ao aborto eugênico e à eutanásia.

De início, revela-se incompatível com a teoria normativa da culpabilidade, com a qual a censura dirigida ao agente analisa o “poder de agir de outra maneira na situação concreta” e é aferida a partir da noção de homem médio, um conceito que reúne critérios ético-sociais e orienta o magistrado na afirmação e graduação da responsabilidade. Portanto, em última instância, a perspectiva normativa justifica a reprovação no livre arbítrio e na ampla liberdade do indivíduo de optar pela conduta lícita em detrimento do delito. Tal entendimento desconsidera as condições existenciais e suas singularidades éticas, conformando a culpa no pressuposto de que toda pessoa apresenta capacidades homogêneas para se motivar pela norma, da maneira exata como ocorre na figura fictícia do homem médio.

Em seguida, o princípio da desculpa se opõe à propriedade do cotejo da personalidade que delinuiu com a personalidade exigida pelo dever-ser, referência a partir da qual, na visão de DIAS¹⁹⁶, a culpa jurídica penal seria a liberdade de quem decide a própria existência. Tanto a ficção do “adolescente médio” quanto a análise da “atitude na condução da vida” exigem uma lógica que exclui a individualidade concretamente estabelecida para sujeitá-la a valores previamente classificados e estimados na sociedade. O problema é que valores pré-moldados servem apenas a catalogar pessoas, boas e más, dóceis e perigosas, altruísticas e perversas, mas nunca para percebê-las em suas potencialidades ético-afetivas.

Por fim, o princípio da desculpa afasta a censura pautada na necessidade pedagógica¹⁹⁷ do adolescente, critério aberto e que serve a planos distintos, o livre arbítrio e o determinismo. Precisamente, a falta de educação para cidadania pode ser traduzida como o dever de agir de outra maneira, um juízo que se reporta tanto ao momento da infração quanto ao modo como o adolescente conduz o desenvolvimento de sua personalidade adulta. Ao partir do pressuposto de que todo homem, inclusive o de pouca idade, tem obrigação e é livre para mudar seu modo de ser e agir e optar por uma vida cidadã, toma-se a carência pedagógica em conteúdo muito semelhante ao disposto na teoria normativa da culpabilidade. Em outros termos, a necessidade educativa equivale a identificar no jovem a “capacidade e dever de mudança” para uma

¹⁹⁶ Cf. *Liberdade culpa direito penal*, p. 151: “Eu determino a minha acção na medida em que, *livremente*, me decido sobre mim mesmo”.

¹⁹⁷ A necessidade pedagógica é critério legal de adequação da medida no caso concreto. O art. 7º, nº 1, da LTE estabelece que “a medida tutelar deve ser proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação do menor para o direito manifestada na prática do facto e subsistente no momento da decisão.” Tem-se determinação semelhante nos arts. 100, 112, § 1º e 113 do ECA.

atitude não hostil ao Direito, perspectiva que não se distingue da liberdade de vontade exigida para a imputação penal – a capacidade de querer e entender o que se está fazendo¹⁹⁸. No conceito de capacidade¹⁹⁹ encontra-se o elemento da imputabilidade e na exigência do “dever de mudança” a afirmação de um agir errôneo e socialmente reprovável.

Em sentido oposto, a necessidade pedagógica pode também induzir uma visão determinista. Basta interpretar as faltas atribuídas ao caráter como resultantes de situações anormais. Assim, o que é dado fazer é diagnosticar a personalidade que delinuiu e aplicar a medida suficiente a tratar as circunstâncias desviantes. Tal juízo dispensa o parâmetro de responsabilidade e o substitui por outro mais próprio à prática médica, pois realiza a classificação do que é normal e anormal, doente e sadio, dócil e perigoso.

Como se vê, as considerações traçadas na culpa pela desculpa propõem um perfil de liberdade equidistante dos extremos do livre arbítrio e do determinismo. A liberdade que autoriza a culpabilidade (exigibilidade de conduta diversa) é a que evidencia o homem que deseja se realizar humano, autenticar sua existência e imprimir a espontaneidade de seu existir nas ações que identifica como próprias. Nas palavras de FERNANDA PALMA²⁰⁰, é a liberdade de querer o dano, e não um poder de obedecer à lei.

O desejo flui da liberdade de vontade e não menos das determinações biológicas, ambientais, econômicas e políticas, pois reúne o indivíduo multifacetado no impulso espontâneo e criativo (independência) e no afeto que emana da necessidade do eu referenciar-se no outro e no social (dependência). A liberdade de desejo é a liberdade de rompimento e acomodação, assim como o é o homem livre para desenvolver sua identidade pessoal. É desse homem na sua existência livre, independente na sua criatividade e dependente na afetividade vivenciada no social, que a culpabilidade há de ser dimensionada. No movimento do encontro dos diferentes e das diferenças,

¹⁹⁸ Cf. Muñoz CONDE, *Teoria geral do delito*, p. 138.

¹⁹⁹ Ao tentar contornar o problema, porém alcançando um resultado de todo muito semelhante à culpabilidade normativa, cf. Paulo Afonso GARRIDO DE PAULA, Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização, *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, p. 42: “A capacidade de cumprimento da medida está essencialmente ligada à compreensão, pelo próprio agente, da gravidade do seu comportamento infracional e à existência, ainda que em grau mínimo, de um sentimento pessoal de reprovação em relação à conduta perpetrada, o que permite vislumbrar abertura para a construção e desenvolvimento de valores positivos”.

²⁰⁰ Cf. *op. cit.*, p. 40: “Em síntese, resulta da análise anterior uma hipótese: a de que a liberdade que ao Direito parece interessar não será, fundamentalmente, um fenômeno causal-naturalístico, correspondendo antes à representação do poder da subjetividade, do desejo sobre o mundo e do poder sobre modificações íntimas vivida”.

porquanto a socialização é pura tolerância e em ambos os sentidos, do indivíduo à sociedade e vice-versa, é que se configura um valor qualquer de responsabilidade, delineada no arbítrio excedente às noções ético-afetivas que a pessoa cultiva. Enfim, a liberdade que resulta dos valores ponderados no indivíduo e no social.

É claro que o grau de culpabilidade avaliado na necessidade do perdão pode ser mitigado por razões de prevenção geral e especial. A teoria da medida socioeducativa contempla fins de prevenção geral positiva enquanto defesa social (proteção de bens jurídicos) e tolerância (proteção da pauta de solicitude que o social deve ter em função da infância e adolescência). Já a prevenção especial informa a obrigação do Estado-jurisdição de instigar o Estado Social a traduzir necessidades pedagógicas em direitos de educação, saúde, convivência familiar, assistência social, lazer, cultura e profissionalização.

Nos fins do sistema socioeducativo residem comandos inusitados para abrandar a resposta estatal, uma vez que a medida concreta deve exercer o mesmo papel da medida abstrata, o de revelar à sociedade o valor de condescendência para com a violência juvenil, especialmente quando inscrita no processo de formação do homem adulto²⁰¹. A determinação da sanção discute não só o indivíduo que infringiu a lei, mas em igual medida a sociedade que abraça o infrator e é devedora de condições que o possibilitem viver a plenitude da cidadania.

Mas que critério é suficientemente pragmático para informar os fins da socioeducação e possibilitar reduzir a culpabilidade pelo fato?

Primeiro, é preciso ter em conta que a aferição da subjetividade com o propósito de mitigar a sanção deve se restringir à pesquisa de atributos positivos e focar circunstâncias relacionais, isso se se pretende evitar ilações extraídas de diagnósticos da personalidade. Assim, o agente há de ser considerado nas relações de afetividade cultivadas na família e na comunidade, traços marcantes do potencial de socialização que sua existência comunica. Através do afeto o indivíduo revela sua capacidade de identificar-se com o outro e assumir a responsabilidade por um destino que, embora não

²⁰¹ Cf. Martha de Toledo MACHADO, *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, p. 308 e 309: “De toda sorte, o que quero destacar é que, individualmente em maior ou menor medida, a transgressão das normas sociais de conduta (não necessariamente das normas criminais, que são as violações socialmente mais graves) é parte inerente da construção pelos adolescentes da sua escala individual de valores e da autodisciplina, que caracteriza a obediência a essas normas de conduta; ou seja, que se verifica, como regra, um processo de *construção da obediência pela transgressão*, que é ínsito ao desenvolvimento de todos os seres humanos”.

seja o seu, é-lhe tão caro quanto. O preocupar-se surpreende a pessoa em novas possibilidades de estar no mundo, potencializa a socioeducação libertadora e permite alcançar o social não apenas para aceitá-lo mas também para transformá-lo segundo a sua visão de mundo.

Porquanto, as relações afetivas constituem o vetor eticamente válido para o exame da subjetividade do homem, uma vez que ressaltam uma gama rica de sentimentos e desejos sem catalogar o indivíduo segundo paradigmas de caráter. Outros argumentos militam em seu favor, quais sejam: a) a afetividade não atrai atributos negativos; b) o afeto transita indistintamente através de variadas situações individuais, contemplando a delinquência habitual e a ocasional, a grave violência e a de bagatela; c) pensar relações afetivas rechaça diagnósticos acerca do modo de conduzir a vida, juízos que invariavelmente reduzem a complexidade da existência a uma verdade única e absoluta pertinente à periculosidade do agente; d) o critério é situacional e possibilita que diversos aspectos da subjetividade aflorem para o julgador, facilitando uma apreensão mais complexa da condição humana.

Em síntese, a culpabilidade expressa na gravidade do fato contempla os fins de defesa social, porquanto aí estão inscritos os diferentes graus de reprovação que a sociedade dirige ao adolescente em sua conduta infratora. Já nas dimensões de afeto que vincula o indivíduo aos impulsos de socialização residem as razões para mitigar o montante da repreensão, quer seja para reduzir o tempo de internação, substituí-la por medida de meio aberto ou suprimir a aplicação e a execução de qualquer medida socioeducativa.

A tolerância é regra de culpabilidade, fixa limites à sanção e a vincula a padrões de proporção com o ato infracional, mas também regra de adequação ao caso concreto, tal sua conotação com os fins de prevenção geral positiva e especial, com o que é possível mitigar a proporcionalidade anteriormente fixada.

Nesse trilhar, indivíduo e sociedade são partícipes de um debate que determina obrigações mútuas, de um lado “o ter de responder” e de outro “o ter de acolher”. A culpa pela tolerância subverte a informalidade do tribunal doméstico, que evoca o paternalismo do juiz bom pai para sancionar o infrator em nome de seu próprio bem²⁰², e do tribunal pedagógico, que aposta na correccionalidade do juiz educador para resgatar

²⁰² O adolescente é estigmatizado por não ser capaz de distinguir o bem e o mal.

o delinquente de seu destino infeliz²⁰³. Antes, a tolerância é jurisdicizada²⁰⁴, tem base no direito (despenalização e desinstitucionalização) e toma o adolescente enquanto sujeito da legalidade, aquela que não se contenta com pura repressão pois desafia uma posição socialmente justa²⁰⁵.

²⁰³ O adolescente é estigmatizado por ser objeto de uma pré-compreensão que encerra conceitos absolutos, o menor de rua, o abandonado, o delinquente, o desajustado e o ingovernável.

²⁰⁴ Mais do que um juízo de equidade, portanto.

²⁰⁵ Como norma de julgamento que não alia educação à sanção, mas antes exclui a constrição, o perdão é instrumento que se insere no ato sancionador para promover integração social e legitimar direitos sociais.

4. JUSTIÇA JUVENIL, LEGALIDADE E CONSENSO.

A violência juvenil perspectivada na dimensão política, porquanto o adolescente é antes sujeito de direitos e capaz de responsabilidade do que objeto de proteção e incapaz de autonomia e liberdade, traz fundas implicações ao processo infracional. Desde que a ordem jurídica reconhece a capacidade de entendimento ético-jurídico do adolescente, o interesse no tema cinge-se a investigar se a jurisdição juvenil continua a se realizar sob o cariz jusnaturalista do tribunal doméstico e pedagógico ou, doravante, assume o paradigma da legalidade irrestrita.

Em outros termos, o processo infracional tem inspiração no consenso inquisitorial da pretensão que associa a família e o Estado para educar o jovem infrator ou se impõe na dialética do contraditório? Nessa segunda hipótese, é possível distinguir critérios eticamente válidos e capazes de flexibilizar a lei no sentido de promover um processo consensual e dialógico?

A princípio, a ideia de responsabilidade parece sanar as dificuldades suscitadas, uma vez que tende a guiar o direito positivo a balizas inscritas em direitos e garantias constitucionais de liberdade, dentre os quais o devido processo legal. Afinal, se o ponto de partida reside no pressuposto de que a medida socioeducativa constitui uma espécie de sanção, então a responsabilidade juvenil, tal como a penal, só alcança legitimidade se resultar da formalização de atos processuais que tenham prévia regulação legal e facultem às partes o contraditório e a ampla defesa.

Mas a questão não se deixa desvelar assim tão fácil. Vários pontos de inflexão turbam o caminho da jurisdição garantista, mormente quando em cena o adolescente autor de ato infracional.

Um dos aspectos intrigantes do problema tem raiz na força normativa atribuída ao ideal pedagógico, que na suposta qualidade de direito natural desempenha posição capaz de sobrepujar o direito posto. Toda a normatividade no âmbito infanto-juvenil deve circunscrever-se à atitude de proteção e educação, fonte essencial da regra jurídica porquanto o ímpeto de educar constitui uma essencialidade da condição humana. Para os adeptos da tese de que os fins de socioeducação não só flexibilizam a legalidade mas também definem o conteúdo mesmo da lei, há uma verdade acerca do homem em desenvolvimento que é suficientemente apta a distinguir o adequado à vida cidadã do

inadequado, impondo-se como uma universalidade a nortear o direito positivo e submetê-lo a seus desígnios. Ou seja, o diagnóstico acerca da correta maturação da personalidade é acessível aos atores do Direito e autoriza, enquanto norma superior à lei e aos direitos de liberdade, derrogar formalidades processuais sempre que se apresente oportuno. Percebe-se aí o viés casuístico do tribunal doméstico, dada a possibilidade conferida ao magistrado de se investir na condição de “bom pai” e nela dizer a lei no caso concreto, podendo em nome do princípio do melhor interesse, orientado pelo ideal pedagógico inscrito na prognose do caráter do jovem, excluir ou suspender o processo para desde logo aplicar uma medida ou mesmo conhecer o mérito e decidir a causa tendo em referência prova colhida unilateralmente ou restrita à confissão. Nesse prisma, é preciso deixar claro, os mecanismos de flexibilização da legalidade devem ter seu norte no direito natural, que no presente caso funda-se na racionalidade pedagógica ínsita à condição humana.

Afora o jusnaturalismo educativo, o garantismo²⁰⁶ encontra óbice na dificuldade de fazer atuar parâmetros que impulsionem práticas devotadas à isenção, imparcialidade e igualdade. Isso porque a jurisdição interage com outras instâncias de poder e colhe interferências que dispersam e corrompem um plano mais geral de interpretação e aplicação da lei.

Tal fenômeno ganha prioridade no *labeling approach*, enfoque que compreende as relações hegemônicas de classe, raça, gênero e idade como forças decisivas na definição do conceito de conduta e pessoa desviantes²⁰⁷. A contraposição do Estado-juiz em face dos conflitos sociais possibilita firmar o entendimento de que o direito sancionador mais se orienta pela interação conflituosa dos vetores de hegemonia e marginalização atuantes na sociedade do que através de valores insertos em bens jurídicos, como a vida, o patrimônio e a liberdade.

²⁰⁶ Palavra que se emprega aqui no sentido proposto por Luigi FERRAJOLI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 785-786: “Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.” De forma sintética, cf. Alexandre Morais da ROSA, *O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito*, p. 30: “O *garantismo jurídico*, como visto, consiste na tutela de todos esses *Direito Fundamentais* (liberdades e direitos sociais) assim estabelecidos pela ordem constitucional vigente, os quais representam os alicerces da existência do *Estado Democrático de Direito*, que o alimentam e são, assim, a base da democracia material.”

²⁰⁷ Mais detalhadamente, cf. item 2.1.2, supra.

É dizer, as relações de poder político, econômico e social determinam o conteúdo do ilícito penal e a identificação do delinquente, promovendo uma seleção de ações e pessoas em conformidade com os arranjos de interesses e a visão de mundo dominante em cada grupo. É nessa atitude seletiva que se explicaria, por exemplo, as cifras negras da violência, a proximidade dos tipos penais com o modo de ser próprio da população marginalizada e a disposição dos aparatos policiais em autuar com mais rigor os fatos imputados a minorias étnicas e raciais e a membros de classes economicamente vulneráveis.

No respeitante à responsabilidade juvenil, a questão etária acresce particularidades ao problema, na medida em que sinaliza a preponderância de pais, mestres e educadores na elaboração de concepções prévias sobre o que é infração e quem é infrator, estigma que no dizer do SOARES²⁰⁸ faz do adolescente um ser invisível em sua máscara.

Assim, seguro que os juízos pré-concebidos confundem a dinâmica processual e tendem a relativizar a legalidade, é certo que a condição inferior do adolescente acaba resultando em arbítrios e discricionariedades. Se o conceito de desvio é predeterminado em relações de poder e vulnerabilidade, por lógico carece demonstrar uma verdade acerca de um fato ou pessoa. Sequer existe o imperativo de realizar o processo, considerando que as instâncias formais e informais de controle já organizam no imaginário social o certo e o errado, definindo antes mesmo da jurisdição atuar o inocente e o culpado. Nessa hipótese, o processo segue seus caminhos apenas para legitimar a sanção, já que a lei é reduzida a uma expressão formal e alheia da realidade. Igualmente, as garantias processuais são formalidades essenciais, porém inúteis sob o ponto de vista prático, não lhes exigindo efetiva correlação com as aspirações democráticas de autonomia, liberdade e respeito à dignidade humana.

Mas um cenário assim pessimista não é por demais extravagante, considerando que o sentido radical do *labeling approach* representa a Justiça como instituição de mera reprodução das desigualdades que a socialização previamente elabora? Via de

²⁰⁸ Cf. Invisibilidade e reconhecimento, *Cabeça de porco*, p. 175: “Um jovem pobre e negro caminhando pelas ruas de uma grande cidade brasileira é um ser socialmente invisível. Como já deve estar bastante claro a esta altura, há muitos modos de ser invisível e várias razões para sê-lo. No caso desse nosso personagem, a invisibilidade decorre principalmente do preconceito ou da indiferença. Uma das formas mais eficientes de tornar alguém invisível é projetar sobre ele ou ela um estigma, um preconceito. Quando o fazemos, anulamos a pessoa e só vemos o reflexo de nossa própria intolerância. Tudo aquilo que distingue a pessoa, tornando-a um indivíduo; tudo o que nela é singular desaparece. O estigma dissolve a identidade do outro e a substitui pelo retrato estereotipado e a classificação que lhe impomos.”

consequência, o desenho formal da lei não enfrenta sérias objeções, dado que a teoria sociológica concebe o Direito como técnica essencialmente casuística, parcial e incapaz de projetar estruturas universais e igualitárias?

Ora, ao descortinar o perfil seletivo das instâncias oficiais de controle, a polícia, o Ministério Público e o Judiciário, o que faz a sociologia criminal é antes de tudo permitir ao legislador e ao intérprete o juízo crítico da atividade jurisdicional. O potencial estigmatizante e excludente não necessariamente implica afirmar a impropriedade absoluta do sistema, uma vez que em si injusto e desumano, mas antes demanda contemplar a eficácia discriminatória tendo em vista uma estruturação racional do Estado sancionador. Mais precisamente, as regras processuais devem ter em conta os conflitos marcantes da sociedade para realizar o *discrímen* positivo, sopesando vulnerabilidades com posições jurídicas mais favoráveis, uma busca da igualdade pelo reconhecimento da desigualdade. Por sua vez, há sim espaço para a afirmação do conteúdo material da legalidade, emprestando ao Direito o poder de efetivar mudanças e encetar valores indicativos de contextos sociais mais dignos.

Então, o processo infracional tem como decisivo em sua estruturação dogmática conhecer o norte de flexibilização da lei, com o claro objetivo de trabalhar os obstáculos à consolidação prática de uma jurisdição juvenil garantista.

Como estabelecer critérios suficientemente hábeis a lidar com a expressiva força do *jusnaturalismo* pedagógico? De que modo é possível mitigar as agressões ao Estado Democrático e Material de Direito²⁰⁹ decorrentes das instâncias de controle organizadas em atitudes seletivas e segregadoras? Em quais circunstâncias o processo contraditório harmoniza-se com o processo de consenso, de modo a evitar a violação de direitos fundamentais ou incorrer em práticas inquisitoriais?

São essas as preocupações do presente capítulo, dado ser necessário distinguir os critérios que delimitam o consenso no processo sumaríssimo daqueles que recomendam a coerção no processo ordinário, contemplando parâmetros de igualdade e mecanismos

²⁰⁹ Se a normatividade deve propiciar determinados fins e realizar valores e princípios de justiça, então o preconceito ao predeterminar a jurisdição mais contribui para infirmar do que para legitimar esses ideais, anulando as metas inscritas na razão de ser do Estado. É preciso lembrar que o estigma confronta a ordem legal, especialmente a dimensão material do Estado Democrático de Direito, que contempla gama substancial de sentidos políticos, sociais e econômicos. Nesse sentido, cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 244-245: “O estado de direito é um estado materialmente referenciado por uma ideia de justiça à qual é inerente a justiça social promovida pelo Estado ou por quaisquer outras comunidades políticas.”

de proteção de direitos em face das quase sempre incontornáveis ameaças originárias do mundo adulto hegemônico.

Em suma, qual a extensão do princípio do devido processo legal na Justiça Juvenil? Como se realiza o consenso?

4.1. Processo e ato infracional.

O desafio de definir o modelo de persecução da responsabilidade do adolescente envolve em última instância saber que papel exercem as partes na relação processual. Explica FIGUEIREDO DIAS²¹⁰ que só a partir da configuração dos sujeitos é possível determinar a natureza do processo e o modo como o legislador dispõe os ritos e os atos procedimentais.

Pertinente pois indagar que situação jurídica detêm a vítima, o adolescente, o Ministério Público e o magistrado no processo infracional. O indigitado autor da infração sustenta direitos contrapostos ao Estado-jurisdição? A palavra do ofendido tem qualquer implicação no curso da demanda? O Ministério Público tem obrigação de propor a ação ou dela pode dispor livremente? E o juiz deve motivar sua decisão ou tem plano discricionário para julgar?

Antes de tudo, urge observar que os questionamentos estão particularmente imbricados com os fins atribuídos à Justiça Juvenil. Direito material e direito processual têm configurações autônomas mas apresentam interseções relevantes, especialmente quanto aos propósitos que perseguem. Adverte PALMA²¹¹ que não é dado investigar a posição jurídica das partes sem considerar as aspirações do sistema e tomar o horizonte complexo da sanção estatal que planeja se legitimar.

Assim, o estudo que se segue propõe compor três variantes, a subjetivação de direitos, as aspirações pragmáticas da responsabilidade especial e os modelos de processo.

²¹⁰ Cf. *Direito processual penal*, p. 240-248.

²¹¹ Cf. O problema penal do processo penal, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, p. 47: “Numa primeira conclusão, os fins das penas não têm de ser inevitavelmente alheios ao Processo Penal, mas o modo como se inserem legitimamente no processo necessita de ser articulado com o direito do arguido (e da sociedade) à suspeita sobre a acusação, ao seu controlo crítico exaustivo.”

4.1.1. Vertente inquisitorial do ideal pedagógico.

Os sujeitos processuais, os fins das medidas socioeducativas e o processo exibem conformação própria quando dispostos segundo o princípio do melhor interesse informado por conteúdo pedagógico-correcional, comum ao modelo tutelar.

De partida, a proposição encerra linha consensual ao supor o engajamento de todos os atores numa direção comum. A tese é de que acusação, defesa técnica e julgador comungam ao lado dos pais e do infrator um esforço único dedicado a desenvolver no jovem que infringiu a lei a consciência dos atributos morais imprescindíveis à convivência social. A unidade de desígnios unifica os projetos que cada um tem autonomamente.

Se há uma característica marcante nesse plano é a áurea paternalista da absoluta ausência de conflito, dado que inexistem de todo pretensões resistidas. O pressuposto de que a liberdade e a autonomia podem ser subjugadas em nome do desejo do indivíduo de evoluir a uma vida cidadã, porquanto em condição especial de desenvolvimento e carente de atenção educativa, cuida de desprogramar os eventuais embaraços de uma lide. Ou seja, o esforço de educar recomenda a supressão das partes no processo infracional e a unificação de todos os atores na qualidade de meros interessados no provimento judicial, cuja natureza há de importar, assim como ocorre na jurisdição voluntária, numa resolução pública de interesses privados. Tal decisão se qualifica pela presunção de que a sentença sintetiza ao máximo não o direito mas antes a ambição que o adolescente deve ou deveria manifestar na formação de uma identidade harmônica com os desígnios sociais.

O acerto da sanção juvenil nessa espécie de tribunal doméstico tem como marco crítico a descoberta da verdade real, contudo não aquela referente aos fatos e sim à pessoa. Isso porque desde logo há acordo quanto à aplicação da medida, restando apenas precisar a carência pedagógica, essa que é o objeto da investigação. A verdade quanto ao nível de desvirtuamento do indivíduo que pratica o ilícito representa o cerne do processo, dado ser imprescindível prevenir o desmerecimento do caráter e dosar com precisão a resposta estatal às reais necessidades de tal propósito.

Portanto, o paradigma que elege os fins pedagógico-correcionais e toma o adolescente enquanto paciente da intervenção reguladora e não como um sujeito de direitos equipara-se na prática ao processo inquisitorial. Sem a dialética das partes, resta

a inquisição do imputado e da forma como decide a si mesmo, do ser que é censurado e do dever-ser que a sociedade projeta no indivíduo.

Se a ideia é de que o Estado e o investigado não alimentam um dissenso, já que ambos aspiram senão a salvação da alma pelo menos a educação do desvio, então o contraditório e a ampla defesa revelam escassa nitidez, mesmo porque os fatos não são controversos e sim a pessoa. Mais essencial do que demonstrar a conduta numa ordem que reúne a tese acusatória, a antítese da defesa e a síntese da sentença é alcançar a confissão, tendo em conta a importância da adesão do infrator à prática educativa. Admitir o erro seria o primeiro passo, talvez o maior, para uma conversão verdadeira a um agir conforme a lei.

Ocorre que esse modelo inquisitorial foi plenamente derogado no âmbito da Justiça Juvenil, que já nos fins dos anos sessenta²¹² começou a perder a tradicional inspiração *welfare* em troca de uma feição garantista. Decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos influenciaram, sobremaneira, o movimento de democratização da infância, registrado no final do século XX e que ganhou uma leitura sistematizada na Convenção dos Direitos das Crianças da ONU de 1989, inclusive no sentido de inscrever o processo infracional nas garantias constitucionais do processo penal²¹³.

Atualmente, as legislações nacionais já não admitem representar o adolescente como objeto inanimado da investigação. Do contrário, descrevem-no como sujeito de direitos na relação processual, resguardando importantes posições jurídicas próprias do processo contraditório²¹⁴.

Sendo assim, ainda que se tenha como inequívoca a derrogação no direito positivo do processo inquisitorial, é de rigor indagar se de alguma forma a representação pedagógica persiste em influenciar e determinar a Justiça Juvenil, uma vez que mesmo hoje reside nela um apelo econômico de forte ressonância no imaginário popular – mais vale educar (enquadrar) o rebelde e reabilitá-lo à produtividade da vida cidadã do que perdê-lo para a masmorra onerosa e inútil do Direito Penal.

²¹² Cf. Barry C. FELD, *op. cit.*, p. 9: “In 1967, the Supreme Court in *In re Gault* (S.Ct. 1967), began a “due process revolution” that substantially transformed the juvenile court from a social welfare agency into a more formal and legalistic institution.”

²¹³ Cf. o art. 40 da Convenção de 1989.

²¹⁴ O ECA prevê nos arts. 110 e 111 garantias processuais de todo semelhantes ao processo penal. De igual modo, os arts. 45º e 92, nº 2, da LTE e art. 1º, nº 2, da LORRPM.

Desse modo, ainda atual a pergunta: as liberdades públicas do adolescente são mitigadas pelo espírito reitor do antigo modelo tutelar?

O fato é que a transição de paradigmas tão díspares, do inquisitorial ao contraditório, não pode ocorrer de maneira abrupta. Em diversas nuances, deixa a mudança subsistir traços característicos do que foi revogado, posto que só no longo prazo a revolução consegue alcançar, no interior da realidade na qual atua, as minúcias práticas do pensar e do fazer. É pertinente citar pelo menos três maneiras através das quais o velho consegue travestir o novo: a) dissociação entre lei vigente e lei efetiva, observando que os atores jurídicos podem emprestar interpretação e aplicação distorcidas às regras emergentes, acolhendo sob diferentes motivos os juízos então superados, no propósito de assegurar relações de dominação e poder ou por influências históricas, econômicas, sociais e culturais; b) reminiscência de velhas normas, reproduzidas por equívoco ou incompreensão pelo legislador ao instante de produzir a lei nova, o que demanda a revisão em subsequente ato legislativo; c) desconsideração do direito positivo na assunção de um direito natural, o que na ordem jurídica contemporânea só pode ocorrer se o intérprete conscientemente se insurge contra o direito posto, alegando aplicar a equidade, ou grassa no engano destacado no primeiro item, tomando o ideal pedagógico como motivação para produzir a dissonância entre vigência e efetividade da lei.

No momento, interessa particularmente esse último fenômeno, tal a sua capacidade de reproduzir soluções inquisitoriais no seio da legalidade. A relativização de direitos fundamentais ocorre desde quando se atribui ao ideal pedagógico um valor superlativo, concebendo-o um autêntico direito natural com possibilidade de determinar a interpretação e a aplicação do direito positivo, uma vez que traduzido como condição primeira a guiar as relações entre adultidade e infância e como uma essencialidade humana a sujeitar as regras jurídicas. A educação é concebida não apenas como um dado intrínseco, mas também como naturalmente positivo ao desenvolvimento da personalidade adulta, estabelecendo uma perspectiva formal e abstrata.

Mais além, o dever de educar e a necessidade de ser educado constituem elementos essenciais da existência, que têm curso universal e cogente, na falta do qual perde o homem aquilo que mais propriamente o define. A racionalidade pedagógica é categórica e determinante, inclusive para condicionar o conteúdo da legalidade. Nessa perspectiva, o educar não é problematizado como elemento da liberdade humana, o que

mascara seu potencial para atitudes repressivas e domesticadoras tanto quanto para iniciativas de promoção da autonomia e da autodeterminação. Quando a socioeducação se investe desse fundamento jusnaturalista, muito facilmente o desenho acusatório de processo se transmuda em inquisitorial. Em aspectos estratégicos o sujeito de direitos dá lugar ao objeto da proteção educativa, com o qual a socioeducação longe de desempenhar uma prática de liberdade se impõe como atividade opressiva.

Tal inversão ocorre com frequência e mira suprimir exigências legais em prol de maior discricionariedade de proteger e educar, cassando sempre que possível a autodeterminação do adolescente. São exemplos: a falta de combatividade do advogado de defesa, ao pressentir a contrariedade dos pais em ver o filho livre; a defesa técnica descrente na inocência do cliente, mas confiante na desenvoltura pedagógica do sistema; a ausência de curador especial quando identificado conflito de interesses entre o jovem e os genitores, tendo em conta o direito de liberdade²¹⁵; a dispensa de provas pelo magistrado quando obtida a confissão²¹⁶; a motivação de sentenças de internação com fundamento na garantia da integridade física do indivíduo²¹⁷; a mudança no regime de execução de medidas sem a prévia oitiva do adolescente²¹⁸; a esperança depositada na Justiça como um sistema capaz de curar a violência, a dependência química e o desvio de conduta, entre outras circunstâncias comuns ao cotidiano da Justiça Juvenil²¹⁹.

Um plano assim descrito planeja dar validade a um processo contraditório mitigado por soluções inquisitoriais, o que sinaliza duas importantes diretrizes. A primeira é a da instrumentalidade do processo, direcionado a realizar mudanças na

²¹⁵ A quem a defesa técnica deve atenção, aos pais que propugnam pela internação do filho ou ao jovem que manifesta o desejo de permanecer em liberdade? Se preponderantes as razões dos genitores, que legitimidade resta à palavra do adolescente? Sua manifestação não deveria ter implicações jurídicas, como assegura o art. 12 da CDC, inclusive para dissociar suas aspirações daquelas defendidas pelos pais? O conflito evidente entre pais e filho já não sinaliza a necessidade de um curador especial, investido do mister de zelar pelo direito de liberdade e autonomia do adolescente?

²¹⁶ No Brasil, tão recorrente foi a dispensa de provas que o STJ se viu motivado a editar a súmula nº 342: “no procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente”.

²¹⁷ Nesse sentido, incompreensível fundamentar a internação provisória na necessidade de garantir a segurança pessoal do adolescente, como prevê o art. 174 do ECA.

²¹⁸ A esse respeito, o STJ editou a súmula nº 265: “é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

²¹⁹ Cf. Ana Paula Motta COSTA, *As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*, p.124: “Os juízes, identificados com as dificuldades enfrentadas pelos promotores, admitem a tramitação de processos de apuração de atos infracionais com estas características e acabam por aplicar a medida socioeducativa de internação, a qual parece satisfazer a todos: promotor, familiares, comunidade, como se desde o princípio do processo houvesse um consenso de interesses em torno do suposto ‘bem estar’ dos adolescentes.”

realidade desviante dos agentes, e a segunda reside na busca do consentimento, pois curial obter a adesão do jovem à sanção educativa.

É de ficar claro que a lógica inserta nos fins pedagógico-correcionais é do *full enforcement* e da máxima intervenção. Quanto mais medidas distribuídas maior eficácia terá o sistema. Não há espaço para tolerância, mormente quando se espera um resultado positivo, confiando que todos os jovens tenham satisfeitas suas necessidades educacionais. A relativização é mais do direito de liberdade do que do poder de sancionar. Por outro lado, o consenso que se busca tem referência na confissão, no arrependimento e na entrega acrítica da subjetividade à certeza das necessidades educativas, as quais são moldadas segundo expectativas prevalentes de socialização. Como pontua COSTA ANDRADE²²⁰, na confissão reside a esperança de salvação, seja porque o indivíduo recebe resignado os desígnios de forças divinas seja porque aceita a objetividade do social por meio de mudanças efetivas de atitude. A sanção é um bem positivo, tanto para a alma em perdição quanto para o personagem de uma vida desregrada.

4.1.2. Processo acusatório e o princípio da verdade real.

Mas, se a versão jusnaturalista do ideal pedagógico projeta ameaças ao direito positivo, em especial direitos fundamentais contrapostos ao Estado sancionador, o que dizer da proposição que erige a legalidade a um plano absoluto?

A tradição da América Latina e Europa continental rejeita o processo acusatório puro do *common law* em que tanto o processo quanto o direito material se submetem aos princípios da oportunidade e da disponibilidade – basicamente, a ação penal depende de um juízo de conveniência, já que a pena e a imputação são passíveis de transação em acordos previamente acertados, tal como ocorre no processo de partes da seara cível. Essas informalidades do paradigma acusatório puro são restritas no processo penal de inspiração romano-germânica, que releva a verdade material ou real, compreendida, é bom frisar, não como verdade ontológica e sim como aquela que se impõe judicial e processualmente válida, porquanto resultante da interação dialética das partes e da valoração constitucional das provas. Ou seja, o processo é sempre uma

²²⁰ Cf. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo, *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*, p. 331.

necessidade, uma vez que imprescindível confirmar a veracidade dos fatos e a legitimidade da imputação. A sanção estatal depende de uma prova plena, que subentende o conflito ínsito ao contraditório e à ampla defesa, a tese rebatida com paridade de armas pela antítese e avaliada por juízo imparcial. Enquanto no acusatório da experiência norte-americana a cognição sumária é usualmente legítima, no acusatório mitigado a cognição exauriente constitui pressuposto de validade inabalável, de modo a sobressair princípios como o da oficialidade, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

Nesses termos, os modelos anglo-saxônico e romano-germânico ressaltam a tensão existente entre verdade formal e material, confronto que trilha linhas distintas de processo e desafia perspectivas diversas para o tema dos direitos fundamentais. Se no primeiro as críticas de desrespeito à dignidade humana incidem com veemência sobre as soluções consensuais e seus propósitos pragmáticos, no segundo ocorre o oposto, já que os reclamos se dirigem à determinação de perseguir sem exceção todos os delitos e à crença na disposição do sistema de aplicar penalidades a todos os ilícitos, de forma absolutamente implacável.

A preocupação com a efetividade, observa FARIA COSTA²²¹, parece ser a nota marcante no processo acusatório puro tal a conveniência estratégica que se estabelece no mecanismo da *plea-negotiation*. A transação que envolve a confissão de culpa (*guilty plea*), a imputação, e as circunstâncias do crime, sua qualificação jurídica e a própria pena (*plea bargaining*) destaca movimentos destinados a maximizar a eficácia²²². O objetivo é criar espaços de discricionariedade para lidar ora com os anseios de segurança da comunidade ora com sua indiferença para com o fato ilícito, além de potencializar fins de intimidação e de ressocialização e compor soluções para fatores contingenciais referentes à probabilidade de sucesso da ação penal, como a disponibilidade de provas, a cooperação da vítima, o empenho de testemunhas e a capacidade técnica da polícia.

²²¹ Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 28 a 36.

²²² *Ibid.*, p. 29: “Urge salientar, por outro lado, que todas as transacções comportam, na lógica do próprio sistema, aquilo que podemos apelidar de incremento do sentido positivo que *aquela* política criminal visa perseguir. Com efeito, verifica-se, em primeiro lugar, uma maximização da eficácia por parte dos poderes estaduais. Em segundo lugar, a optimização político-criminal pode sair reforçada se o delinquente ao ter assumido o ganho se «consciencializa» e não reincide. Por fim, consegue-se imprimir uma maior celeridade à aplicação da justiça penal.”.

De pronto, vislumbra-se nesse prisma a fragilidade de um sistema que elege como ponto axial a confissão, dada a força das interferências que maculam a verdade consensual, como a assunção de culpa para encobrir organizações criminosas e o empenho oficial em obter o acordo para desobstruir os órgãos jurisdicionais²²³. Ademais, um processo fundado na seleção oficial discricionária enfrenta suscetibilidades, principalmente em razão do risco de se integrar à seleção emergente dos conflitos sociais e domésticos, instrumentalizando o Estado sancionador segundo os interesses de classes econômicas e políticas, as vicissitudes raciais e os embates resultantes da idade e do gênero.

Sob o olhar dos direitos humanos, o panorama não é menos desolador quando da análise do processo acusatório mitigado pela verdade material. É que, mesmo com a superação dos problemas relatados no *common law*, um conjunto diverso de questões ganha relevo no processo de legalidade estrita.

É dizer, o sistema ganha em segurança jurídica e se beneficia da iniciativa probatória do juiz e da objetivação das partes²²⁴, em especial pela influência escassa do ofendido no curso da ação e pelo vínculo do Ministério Público mais com a verdade dos fatos do que com o sucesso da acusação. Contudo, perde ao difundir uma diretriz de máxima intervenção. O que prevalece é a certeza inclemente da ação penal. Independente da gravidade da conduta, deve sempre o Estado sujeitar acusado e vítima a um processo contraditório dispendioso, lento e aflitivo pela investigação da pessoa e de particularidades de sua existência, elevando os efeitos da criminalização secundária evidenciada pelo *labeling approach*²²⁵.

Porquanto, em medida semelhante à rigorosa amplitude de flexibilização presente nas soluções consensuais do processo anglo-saxônico, a legalidade elevada a

²²³ *Ibid.*, p. 29: “O que nos leva justamente para um outro ponto criticável, qual seja: os infractores que recusam a «plea negotiation» são considerados incômodos e perturbadores, facto que lhes acarreta irremediavelmente fortes efeitos estigmatizantes.”

²²⁴ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito processual penal*, p. 252: “De resto, e de novo quanto à posição jurídica do MP, as regras do direito processual penal português actual parecem vinculá-lo a uma *atitude objectiva* em todas as intervenções processuais, antes que a uma atitude de «parte»”. Ainda acerca dos princípios orientadores da persecução penal, cf. IDEM, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*, p. 25: “Dada, pois, a incondicional intenção de verdade e justiça – tão incondicional como a do juiz – que preside à intervenção do ministério público no processo penal, torna-se claro que a sua atitude não é de interessado na acusação, antes obedece a critérios de estrita legalidade e objectividade”

²²⁵ O acusado passa a identificar-se com o modo de ser delinquente ao recepcionar o rótulo atribuído pelos próprios órgãos oficiais de controle da violência, alimentando um ciclo que deveria interromper.

plano absoluto do processo romano-germânico também impõe ameaças potencialmente lesivas a direitos fundamentais.

Bem explicado, a imperatividade da ação penal tende a formalizar o princípio da igualdade, já que a lei vale para todos e em todas as circunstâncias sem sopesar as diferenças. Via de consequência, não consegue recepcionar e moldar o ímpeto seletivo que permeia as instituições de controle da violência por não se permitir adotar ritos diferenciados, a exemplo do sumário e do sumaríssimo. Não distingue criminalidade de baixa e alta gravidade, obrigando todos os autuados ao constrangimento e aos estigmas da Justiça Penal, envolvendo-os ainda mais nos enredos da identidade criminógena. Por fim, ao vedar o acordo e exigir o processo ordinário sempre que o ilícito é noticiado, prioriza-se a prevenção geral e opta-se por resgatar no cidadão a credibilidade na aplicação da lei, uma política de intolerância naturalmente apta a gerar e reproduzir iniquidades.

Pertinente, assim, afirmar que as dificuldades levantadas revelam a impropriedade de valores absolutos na ordem jurídica. A flexibilização plena enfrenta os desafios da insegurança jurídica, tal a carência de parâmetros universais na resolução de conflitos. Enquanto isso, a legalidade estrita prima pela rigidez injusta e irreal, primeiro por não ser razoável incidir a lei sem ponderar as desigualdades ínsitas à organização política, social e econômica e segundo pela deficiência do Estado de materializar a pena sempre que ocorre uma infração. Em sua ruptura com real, manifestada nas elevadas cifras negras, o princípio da obrigatoriedade se declara irrealizável e se rende à improdutiva função de intimidar, constituindo-se mais um blefe simbólico do que uma ameaça concreta. Afirmando fazer o infactível perde o sistema em utilidade²²⁶ e deixa escapar o apelo comunicativo com o social.

Já aqui cabe questionar se o impasse entre o processo de consenso do acusatório puro e o de juridicidade do acusatório mitigado não revela grave crise no seio das técnicas usuais de persecução penal.

²²⁶ Cf. Fernando José dos Santos Pinto TORRÃO, *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*, p. 130 e 131: “Pensamos, no entanto, que uma excessiva rigidez do princípio da legalidade apenas logrará obter aqueles benefícios da defesa dos cidadãos face à actividade do Estado e do tratamento igual perante a lei, situações que, pela sua natureza meramente formal, se mostram manifestamente insuficientes para um sistema jurídico que se pretenda útil e que tenha em consideração o interesse social”. Para Maurício Antonio Ribeiro LOPES, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, p. 469, pelo menos quatro justificativas contemplam a flexibilização da legalidade: razões de interesse social ou utilidade pública, a consecução da justiça material, a celeridade processual e a possibilidade de selecionar fatos puníveis que devem ser perseguidos daqueles outros com mínimo interesse na aplicação da pena.

A formalização da experiência jurídica que ambos os modelos sinalizam, um priorizando o casuísmo e o outro tornando invisíveis as singularidades do caso concreto, não reduzem direitos humanos a conteúdos vazios, tal a dissonância entre processo e realidade? A leitura de garantias processuais como atos válidos por si mesmos²²⁷ e não como alavancas da dignidade humana não deixa acusado e vítima vulneráveis aos propósitos que o Estado espera realizar no processo? A legalidade formal não representa risco demasiadamente caro ao Estado Democrático de Direito ao permitir que ideologias opressoras dominantes preencham de sentido a lei, direcionando sua interpretação e aplicação?

Tais questionamentos são em si conclusivos, pois permitem inferir que a ordem democrática não comunga com as expectativas de eficácia próprias da *plea-negotiation* nem com a rigidez inerente ao princípio da verdade real²²⁸. Nesse sentido, já não há dúvida quanto à importância da flexibilização da legalidade, o que se vislumbra nas reformas legislativas do final do século XX diversificando os ritos e introduzindo medidas liminares de dispensa do processo, como a transação penal e a suspensão processual²²⁹.

As medidas de consenso surgiram assim no seio do processo acusatório de tradição romano-germânico como uma necessidade autêntica, inovando o processo para decidir situações embaraçosas e conferir esperança a problemas aparentemente insanáveis. Para além das críticas já delineadas pela criminologia radical, o estorvo da legalidade rígida só fez se agravar no mundo tecnologicamente desenvolvido e na demanda por mudança advinda de interações complexas que a modernidade passou a impor ao Direito.

²²⁷ É bastante conceder a palavra ao acusado para que realize sua defesa ou urge cuidar que ele tenha condições materiais para tomar a palavra e se defender? Em outras palavras, não seria necessário assegurar que esteja o investigado, ao se manifestar, emocionalmente protegido e tecnicamente orientado?

²²⁸ Vale repetir, a verdade que o processo torna possível aferir, e não a verdade ontológica.

²²⁹ No Brasil, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, instituiu o procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal com quatro “medidas despenalizadoras”, a composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único), a transação penal (art. 76), a exigência de representação nas lesões corporais de natureza leve e a suspensão condicional do processo (art. 89). São inovações semelhantes aos modernos institutos do Código de Processo Penal português, em especial o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º), a suspensão provisória do processo (art. 281º) e o processo sumaríssimo dos arts. 392º e ss. A doutrina brasileira trata a inovação legal como autêntica revolução, como observam Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Magalhães GOMES FILHO, Antonio Scarance FERNANDES e Luiz Flávio GOMES, *Juizados especiais criminais – comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, p. 50: “É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a flexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo espaço para o *consenso*. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade *consensuada*.”

O pluralismo cultural, a comunicação de massa, a ampliação do mercado de consumo, a globalização das economias, os movimentos civis por direitos humanos, a liberdade sexual, a inclusão jurídica de minorias e grupos tradicionalmente preteridos, o realce dos direitos transindividuais de meio ambiente, educação e seguridade social, enfim as microrrevoluções de um passado ainda recente trouxeram significados novos à experiência normativa. Especificamente no Direito Penal, referido fluxo redimensionou o sentido emprestado à tutela de mínima intervenção, tais as exigências dirigidas à hipertrofia do Estado sancionador. O estímulo à criação de novos tipos penais, sinaliza HASSEMER²³⁰, reposicionou o marco de *ultima ratio* para um módulo auxiliar e de reforço a outros ramos do Direito e a outras funções estatais. A ideia de complementaridade substituindo a referência de alternativa última tomou corpo com a descoberta para o Direito Penal de bens jurídicos novos ou revitalizados, a exemplo do meio ambiente, do mercado financeiro, da informática e da segurança nacional, dos movimentos imigratórios e do medo pelo recrudescimento da violência urbana.

A hipertrofia criminal como marca da modernidade vincula-se, portanto, à ponderada adesão do processo penal a instrumentos legais de seleção²³¹, o que se deu não só para aliviar o excesso de lides mas também e, principalmente, criar espaço de debate em torno do que é justo de ser autuado e processado. Em pauta, além da efetividade do sistema, a sua própria legitimidade.

²³⁰ Cf. Processo penal e direitos fundamentais, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, p. 22: “Neste contexto, o Direito Penal não é uma ameaça mas um módulo auxiliar. Não é «ultima ratio» como os penalistas sempre disseram, mas em muitos âmbitos é «prima ratio» ou mesmo «sola ratio».” Em igual sentido, cf. IDEM, *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal, p. 209-210: “No me opongo a una modernización del derecho penal en el sentido de su acomodación a una nueva moral o a la prevención de nuevos peligros. A lo que me opongo es a una complementación ciega de nuestros instrumentos para la resolución de problemas, solo porque, en términos comparativos, el derecho penal resulta más barato, en el caso concreto supone una respuesta dura y, en lo que se refiere al problema en su globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defiendo es una actitud crítica y vigilante.”

²³¹ É o fim da crença no sistema, como vaticina Luiz Flavio GOMES, Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais, *Criminologia*, p.: 447: “Foi fundamental, para esse giro político-criminal estrondoso, o reconhecimento da insuficiência (ou mesmo falência) do sistema penal clássico (assim como do modelo clássico de Justiça Criminal), que não reúne condições para fazer frente, com sua atual estrutura e organização, a todas as infrações. Acabou a crença no *full enforcement*.” Também exprimindo certa desilusão com o modelo de legalidade estrita, Cf. Fernando José dos Santos Pinto TORRÃO, *op. cit.*, p. 135: “Não é, portanto, de admirar que, em muitos países onde predomina o princípio da obrigatoriedade, se tenham admitido algumas limitações no sentido de uma certa oportunidade.”

Afinal, quando a Justiça atuando deixa no imaginário da delinquência um mal maior do que a Justiça omissa? Como indaga PALMA²³², é possível o processo fazer o controle constitucional dos tipos penais?

A transação penal e a suspensão condicional do processo devem então ser ponderados como instrumentos de anseios garantistas, de legitimação e de validade, servindo antes como método de controle do direito penal de máxima intervenção e de moderação dos estigmas da Justiça Penal do que como instrumento de eficácia e de distribuição de penas.

Exsurge daí a compatibilidade entre verdade consensual e verdade material, uma vez que o processo de consenso integra uma abordagem crítica em duas linhas de ação: a) a via de tolerância, o acordo vinculado a penas alternativas à clausura e a ritos capazes de acertar melhor os danos secundários do processo, em especial a atribuição do conceito de pessoa desviante; b) a via de complementação, o acordo como exceção ao processo de legalidade estrita, esse que é e deve ser o ponto de partida da jurisdição e uma exigência legitimadora para intervenções mais gravosas à autonomia da pessoa²³³.

4.2. O processo de consenso na Justiça Juvenil.

A ideia de flexibilizar o processo penal para compor uma crítica à atividade sancionadora traz em seu bojo uma indagação: para além do processo há meios outros, eticamente válidos, de pacificar o conflito?

As iniciativas de diversão, diversificação ou desjudicialização parecem buscar respostas ao questionamento. Isso ao considerar os sentidos que essas palavras

²³² Cf. *op. cit.*, p. 47: “O juiz justo não é nem técnico nem Deus, mas quem pode ponderar a solução do conflito permanente entre o mal do crime e o mal da própria justiça.” E mais à frente, *op. cit.*, p. 50-51: “Se o problema começa na lei, há também um espaço de legitimidade constitucionalmente garantido em que o princípio da necessidade da intervenção penal impõe que no Processo Penal se minimizem os erros da hipertrofia criminal ou da própria iniquidade da selecção social, questionando-se a liberdade de o legislador criar incriminações, e não, inversamente, orientando-se o problema constitucional no sentido de o juiz se automatizar sem distinguir situações, transpondo totalmente para o arguido a responsabilidade colectiva, a responsabilidade dos conformismos sociais e, a final, dos verdadeiros mecanismos detentores do poder social. O Processo Penal, não podendo corrigir totalmente as deficiências da selecção ou de uma definição de crime arbitrária, deve ser, pelo menos, através de uma concepção material de crime constitucionalmente apoiada, uma instância racionalizadora de distinção de casos segundo critérios razoáveis de justiça e uma antecipação dos fins reparadores das penas.”

²³³ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito processual penal*, p. 130: “Dadas, porém, as considerações atrás expendidas, pensamos que, mesmo no plano de lege contenda, o princípio da legalidade deve continuar a constituir o ponto de partida da modelação do sistema.”

alcançaram na dogmática processual, seja enquanto resolução que dispensa declarar a culpa e determinar a pena, em acordo no interior do processo envolvendo o Ministério Público e o infrator²³⁴, seja na noção mais alargada que envolve tanto as soluções do conflito promovidas por órgãos informais de controle quanto aquelas integradas ao sistema judiciário, através de ritos que na transação e na suspensão do processo “diversificam” o comum²³⁵.

Como assinalado há pouco, a diversão tem generoso espaço de legitimação ética, mas desde que consiga interagir com o segundo elemento da vertente processual do modelo 4D, o *due process*²³⁶, e com ele estabeleça uma relação de compatibilidade, de forma a nortear o consenso e a legalidade como princípios complementares.

Para esse impasse o processo penal busca equilíbrio ao refugiar fórmulas divertidas na pequena criminalidade e limitar o alcance do conteúdo livremente pactuado, tomando a condição moderada da pena e da culpabilidade como justificativa para oportunizar o rito sumaríssimo. Ou seja, os delitos que apresentam grau reduzido de ofensa²³⁷ podem ser objeto de acordo processual, que deve ter alcance limitado a penas alternativas, faltando-lhe aptidão para impor a privação de liberdade. Outros fatores são também comumente analisados para definir a fronteira entre o procedimento sumaríssimo e o ordinário: a evidência da prova, a complexidade do fato, a determinação de reduzir os efeitos da criminalização secundária, o esforço de revigorar o princípio da intervenção mínima e o interesse de potencializar os fins de prevenção geral e especial. O processo penal de consenso segue assim critérios que condicionam as partes e conferem segurança jurídica, impedindo o agir discricionário do Ministério Público e do Judiciário.

²³⁴ É como conceitua José de Faria COSTA, *op. cit.*, p. 5 e ss. Segundo o Autor, os tipos de diversão podem ser classificados em simples, quando o acordo resulta no arquivamento sumário, encoberto, se depender de um ato do arguido, a exemplo do pagamento de indenização à vítima, e com intervenção, na hipótese de ser exigido o cumprimento de injunções.

²³⁵ Nesse sentido, cf. Fernando FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 134: “Disso resulta a amplitude do termo *diversão*, abrangendo tanto a mencionada hipótese em que o conflito é resolvido fora do sistema formal de aplicação da justiça como, ao que nos interessa, os casos em que, no âmbito mesmo dos aparelhos formais de controle, o conflito sofre um ‘desvio’ ou diversificação.”

²³⁶ O modelo 4D faz referência ao aspecto político-criminal, recomendando a descriminalização, ao aspecto penal, informando a desinstitucionalização, e a duas vertentes processuais, a diversão (desjudicialização) e o *due process* (processo justo). Os últimos parece que se contradizem, uma vez que o primeiro recomenda o consenso e o segundo planeja a estrita legalidade, porém encontram compatibilidade numa amplitude maior situada na flexibilização da legalidade como instrumento de tolerância.

²³⁷ O universo de incidência do rito sumaríssimo é aferido objetivamente tendo em conta a vinculação do conceito de menor potencial ofensivo ao montante da pena abstrata cominada no tipo penal.

O difícil equilíbrio que persegue a Justiça Penal entre consenso e legalidade revela-se um tanto mais crítico no processo infracional. A ideologia pedagógica, o encobrimento das relações de poder intrínsecas aos espaços domésticos e o estímulo presente na sociedade de suprimir garantias constitucionais em prol de atendimento educativo debilitam a posição jurídica do adolescente. O sujeito de direitos é, frequentemente, reduzido a objeto de correção, desvelando a divergência que preocupa FERRAJOLI²³⁸ entre a validade da norma jurídica (direitos fundamentais na Constituição) e sua efetividade (direitos fundamentais em aplicação).

Porquanto, o processo de consenso pode se notabilizar pelo arbítrio quando o ânimo é o de prevenção especial e, nesse propósito, reina um sentido específico referente a metas de mudanças atribuídas ao delinquente. Tal raciocínio demanda, nos moldes do tribunal doméstico, a supressão de formalidades do contraditório e de efeitos jurídicos eventualmente conferidos à palavra do adolescente, especialmente quando manifesta oposição ao tratamento educativo. Nesses termos, o acordo perde sua natureza bilateral e se realiza impositivo para contornar o devido processo legal, arrebatando o consentimento do infrator e aplicar com mais efetividade medidas socioeducativas.

Em outra direção, o processo de consenso pode alcançar dimensão garantista se os fins que lhe conferem legitimidade ética na esfera penal ganharem tradução na Justiça Juvenil. Será possível conferir ao acordo no processo infracional linhas de tolerância e complementação, perspectivadas na intervenção mínima?

Ora, nesses desígnios repousam as finalidades da responsabilidade juvenil. Como acentuado anteriormente²³⁹, antes de buscar a intimidação ou a confiança na lei, no seio da jurisdição do adolescente os fins de prevenção geral devem despontar da simbologia do perdão, difundida tanto na pauta de sanções menos gravosas comparativamente ao Direito Penal quanto no grau de indulgência que marca a relação menoridade-maioridade. Já a prevenção especial compreende o dever conferido ao Estado sancionador de desencadear e motivar o Estado social e a comunidade para

²³⁸ Destaca Luigi FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 787, que a discrepância entre validade e efetividade exige dos juristas uma constante tensão crítica: “Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas a partir de suas representações normativas, e com a confiança *a priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica.”

²³⁹ Cf. item 3.1, *supra*.

potencializar ao jovem infrator o acesso a direitos fundamentais²⁴⁰, em especial a convivência familiar, a educação, a saúde e a assistência social orientada no exercício da cidadania.

Inexistindo empecilhos, cabe então investigar como se comporta o acordo processual que planeja mitigar a sanção ao tempo que excetua o contraditório, tarefa envolta no estudo de ambas as vias que devem caracterizar o consenso, a tolerância e a complementação da legalidade estrita, além da série de implicações delas resultantes.

Útil começar pelo segundo aspecto para que, desde logo, fiquem demarcados os critérios sob os quais o consenso sucede o plano elementar do devido processo legal. Ao tomar como pressuposto o caráter complementar dos instrumentos de diversão, diversificação ou desjudicialização, tem-se claro que de partida a Justiça Juvenil se estrutura no princípio do contraditório e que a exceção a ele depende tanto daquilo que determinam as regras de incidência do procedimento sumaríssimo quanto da conveniência das partes. Ao adolescente cabe distinguir, com a orientação do pai ou responsável e do advogado, se se dedica na instrução a provar a inocência ou se opta pela transação liminar e assume uma medida socioeducativa, furtando-se do constrangimento que representam a pendência da ação judicial e o passo a passo do rito ordinário. Já o Ministério Público deve decidir se pretende alcançar uma sentença de mérito, qualificada pelo debate das provas, autorizando quando possível a privação de liberdade, ou se oferece o acordo e oportuniza uma execução mais célere da sanção, limitada contudo a medidas de meio aberto.

Como visto, a interseção consenso e *due process* se dá no momento em que a lei delimita de forma objetiva o campo de aplicação do rito sumaríssimo, dado que o juízo de conveniência das partes fica subjugado a condicionantes legais. Saber que condutas ilícitas e quais pessoas são aptas ao acordo deixa de ser uma questão inteiramente aberta e arriscadamente maleável, ainda que não tolha de todo o agir discricionário. A exemplo do que ocorre no processo penal, é prudente situar no sumaríssimo os atos infracionais análogos a crimes de baixa criminalidade, objetivamente definida pela cominação em determinada faixa de pena privativa de liberdade²⁴¹. Porém, considerando o perfil

²⁴⁰ Eis aí o sentido da socioeducação para liberdade, com a qual o Estado sancionador se articula com as demais expressões do Estado e da sociedade num sistema integrado, porém não delimita metas educativas e de transformação na vida do adolescente. Mais detidamente, cf. item 5.2, *infra*.

²⁴¹ O âmbito da transação no processo infracional não pode ser inferior ao do processo penal, sob pena de ofender o corolário processual da regra do direito material que veda ser a responsabilidade juvenil mais gravosa do que a penal. No ordenamento brasileiro, o conceito de pequena criminalidade abrange as

menos sancionador do direito infracional, a possibilidade da transação há de ser mantida também para ilícitos de média e alta complexidade, satisfeitas as exigências legais.

É dizer, o acordo deve (necessidade) ser ofertado e debatido sempre que versar ato infracional equivalente à pequena criminalidade, mas pode (faculdade) alcançar atos infracionais relativos a crimes de média e alta gravidade, desde que justificado em fins de prevenção geral e especial. Seja como for, em qualquer situação a recusa do acordo pelo Ministério Público há de ser sempre motivada, arguindo a reincidência no cometimento de atos infracionais, o registro de composição celebrada em procedimentos anteriores²⁴², a complexidade do fato ou mesmo a ausência de provas contundentes de materialidade e autoria, hipótese na qual uma investigação criteriosa revela-se sempre mais prudente. Do contrário, o adolescente carece justificar a negativa de celebrar o acordo, considerando que o princípio da presunção de inocência recomenda a cognição exauriente como opção válida para qualquer fato, ainda que verse delito de bagatela.

Já aqui uma observação se impõe inevitável. Para além da preocupação garantista, a delimitação objetiva do processo de consenso tem na persecução infracional uma conotação eminentemente política. Mais do que impedir acordos envolvendo a privação de liberdade, evitar a barganha do processo para fins de utilidade social e regulamentar a discricionariedade das partes, os critérios legais buscam tomar o adolescente no respeito e na autonomia de sua palavra²⁴³, conferindo valor jurídico ao que diz, inclusive para fazer instaurar o processo ordinário sempre que decidir rejeitar a transação, nada obstante a concordância dos pais e do advogado.

Ou seja, a manifestação de vontade integra a legitimidade do acordo e, revelando-se indispensável, evita flexibilizar garantias constitucionais para que o processo passe a ser instrumento a serviço da ideologia pedagógica-correcional. Atribuir valor jurídico à palavra do adolescente implica filtrar a hegemonia do mundo adulto em suas interações com a infância e adolescência, possibilitando erigir processos racionais e

contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, em razão do disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95 com redação conferida pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006. Porquanto, também no processo infracional para tais ilícitos há de se aplicar, pelo menos a princípio, o rito sumaríssimo.

²⁴² Nesse mister, é essencial que a lei especifique se a oferta de transação em número determinado de processos impede novo acordo em autuações futuras, além de fixar um prazo findo o qual o rito sumaríssimo já se faz oportuno.

²⁴³ De modo a emprestar ao problema uma leitura consentânea ao disposto no art. 12 da CDC, rechaçando a tese de que o acordo processual constitui um juízo de conveniência exclusivo do Ministério Público e do juiz.

em igualdade de armas. Mais propriamente, a exigência do jovem firmar livre e conscientemente a transação esvai a força dos pactos que abstraem a pessoa em juízos educativos, os pais, a defesa técnica, o Ministério Público e o juiz ajustados no desejo de resgatar no indivíduo as carências cognitivas, sociais e afetivas. Assim, resta evidente que o propósito de educar não pode ter acento em ponto no qual a flexibilização da legalidade é indevida, pois desacredita o sujeito de direitos e põe em cheque liberdades públicas.

Daí o imperativo de entender o processo de consenso como via de complementação ao plano do *due process of law* e, simultaneamente, como via de tolerância. Vale repetir, dois são os pressupostos de validade ética da verdade consensual, a determinação de abrandar a sanção e o propósito de fixar exceções ao processo contraditório (verdade material) que sejam aptas a minimizar os danos secundários do exercício da jurisdição.

Tais metas podem ser conjugadas com a instituição de vias alternativas de pacificação do conflito em que o diálogo assuma posição de relevo e o acordo possa resultar no acerto de medidas distintas da privação de liberdade ou mesmo na dispensa da intervenção estatal. A solução divertida é, portanto, mecanismo de desconstrução do processo para em circunstâncias controladas devolver às partes, investigado e vítima, o conflito expropriado pelo Estado através do monopólio da atividade jurisdicional. Nas hipóteses em que a lei recomenda, o consenso surge para que os atores da realidade se encontrem e se reconheçam em suas aflições, descobrindo um a humanidade do outro e nesse encontro a composição de suas diferenças, das marcas e dos traumas advindos da ofensa.

Nessa linha, o sentido que o aspecto tolerância propugna excede o simples intento de mitigar a sanção ou promover a composição de danos materiais. O rito do acordo tem antes um conteúdo material, consistente na experiência existencial do diálogo, as partes num plano de igualdade conhecendo a si e ao outro na objetividade do social.

O plano envolve então a busca de boas práticas devotadas a despertar a alteridade, motivando a comunidade a descobrir meios variados e criativos de resgatar empatias entre a sociedade, a vítima e o agressor, além de possibilitar o conhecimento de valores e regras de conduta compatíveis com as aspirações de todos os envolvidos. É esse empenho que se exige quando o Estado dispensa parcela de seu poder e que se

revela perceptível em iniciativas como a da justiça restaurativa, a da mediação privada e a de programas comunitários de composição.

Sendo assim, o consenso visa uma experiência existencial que transcenda os atributos negativos, os estigmas e a identidade criminógena comumente referidos ao processo de legalidade estrita. A desjurisdicização se integraliza no diálogo que permite o eu acessar a dor do outro, comungando os projetos de vida que animam a existência.

4.3. O consenso nas legislações nacionais: diálogo ou monólogo?

A maturidade com a qual os países confrontam consenso e legalidade em seus ordenamentos jurídicos pode ser mensurada em alguns aspectos realmente essenciais.

É dizer, o direito positivo restringe a discricionariedade na eleição de condutas e pessoas sujeitas aos institutos de diversão processual ou a seleção é arbitrária e segundo a conveniência das partes? O adolescente é considerado em sua palavra, pois que sua opinião constitui pressuposto de validade do acordo? Há necessidade de assistência de advogado? A vítima tem algo a comunicar no diálogo com os atores da agressão? E quanto aos fins? Os motivos que inspiram a adoção do consenso planejam a efetividade pedagógica do sistema ou o valor tolerância expresso na intervenção mínima, no menor efeito estigmatizante e na redução do tempo de sujeição do jovem à atividade jurisdicional?

Os questionamentos em destaques parecem congrega a série de críticas que os institutos de diversão vêm suscitando no *common law*, notadamente quanto à imprecisão do conceito, à ausência de critérios objetivos, ao baixo índice de ressocialização e à alegação de que os acertos liminares nada mais fazem do que potencializar o alcance do sistema, com graves reflexos na criminalização secundária²⁴⁴. O receio é de que a informalidade dos atos processuais permita elevar a taxa de

²⁴⁴ A esse respeito, cf. Deborah A. CHAPIN, Patricia A. GRIFFIN, *Juvenile Diversion, Juvenile delinquency: prevention, assessment, and intervention*, p. 163: “The practice of juvenile diversion has been frequently criticized for its failure to meet its expressed goals, including the reduction of delinquency and stigmatization, the enhancement of social control over youth, and the increase of rights and due process safeguards (Gensheimer, Mayer, Gottschalk, & Davidson, 1986). Other critical comments have focused on the definitional ambiguity of ‘diversion’, the overrepresentation of minority and poor groups among youth who are diverted, the failure to obtain clear empirical support for effectiveness, and poorly established rationale, funding, and implementation (Dunford, Osgood, & Weichselbaum, 1982; Gensheimer et al., 1986).”

atuação, registrando casos que de outra maneira seriam desprezados pelos órgãos de controle, em detrimento de direitos fundamentais²⁴⁵.

A experiência legislativa da Europa continental e na América Latina, contudo, vem se revelando bem mais estável, em razão particularmente do emprego de critérios objetivos na delimitação do processo de consenso.

Observam RODRIGUES e DUARTE FONSECA²⁴⁶ que Portugal erigiu uma jurisdição juvenil pautada em pilares abertamente consensuais, seja pela possibilidade de arquivamento de qualquer fato qualificado na lei como crime, independentemente de sua gravidade²⁴⁷, seja pela possibilidade de acordos determinados na suspensão do processo, envolvendo um plano de conduta, e na audiência preliminar, resultando no acerto de uma medida tutelar educativa de meio aberto. Nessas duas últimas hipóteses, o art. 42 da LTE admite a mediação conduzida por entidades públicas ou privadas para compor os termos da provação, definir a qualidade da medida e estimular alternativas de pacificação, a exemplo da justiça restaurativa.

Em todas as iniciativas consensuais, a discricionariedade do Ministério Público e do julgador é mitigada por critérios legais objetivos, o fato e sua gravidade aferida em razão da pena máxima abstratamente cominada, e subjetivos, os antecedentes do jovem e seu grau de necessidade de educação para o direito²⁴⁸. A conveniência da ação tem delineamento na lei, exige a manifestação do defensor e sujeita o Ministério Público ao controle hierárquico, o que para além de impedir arbitrariedades correlaciona o

²⁴⁵ Cf. James HOUSTON, Shannon M. BARTON, *op. cit.*, p. 172: “By widening the net through diversion, the juvenile justice system not only brings juveniles further into the net but typically brings them in unadjudicated, that is they are placed under court supervision without ever having been found guilty or able to take advantage of their due process rights. They may have been no formal adjudicatory hearing, charges may not have been filed, and youths may not have had an opportunity to meet with an attorney.”

²⁴⁶ Cf. *op. cit.*, p. 132: “*Protecção e consenso* são a marca de água do processo tutelar educativo”.

²⁴⁷ O arquivamento implica no perdão puro, considerando que nenhuma medida é aplicada. Tendo a conduta referência a delito punível com pena de prisão não superior a três anos, o Ministério Público pode desde logo arquivar o inquérito sob o fundamento da desnecessidade de aplicação de medida tutelar (art. 87, nº 1, alínea c, da LTE). Sob igual motivação e a requerimento do Ministério Público, cabe ao juiz arquivar o requerimento de abertura da fase jurisdicional se o caso versar fato qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo superior a três anos (art. 93, nº 1, alínea b, da LTE). Há ainda a possibilidade do arquivamento liminar do inquérito para fatos equivalentes a delitos com pena não superior a um ano e versando consumo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (art. 78 nº 1 e 2 da LTE). Por fim, a decisão de arquivamento pode resultar da decisão final do processo (art. 110, nº 1, alínea b, e nº 2, alínea b, da LTE), constatando o julgador ser desnecessária a medida tutelar, mesmo que comprovado o fato.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 132: “A aplicação do princípio da oportunidade, entretanto, é vinculada a referentes legais predeterminados e cumulativos. Um, de carácter objectivo: a reduzida ou média gravidade do facto eventualmente praticado, aferida em função da pena prevista para o crime correspondente; outro, de carácter subjectivo: a necessidade de educação do menor para o direito, que pode ser nula (casos de arquivamento liminar) ou escassa (casos de suspensão do processo).”

princípio da oportunidade a uma política criminal inscrita na mínima intervenção, na redução de estigmas e na socialização²⁴⁹.

Os fins de tolerância se deixam revelar nas várias oportunidades de arquivamento desde a fase de investigação até a decisão final, extinguindo o processo sem aplicação de medidas. Ademais, enquanto o ato de arquivar dispensa o prévio acerto com o adolescente, por ser uma liberalidade fundada na desnecessidade da medida tutelar educativa, o acordo inserto na suspensão do processo e na audiência preliminar exige a concordância do jovem²⁵⁰, reconhecendo ser a menoridade capaz de exprimir opinião e projetar vontades com implicações jurídicas válidas. Como salvaguarda de direitos, há impedimento expresso a que tais ajustes resultem em privação de liberdade²⁵¹.

Um desenho igualmente aberto ao consenso traça a legislação brasileira. O acordo tem ambiência no instituto da remissão, que pode ocorrer tanto na fase pré-processual quanto judicial e importar ou não na aplicação de uma medida socioeducativa de meio aberto²⁵², a depender da gravidade do fato e da necessidade pedagógica que informa o adolescente.

O art. 126 do ECA, ao contrário da lei portuguesa, não acautela a transação no processo infracional com referenciais mais precisos, omitindo critérios objetivos na eleição dos fatos passíveis de remissão. Se a LTE estabelece a gravidade do fato aferida na pena máxima abstratamente cominada como elemento norteador da possibilidade do arquivamento, da suspensão e do acordo, no ECA a gravidade é atribuída livremente pelo aplicador do direito, que pode avaliar conforme sua subjetividade as circunstâncias e consequências do fato. Lógico que a indeterminação legal resulta em desigualdades

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 197: “Na suspensão do processo avulta a ideia de evitar o efeito estigmatizante e negativo que a submissão ao processo pode ter em ordem à socialização. Trata-se de devolver o caso ao menor e, sempre que possível, aos pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto, numa tentativa de o resolver evitando-se a via jurisdicional.”

²⁵⁰ Nesse sentido, os arts. 84, nº 3, e 104, nº 2, da LTE. A esse respeito, cf. Tomé d’Almeida RAMIÃO, *Lei tutelar educativa anotada e comentada: jurisprudência e legislação conexa*, p. 125: “Convém sublinhar que o plano de conduta deve ser espontaneamente apresentado pelo menor, para cuja elaboração e execução poderão intervir os serviços de mediação.”

²⁵¹ É o que fica claro no art. 93, nº 1, alínea c, da LTE, que recebe o seguinte comentário de Anabela Miranda RODRIGUES e António Carlos DUARTE-FONSECA, *op. cit.*, p. 207-208: “Finalmente, sempre que o ministério público requerer a aplicação de medida institucional, o juiz determina o prosseguimento do processo. Estando em causa a aplicação de uma medida que envolve, em maior ou menor grau, a privação de liberdade do menor, entendeu-se que a solução eminentemente consensual como é a da audiência preliminar não seria adequada, podendo encobrir encurtamento de garantias”.

²⁵² O art. 127 do ECA impede a previsão no acordo de medidas no regime de semiliberdade ou internação, o que se depreende ainda da leitura do art. 186, § 2º.

iníquas, seja pela insegurança jurídica decorrente da ausência de prévio conhecimento acerca das hipóteses de consenso seja pela variedade de interpretações que tomam corpo na prática judicial, deixando o sistema à deriva em meio ao risco de cancelar posições de arbítrio.

É de se anotar ainda a falta de referência na lei quanto à imprescindibilidade de concordância do adolescente²⁵³, de seus pais ou responsável e da defesa técnica²⁵⁴. A lacuna não se dá impune, ao observar que a remissão mais assume a conotação de um benefício imposto, pressupondo que o Estado conhece e domina a verdade concernente ao que vem a ser o melhor interesse do infrator, do que uma solução conhecida e acordada na dialética da diversão processual²⁵⁵. Nada obstante o monólogo que o consenso tende a configurar no processo brasileiro, é indubitoso o dado positivo consistente na ampla possibilidade do perdão. Com efeito, a renúncia da pretensão de sancionar tem cabimento em qualquer circunstância e independe da natureza do fato, não havendo restrições à pequena criminalidade, como ocorre no processo penal.

Também a Espanha consagrou a diversão em seu processo penal juvenil, em especial através da desistência do processo e do sobrestamento por conciliação ou reparação, previstos, respectivamente, nos arts. 18 e 19 da LORRPM²⁵⁶. Diferente de

²⁵³ Há mesmo divergência na doutrina e jurisprudência quanto à natureza transacional da remissão. Em favor da necessidade do consentimento do adolescente, qualificando a bilateralidade do ato, cf. Valter Kenji ISHIDA, *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*, p. 205-206, Júlio Fabbrini MIRABETE, *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, p. 412, e Jurandir Norberto MARÇURA, Munir CURY, Paulo Afonso GARRIDO DE PAULA, *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*, p. 118. Afirmando haver mera liberalidade na remissão, cf. José de Farias TAVARES, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 132-133.

²⁵⁴ Também polêmica é a necessidade de assistência da defesa técnica para a concessão da remissão. Manifestando-se pela necessidade da participação do advogado, cf. João Batista da Costa SARAIVA, *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*, p. 59-60, e Karyna Batista SPOSATO, *op. cit.*, p. 147-150. Colhe-se manifestação contrária em Márcio Mothé FERNANDES, *op. cit.*, p. 35, ao alegar que referido ato é privativo do Ministério Público.

²⁵⁵ O dissenso doutrinário, como se vê, diz respeito ao problema de se esvaziar o conteúdo material do princípio do devido processo legal, o que se observa particularmente na representação da defesa técnica como descrente na inocência do adolescente mas confiante na atitude pedagógica do sistema. A esse respeito, esclarecedoras são as palavras de Jason ALBERGARIA, *Direito do menor*, p. 44: “O advogado ou o defensor público nivelam-se ao Ministério Público no processo penal ou tutelar, assegurando a posição de igualdade entre o poder do Estado e a liberdade do cidadão. O advogado ou o defensor público asseguram a defesa dos direitos da pessoa humana do menor, como de seus pais ou responsável, quando ofendidos seus direitos. Com efeito, o menor tem direitos próprios e independentes, e, às vezes, contrários aos interesses do Estado ou dos pais. Por isso, a função do advogado não é apenas de *amicus curiae*, mas de defensor dos direitos do menor.”

²⁵⁶ Cf. Ana Isabel Peréz MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores – LO 8/2006: aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante*, p. 123-124: “La posibilidad de prescindir del proceso judicial ya sea por desistimiento de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal (artículo 18) o por sobreseimiento en los casos de conciliación o reparación (artículo 19) repercute, según la experiencia criminológica ya obtenida, tanto en bien del proceso

Portugal e do Brasil, em ambas as hipóteses a esfera de incidência da desjurisdicização cinge-se a fatos qualificados na lei como crimes de reduzido potencial ofensivo, o que confere aos institutos uma aplicação restrita.

Já a mediação constitui aspecto determinante na lei espanhola. A valorização do papel da vítima se faz transparecer no sobrestamento do processo, que procura devolver o conflito às partes em pelo menos duas formas diretas de restaurar a ofensa, a conciliação e a reparação. Na primeira tem-se como suficiente a satisfação psíquica dos agentes, considerando que o agressor deve manifestar arrependimento e o ofendido, se assim entender, aceitar as desculpas. Já na reparação cabe ao adolescente a obrigação de realizar determinadas ações em benefício da vítima ou da comunidade, tarefas que uma vez concluídas permitirá declarar a remissão do autuado.

Mas, sopesando esses diferentes ensaios do direito positivo, que diretrizes podem ser afirmadas como resultantes dos mecanismos de não-intervenção das legislações dos três países? Precisamente, a justificativa do consenso centrada na observação do grau de necessidade de educação do adolescente²⁵⁷ para o direito não reduz a capacidade das partes de conhecer a questão e produzir decisões? Se o Estado tem a última palavra quanto aos atributos educativos do jovem, é possível dizer que há efetivamente consenso ou o processo mesmo em soluções divertidas mantém seu habitual padrão coercitivo?

O que há de se ponderar nessas indagações é o monopólio do Ministério Público e do Judiciário em afirmar a verdade acerca do estado psíquico-pedagógico do adolescente, deduzindo dessa avaliação a oportunidade do arquivamento, da suspensão do processo e da remissão. Claramente, a autonomia do ofensor e do ofendido não alcança a decisão quanto à aplicação do processo de consenso, limitando-se o diálogo ao acerto das medidas eventualmente aplicadas e da reparação devida à vítima. A conformação democrática da pacificação do conflito é parcial, desde que o jovem

personal y psicológico de maduración del joven o menor, como en aras de una positiva pacificación de las relaciones sociales al mismo tiempo que pone en evidencia la efectividad de un sistema, carente de orientación especial alguna y fundamentado en la retribución, la punición y la prevención general.”

²⁵⁷ Muito claramente na LTE e no ECA, dois elementos são analisados na determinação do processo, se sumarássimo ou ordinário: a gravidade do fato e a necessidade de educação do adolescente para o direito. A lei portuguesa faz expressa referência aos dois critérios quando disciplina cada um de seus institutos de diversão processual. Já o art. 126 do ECA destaca que o aplicador do direito deve analisar conjuntamente o fato e a personalidade do adolescente. A esse respeito, cf. Anabela Miranda RODIGUES e António Carlos DUARTE-FONSECA, *op. cit.*, p. 202: “Resulta também do que já se afirmou (cfr. art. 1º, § 6º), que, pressuposto *indispensável* da aplicação de uma medida tutelar, a acrescer ao da prática do facto, é a *necessidade de educação do menor para o direito*. Por isso, a intervenção não terá lugar e o inquérito é arquivado se o ministério público concluir que na prática do facto não se manifesta aquela necessidade.”

infrator nada pode falar acerca da conveniência do processo divertido ou jurisdicizado – só lhe resta aceitar ou recusar a proposta de acordo, o que faz dele mais objeto de um diagnóstico do que sujeito de uma decisão.

Portanto, duas críticas são conclusivas, o traço coercitivo do processo de consenso, contradição que se explica na escassa autonomia das partes, e a falta de diálogo, uma vez que a dialética do discurso é imprescindível a caracterizar formas alternativas de lidar com os confrontos intersubjetivos.

É dado questionar ainda a legitimidade ética das proposições legais. Isso porque o referencial subjetivo “necessidade de educação do adolescente para o direito” reduz a perspectiva consensual a um plano utilitário, na medida em que a oportunidade do perdão se sujeita à avaliação da capacidade do agente de ser educado e das expectativas concretas informadas casuisticamente de que os apelos de instrução terão resultado eficaz. Isto é, se no caso concreto observa-se ser suficiente o educar há de incidir o rito sumaríssimo, mas do contrário o processo ordinário deve prevalecer.

Há dois problemas nesse tipo de raciocínio. O primeiro é que o juízo pedagógico tem grande proximidade com o de periculosidade e o de desvalor quanto ao modo de ser e viver, o que facilmente confunde o aplicador do direito e o impede de distinguir de pronto a motivação de sancionar fundada na defesa social daquela baseada no dever de cuidados²⁵⁸. O segundo refere-se ao fato de que o pensamento utilitarista abstrai o caráter seletivo do sistema e a força hegemônica do mundo adulto sobre o infanto-juvenil, características incisivas no momento de definir o conteúdo do que seja o melhor interesse da criança e de afirmar a personalidade rebelde carente de educação. Em outras palavras, o utilitarismo ao mesmo tempo que propugna substituir a retribuição pela reabilitação produz graves distorções e ressalta tendência marcada pela máxima intervenção. Ao se afirmar isenta, capaz de inferências neutras e científicas e detentora de um poder asséptico de dizer a verdade acerca de uma personalidade, uma vez que elemento de decisão judicial²⁵⁹, a Justiça Juvenil nada mais faz do que reproduzir um

²⁵⁸ Na prática é sutil a diferença entre avaliar a periculosidade da pessoa e a insuficiência de sua conduta cidadã, o que desde já afasta a validade do critério, dado que não é nitidamente comunicativo nem consegue dissociar com clareza duas interpretações tão díspares.

²⁵⁹ Enquanto elemento de decisão, a avaliação pedagógica constitui instrumento de poder, uma vez que é ela que autoriza o Estado-jurisdição a investir de forma mais ou menos invasiva na autonomia do adolescente.

Direito Penal de autor travestido no propósito de educar, como acertadamente alerta CANO PAÑOS²⁶⁰.

O equívoco dessa perspectiva, já apontado anteriormente²⁶¹, está em conceber o princípio da intervenção mínima como componente da tensão “educar e punir”, ponto de vista da criminologia positivista, quando deveria estar situado na antinomia “sancionar e perdoar”, que vislumbra a educação como fenômeno da liberdade humana.

Assim, certo seria que a lei se restringisse a critérios objetivos na delimitação do campo de incidência do consenso. Já o elemento subjetivo “necessidade de educação para o direito” deve continuar a ter papel de relevo, não mais enquanto critério de escolha entre o rito sumaríssimo e o ordinário e sim como tema do diálogo que o processo de consenso tem por missão fazer instaurar em alternativa ao processo de coerção. Afinal, o que há de ser pacificado, o conflito real, não se distancia muito do que deve ser vivenciado como mudança, o conflito subjetivo. As diferenças na visão de mundo que anima a existência do ofensor e da vítima também devem ser conhecidas e discutidas, pois conformam o próprio ilícito. Se as dinâmicas do fato e da motivação integram a dialética do encontro de dois diferentes, então somente aí é dado falar em justiça restaurativa, pois que o eu e o outro podem vivenciar em conjunto a experiência de conhecer, sentir e valorar o mundo objetivo.

Em síntese, a técnica consensual informa que a Justiça não há de encerrar o conflito em si, deve estar aberta a boas práticas guiadas pela intervenção mínima, autonomia das pessoas e concreção de direitos fundamentais.

²⁶⁰ Cf. *El futuro del derecho penal juvenil europeo: un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*, p. 186-187: “Hechas estas puntualizaciones, hay que decir en principio que el Derecho penal juvenil español instaurado en el año 2000 con la LORPM debe considerarse como un Derecho penal de autor y un Derecho penal de carácter educativo. Así, aunque la infracción delictiva es la condición fundamental para que se produzca una intervención sobre la base de la LORPM, no puede dejarse de lado el hecho de que tanto el Derecho penal juvenil sustantivo como el procesal están dominados por la personalidad y el «superior interes» del menor delincuente. Por ello, en el caso de que un menor de dieciocho años haya cometido un delito, la correspondiente reacción punitiva del Estado se determina, no tanto por el hecho material en sí, sino más bien por la personalidad del menor y su entorno familiar y social. Por consiguiente, y al contrario de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, donde el hecho cometido es la base fundamental y exclusiva para una intervención de carácter penal, en el ámbito de la justicia juvenil hay que partir de la existencia de un Derecho penal de autor, en cuya base tanto la adopción de una determinada medida como su ejecución dependen en todo caso de las circunstancias concretas de cada caso individualizado.”

²⁶¹ Cf. ítems 1.3.1 e 1.3.2, supra.

5. POLÍTICA CRIMINAL E MODELOS DE JUSTIÇA JUVENIL.

A conformação do princípio da legalidade no direito infracional substantivo e adjetivo, tal como exposto nos últimos dois capítulos, projeta evidentes mudanças na representação jurídica da infância e adolescência, com implicações estruturais na atividade judicante. Afinal, a democratização da menoridade questiona os pressupostos de validade e constituição da Justiça Juvenil, dada a emblemática substituição da doutrina tutelar pelos modelos de responsabilidade.

Assim, imperioso rever as determinantes que presidem o controle da violência, indagando se a política criminal vigente desde o advento das primeiras cortes especializadas nos fins do século XIX há de ser reconsiderada em sua integralidade.

Ou seja, o utilitarismo presente na aspiração pedagógica e reabilitadora enfrenta um momento crítico? Os fins socioeducativos que permitiram distinguir do Direito Penal um novo ramo jurídico tem agora suas premissas derogadas? Mais incisivamente, novas diretrizes devem prevalecer a partir do reconhecimento da capacidade moral do adolescente?

A análise das indagações comporta duas linhas distintas, uma vertente conservadora e repressiva e outra liberal e emancipadora da liberdade e da autonomia do homem em peculiar condição de desenvolvimento. A coerência de cada uma das direções há de ser medida segundo a capacidade de superar as aporias que o utilitarismo estabelece no seio da jurisdição, de modo a decifrar os embaraços resultantes dos papéis colidentes atribuídos ao Estado, ente que na interação com a adolescência atrai para si duas categorias funcionais de poder, o sancionar e o educar.

5.1. O problema do utilitarismo.

A proposição utilitária de educar o adolescente para o direito faz emergir uma singularidade de problemas, cujo eixo primordial refere-se à internalização pelo homem dos preceitos morais compartilhados na sociedade.

Como já assinalado²⁶², o processo de maturação de crianças e jovens compreende o sujeito em posição ativa, considerando a subjetividade decisiva para a gradual aquisição de juízos de valor referidos à conduta. Muito mais a pessoa, mediada pelos sentimentos de afetividade e preocupação dirigidos aos pais e a membros de sua comunidade, apreende o social e o interioriza do que o social apreende e domestica a pessoa²⁶³. Isso significa que a educação que permite o adolescente compreender o valor das condutas humanas e comportar-se conforme tal entendimento tem referencial no desenvolvimento de empatias, organizando-se nas interações do eu com o outro marcadas pelo desejo, desde que automotivadas, e pela liberdade, dado que envolvem impulsos espontâneos.

O pensamento de que a moral imanente suplanta a moral transcendente na complexidade de fenômenos que marca a aquisição de capacidades adultas sustenta conotações determinantes. Primeiro, e fundamentalmente, porque permite afirmar a escassa eficiência dos meios de educação para o direito dispostos objetivamente, do exterior ao interior no movimento em que o social molda o individual de acordo com aspirações legitimadas em espaços estranhos ao indivíduo. Depois, e como consequente lógico, tem-se a asserção de que o ideal pedagógico originário do exercício do poder estatal é um bem irremediavelmente inútil, dada a prevalente objetividade tanto do processo infracional que averigua o fato e promove o acerto da decisão final quanto da medida socioeducativa concreta, fixada como inferência proporcional e adequada ao ilícito analisado. É dizer, a adesão do jovem ao programa educativo constitui um dado contingente, insuscetível de controle e variável segundo os humores dos sentimentos que se firmam em cada caso. Ainda mais explícito: a subjetividade abstrai-se das ações educativas ou integra-se a elas menos pelos estímulos externos

²⁶² Cf. item 3.1, *supra*.

²⁶³ Mesmo que se compreenda residir no social a fonte de todas as metas que guiam a educação, condicionando seus fins e estipulando a moral que deve inspirar o indivíduo na maturação da vida adulta, ainda assim é possível afirmar que o processo de aquisição dos valores exigidos pela sociedade tem caráter mais imanente do que transcendente, já que a afetividade da pessoa governa o alcance desses marcos externos. Não por outro motivo, Émile DURKHEIM, *op. cit.*, p. 106, é levado a reconhecer a força dos sentimentos no processo educativo, embora defenda a tese de que a sociologia é determinante e prevalente em relação à psicologia na aprendizagem: “Se o ideal pedagógico exprime antes de mais as necessidades sociais, apenas pode, todavia, realizar-se com e pelos indivíduos. Para que seja algo mais do que uma simples concepção de espírito, uma vã injunção da sociedade nos seus membros, é necessário encontrar o meio de lhe adequar a consciência da criança.” E mais à frente, *Ibid*, p. 107: “Saberemos tanto melhor orientar a sensibilidade moral dos nossos alunos num ou noutro sentido na medida em que tenhamos noções mais completas e mais precisas sobre o conjunto de fenômenos a que chamamos tendências, hábitos, desejos, emoções, etc., sobre as condições diversas de que dependem, sobre a forma que apresentam à criança.”

obrigatórios do que pelos estímulos internos espontâneos, com os quais é facultado ao agente compreender a atenção pedagógica como algo ameaçador ou, do contrário, uma investida oportuna à satisfação de suas necessidades emocionais.

Nesse sentido, a adesão à medida proposta para reabilitar o infrator é uma atitude particular e capaz de surpreender pela inconstância de posturas. O adolescente tem a faculdade de seguir caminhos diferentes e imprevisíveis: a) a simulação: fingindo estar sendo educado, o educando adquire melhores chances de, no curto prazo, livrar-se da coerção e recuperar o autogoverno; b) a indiferença: declarando-se apático quanto a seu destino e a sua liberdade assume o desejo de se desligar do mundo, das normas morais e de sua própria existência; c) a rejeição: expressando já ter um caminho determinado e distinto do que lhe é oferecido, nega a validade do programa pedagógico como proposições pertinentes para sua vida; d) a simpatia: acolhendo o sentimento de pertença aos ideais da atividade e aos propósitos daqueles que a executam, diz-se aberto a uma nova experiência de aprendizagem. São atitudes que não se encaixam em padrões fixos, sendo provável que o jovem vivencie outras emoções, combine todas elas em feixe único de sentidos, organize apenas alguns pontos ou, ao longo do tempo, assuma como próprios todos esses sentimentos numa sucessão de comportamentos, acrescentando sensações específicas e singulares.

O importante é atestar a variabilidade de reações, um fator que ganha ainda mais relevo quando confrontado com a instabilidade dos propósitos do educador, o qual, como bem denuncia KORCZAK²⁶⁴, tem o mau hábito de fingir-se perfeito, malgrado responder por algumas das mais significativas parcelas de iniquidades compartilhadas no mundo. Certamente, o maior defeito do ente que se pressupõe irrepreensível é a incapacidade de se submeter à revisão crítica de seu interlocutor, vedando-lhe o acesso ao diálogo. Se emana do Estado a força que encoraja o agente a mudar para uma vida cidadã, como pode ele alimentar erros morais? Ao encerrar a verdade em si mesmo, para além de assumir uma orientação hipócrita, o socioeducador abstrai as conveniências adultas, dissimula suas fraquezas, minimiza as ações levianas, conforta seu medo de encarar a juventude em igualdade e respeito e, sobretudo, erige sua versão particular acerca do padrão ideal de conduta. Enfim, os critérios postos para avaliar os

²⁶⁴ Cf. *op. cit.*, p. 91: “Chegamos a um acordo que prevê um perdão antecipado dos nossos erros e uma dispensa da obrigação de nos tornarmos melhores. Fomos mal educados. Já é tarde demais. Nossos vícios e defeitos já estão por demais enraizados. Não damos licença às crianças de nos criticarem, e não exercemos controle sobre os nossos atos.”

pupilos inovam e se renovam ao sabor de cada educador num arbítrio bem intencionado e socialmente aceito.

Assim, excetuada a afronta da rejeição, na qual desde logo o socioeducando expõe sua intimidade desafiadora, nas demais reações é provável que os socioeducadores tenham leituras indistintas da adesão ao ato educativo²⁶⁵, aferindo ora como verdadeira ora como falsa, dado ser difícil e muitas vezes inconveniente qualificar os sentimentos do adolescente e tomá-los sob um ponto de vista neutro. As suposições oriundas das expectativas existentes no avaliador são projetadas no ser avaliado, em seu modo de existir, em seu discurso e em sua visão de mundo, tal a licenciosidade que dispõe para expurgar seus pecados e iluminar as falhas do socioeducando, destinatário de fluxo sempre caudal de carências pedagógicas²⁶⁶.

Daí que a inconstância da reação do adolescente à proposta do Estado de educar para o direito e a indeterminação do educador em estabelecer metas de aprendizagem e, em seguida, valorar a adequação dos resultados fazem do utilitarismo uma incongruência técnica. A deficiência reside não apenas na concreção dos fins político-criminais de reabilitação, constatada a ineficiência prática da moral transcendente, mas abrange em igual monta óbices de natureza cognitiva, lógico-formal e ética.

Sendo imprevisível o tipo de interação que o adolescente desenvolve no atendimento pedagógico, então desde logo cabe observar que os conceitos estabelecidos como essenciais ao julgamento do processo e, depois, à execução da medida socioeducativa são declaradamente falhos e inverossímeis. Se a educação é uma experiência vivenciada e da qual não se pode esperar resultado certo, a afirmação no indivíduo de uma determinada carência pedagógica representa um prognóstico tão temerário quanto os pré-conceitos oriundos de estigmas sociais. São inverificáveis e inconsequentes os juízos que fixam qualitativos e quantitativos referentes à necessidade pedagógica e determinam o potencial do adolescente de ser educado, o grau de comprometimento de sua personalidade a indicar insensibilidade às investidas pedagógicas e os rendimentos obtidos no processo educativo. Não é preciso lembrar

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 93: “Como se explica que uma criança possa parecer má a um determinado educador, e boa a um outro? Exigimos um único padrão de virtudes, conforme ao modelo das nossas preferências e prioridades.

Existe na História um só exemplo de uma semelhante tirania? A raça de Nero parece ter proliferado...”

²⁶⁶ Só assim torna-se possível aos ideólogos da pedagogia para o direito representar o ambiente doentio da internação como um espaço de formação da moralidade, quando ali não está em curso outro propósito senão o de defesa social.

que, independente do modelo vigente em cada país, esses diagnósticos são cruciais à Justiça Juvenil, pois neles repousam o conteúdo de suas principais decisões, a exemplo da fixação da imputabilidade para a corte menorista ou penal²⁶⁷, da adequação da medida socioeducativa no caso concreto, da continuidade da execução da sanção por período mais extenso do que aquele previsto em sentença, do agravamento do regime da medida ou mesmo da transmutação da medida socioeducativa em pena, encaminhando o jovem a uma penitenciária²⁶⁸.

Ora, categorias que não suportam qualquer espécie de verificação nem podem ser contraditadas por seus pacientes não devem gozar de consideração no mundo jurídico, o que de pronto desafia outro obstáculo, qual seja, o de que a imprecisão do conteúdo supõe igual incerteza quanto ao aspecto normativo ou lógico-conceitual.

As expressões “necessidade do adolescente de educação para o direito” e “necessidade pedagógica” são, a toda evidência, conceitos jurídicos indeterminados cujo sentido definitivo só se alcança com a participação da doutrina e dos tribunais. O problema é que a integração da norma confronta a subjetividade errante do infrator em face dos ideais cultivados pelo aplicador do direito. Malgrado o dever de apreciar um documento técnico, o estudo da personalidade do agente, constante de pareceres sociais, psicológicos e pedagógicos, ao final a decisão sempre há de contemplar a personalidade que delinuiu, expurgando a cientificidade das análises e dos exames profissionais através dos valores projetados pelo magistrado. Em outros termos, a análise científica funde-se à apreciação moral. O julgamento aprecia a investigação social e psicológica e, em caminho indissociável, avança sobre o desvalor da conduta, a reprovação emprestada ao ilícito pelos padrões de normalidades dominantes, a exigência de defesa social, o ímpeto correccional e a ideologia de proteção que não conhece garantias jurídicas²⁶⁹. Nessa superposição de forças, a indeterminação do conceito se revela prejudicial à racionalidade do sistema, que incorpora a função de pêndulo e, sob o jugo

²⁶⁷ Nos Estados Unidos, é discricionária a decisão respeitante à jurisdição adequada ao caso, se as cortes juvenis ou o sistema judiciário dos adultos.

²⁶⁸ Na Espanha, a incapacidade manifestada pelo adolescente durante a execução da medida de evoluir seu comportamento e alcançar uma conduta cidadã é razão suficiente a justificar sua transferência para a penitenciária.

²⁶⁹ Principalmente porque descabe ao adolescente criticar os juízos pedagógicos que lhe são dirigidos, pressupondo inexistir conflito de interesses dele em face dos pais e do Estado, tal a hegemonia do mundo adulto em afirmar verdades. A supressão velada da garantia de criticar é o que torna volátil o conceito “necessidade de educação para o direito”, conformando-se ao passado e conotando as situações de irregularidade pessoal e social justificadoras da intervenção estatal.

do ideal da educação e da disciplina, oscila sem qualquer critério do impulso tutelar do passado ao afã de responsabilização do presente.

Imprescindível apontar ainda o problema ético. A bandeira do utilitarismo proclama superar a retribuição na proposta de reabilitar o infrator à convivência cidadã dos valores jurídicos. Ocorre que o projeto reabilitador depende, para ratificar sua validade, de resultados práticos concretos. Se a jurisdição especial não educa, inexistente é a sua razão de ser. A filosofia utilitarista é escrava de seu sucesso, dado que sem ele esvazia-se de sentido, o que torna nítido o fato de que a sanção penal retributiva, ao contrário do que se afirma, permanece atuante nas cortes juvenis e espreita o êxito da socioeducação como um fantasma esquadrinhando suas estatísticas²⁷⁰.

O que resulta dessa imperatividade pragmática é uma ordem imposta ao adolescente: muda a ti mesmo! Mais precisamente: muda a ti mesmo ou então responde por tua culpa!

O apelo é de questionável valor ético e de improvável concreção. Não é legítimo estabelecer metas de mudança subjetiva de forma a suportar o agente sanções pelo fracasso, exigências que são severas instâncias de ansiedade para a pessoa que já enfrenta as incertezas da adolescência, porquanto o insucesso implica na continuidade da medida, no seu agravamento²⁷¹ ou, em certos países, na substituição por pena. A gravidade e o tempo da sanção se estabelecem de acordo com a resiliência da própria subjetividade, cuja motivação parte de pontos externos, a ameaça de endurecimento ou a promessa de liberdade²⁷². A ideia segundo a qual o incapaz de vestir a máscara da mudança ou de verdadeiramente se converter ao direito deve sofrer represálias compreende, em última instância, uma instrumentalização do homem. A dignidade do

²⁷⁰ Quantos dentre os que foram socioeducados voltaram a delinquir? Quantos são recuperáveis? Há verdadeiramente conserto para a alma? Vale a pena tanto esforço? Por que a sociedade deve suportar esse ônus?

²⁷¹ No Brasil, a execução de medidas socioeducativas se baseia nessa premissa injusta, sendo que os relatórios de acompanhamento têm a força de ditar o ritmo e o destino do processo. Pelo menos três modalidades de intervenção, a liberdade assistida, a semiliberdade e a internação, têm prazo indeterminado, o que significa sujeitar o paciente à angústia de um futuro desconhecido e incerto. A medida é compreendida como um remédio que só deve acabar quando o agente alcançar a mudança subjetiva para a atitude cidadã. E o que é mais grave, nesse discurso os fins educativos sublimam toda a coerção inerente à execução da medida, considerando que antes de tudo a conversão para o direito constitui um fato positivo na vida da pessoa.

²⁷² Diz o educador: “agora tudo só depende de você, mude para melhor e terá sua liberdade de volta!” Mas, onde encontrar dentro de si essa mudança se mesmo os adultos admitem dificuldades no momento em que lhes é exigido mudar o modo de ser e viver?

adolescente é reduzida às aspirações de normalização de sua conduta. Porque o socioeducando não é um fim em si mesmo, ele deixa de ser um sujeito de seu devenir para se portar como objeto de realizações futuras, prescritas pelo Estado-socioeducador.

Afora essa anotação ética, há de ressaltar ainda o impedimento real de se alcançar a certeza quanto à mudança legítima, o que faz do utilitarismo reabilitador um modelo imprudente e fantasioso, pois se satisfaz com a probabilidade do agente ter sido socioeducado, ou seja, a improbabilidade da reincidência.

Já ficou dito que a subjetividade não se transforma a partir do exterior, de um ponto que lhe é estranho e de uma moral transcendente. Tem ela voz ativa no processo existencial e exige um sentimento de empatia para se comunicar com o outro e com o mundo, caracterizando as transformações de comportamento como atitudes emocionais complexas, contingentes e que não se sujeitam ao controle de uma decisão racional – dificuldade que não é apenas do adolescente, mas de qualquer pessoa em qualquer fase de sua vida.

Assim, não sendo possível aferir o grau de educação para o direito vivenciado na execução da medida, conforta-se o sistema com o registro da domesticação do sujeito e da submissão de sua vontade e de sua liberdade²⁷³. O problema é que personalidades docilizadas tendem a se libertar e a viver transtornos ainda mais difíceis²⁷⁴, o que demonstra ser a pretensão de reabilitar uma impossibilidade prática sempre que situada no plano coercitivo.

Eis aí o paradoxo utilitarista: a Justiça Juvenil legitima-se em razão de um resultado prático, educar o infrator para o direito, contudo invalida-se pela inatingibilidade de sua missão fundamental.

Nesses termos, resta indagar se os óbices revelados na educação para o direito não são eles mesmos fortes razões a decretar a impropriedade da jurisdição infanto-juvenil. Afinal de contas, não é chegada a hora de repensar a especialização judicial,

²⁷³ O que resulta da seguinte constatação: uma vez que o adolescente se comportou bem na execução da medida, atendeu a todas as exigências, realizou as atividades solicitadas e se compromete a não mais delinquir, é de se concluir pela improbabilidade da reincidência, estando apto a recuperar o autogoverno.

²⁷⁴ Cf. Janusz KORCZAK, *op. cit.*, p. 81-82: “Se o educador procura traços de caráter e valores que lhe parecem particularmente preciosos, se deseja amoldar todas as crianças a um padrão único e empurrá-las todas numa mesma direção, ele será levado a impasses: alguns alunos fingirão sujeitar-se aos seus dogmas, outros adotarão sinceramente as suas sugestões – mas por pouco tempo. Quando o verdadeiro rosto da criança revelar-se diante de nossos olhos, tanto ela como nós experimentaremos uma dolorosa sensação de derrota. Quanto maior o esforço que a criança faz para assumir uma máscara ou submeter-se à nossa influência, tanto mais tempestuosa será a sua reação. Uma vez desmascaradas as suas reais tendências, ela nada mais tem a perder. Pode-se tirar disso uma importante lição.”

uma vez que o impulso de educar o adolescente para a cidadania, malgrado o êxito do passado de separar a Justiça Juvenil da Justiça Penal dos adultos, já não consegue agora resultados satisfatórios? Será que não há no seio da atividade judicante moldada na socioeducação uma crise de insuperável dimensão? O modelo terá se esgotado por definitivo?

5.1.1. Soluções contemporâneas.

O “se” e o “como” da reestruturação da Justiça Juvenil em face do paradoxo utilitarista constituem problemas dirigentes na atualidade. Neles repousa o cerne da preocupação referida à eficácia do sistema, com direito à cobertura da grande mídia. A crise jurisdicional tem destaque nos telejornais, que evidenciam na escalada da violência a incapacidade do Estado de educar o delinquente ao tempo que alimentam na superexposição de fatos graves envolvendo adolescentes o desejo de sanções mais rigorosas ou a aplicação incontínente de soluções penais.

A aporia do utilitarismo goza de apelo popular, para a qual a esperança de superar a antinomia constante no “dever de educar conflitando a impossibilidade de o agente ser educado” deve ser depositada em fórmulas de comunicação das jurisdições juvenil e penal, resultando em alternativas mais repressivas. A singeleza do raciocínio milita no sentido de que os fatos desmerecedores e as pessoas incapazes de educação para o direito, seja pela gravidade do ilícito ou pelo comprometimento da personalidade criminógena, devem ser julgados nas cortes de adultos. Portanto, há de haver um julgamento prévio, classificando os casos irremediáveis daqueles que acenam com alento aos estímulos pedagógicos, ou uma decisão superveniente, quando na execução da medida observa-se a inviabilidade do indivíduo para a intervenção educativa e delibera-se pela transferência a uma penitenciária.

A tese, portanto, é a de que o dilema tem sua válvula de escape no estabelecimento da seleção oficial de fatos e pessoas, distinguindo as hipóteses adequadas à jurisdição juvenil daquelas próprias da jurisdição de adultos, independentemente da idade dos agressores. A violência juvenil torna-se, com isso, uma questão aberta a ser decidida no caso concreto, posto que os sistemas são concorrentes e têm a incidência pautada na conveniência de cada situação.

A proposta sinaliza a tendência político-criminal de mesclar na adolescência parâmetros de reabilitação e retribuição, a partir da restrição do âmbito da Justiça Juvenil e de maior comunicação com a Justiça Penal. Tal pensamento tem na atualidade forte influência, inclusive motivando alterações legislativas em países da Europa²⁷⁵ e nos Estados Unidos²⁷⁶.

A confluência das duas políticas se dá nos mecanismos legais que autorizam o intercâmbio das jurisdições. As alternativas são variadas, desde o instituto da desistência da legislação americana, quando em decisão discricionária os órgãos componentes das cortes juvenis simplesmente abrem mão de processar o caso e o remetem à corte penal²⁷⁷, a juízos acerca da maturidade e da consciência da ilicitude, nos quais ocorre uma apreciação da personalidade do indivíduo e de sua aptidão às iniciativas reabilitadoras. Outra modalidade de comunicação com o penal pode ser pinçada da legislação espanhola, que admite já na fase de execução avaliar a impertinência pedagógica, de modo a verificar se o jovem submetido a medidas educativas deve manter-se no sistema juvenil ou ser encaminhado a uma penitenciária²⁷⁸.

²⁷⁵ Acerca da reação legislativa na Inglaterra, França, Suíça, Portugal e Espanha, comentando a tendência de uma crescente substituição do parâmetro educativo pelo retributivo, cf. António Carlos DUARTE-FONSECA, Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais, *Psicologia Forense*, p. 355-386. Na Alemanha, a crise do paradigma reabilitador é também evidente, como discorre Miguel Ángel CANO PAÑOS, ¿Es conveniente un endurecimiento del derecho penal juvenil?: una toma de posición crítica, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 307: “La regulación en la JGG de, por un lado, ‘medidas educativa’ (‘Erziehungsmaßregeln’) (§ 9 JGG) y de la pena juvenil (‘Jugendstrafe’) (§ 17 JGG) por outro, como posibles reacciones a la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor, lleva en principio a una ‘tensa relación’ entre los conceptos de ‘pena’ y ‘educación’, en referencia a la cuestión de cuál de los dos principios marca la naturaleza de la Ley”.

²⁷⁶ Cf. Richard A. Suporpeon HALL, *The ethical foundations of criminal justice*, p. 256: “Since about the 1970s, however, there has been an alarming rise in violent crime and serious felonies committed by juveniles. Public outrage at this increase has prompted lawmakers to re-evaluate the nation’s stance on punishing juvenile criminals. The principle aim of the juvenile court today is shifting from rehabilitation to retribution, either for its own sake or as an attempt to deter other juveniles from committing crime, as well as for promoting public safety. Underlying this redefinition of the purpose of the juvenile court is either the retributive theory of punitive justice and some form of deontological ethics or the contractarian theory (again, whether explicitly acknowledged or not).”

²⁷⁷ Cf. James HOUSTON e Shannon M. BARTON, *op. cit.*, p. 361: “Discretionary waivers are the most frequently used form of waiver in the judicial system. Currently, forty-six states use some form of discretionary waiver (Griffin, Torbet, & Szymanski, 1998). Typically those youth who have committed a very serious crime (as defined by state statute) and those who have a longer criminal history are more likely to be waived.”

²⁷⁸ O art. 14 da LORRPM, com redação conferida pela Lei Orgânica 8/2006, de 4 de dezembro, autoriza a retribuição como via alternativa e sucessiva aos fins educativos. Assim, é facultativa a ordem para que a medida de internamento em regime fechado seja cumprida em centro penitenciário já a partir de 18 anos, tendo em conta a inadequação da conduta da pessoa internada aos objetivos propostos na sentença (art. 14, nº 2, da LORPM). Atingindo 21 anos, a decisão é obrigatória, salvo quando, em casos excepcionais, proceda-se à modificação ou substituição do internamento ou determine-se a permanência no centro no

A questão não é muito distinta em países como Brasil e Portugal, cuja legislação erige uma jurisdição exclusiva para adolescentes, impedindo o julgamento indistinto nos tribunais especializados e naqueles ordinários de adultos. Malgrado a proteção contra a variabilidade da sanção, educativa e punitiva, ainda assim a mediação entre as duas é perseguida através de outros instrumentos, como a redução da maioridade penal e o aumento no tempo de internação, definindo prazos que anulam a perspectiva pedagógica da medida e a caracterizam como autêntica reação retributiva. Assim, também os modelos fechados de jurisdição intentam, de uma maneira própria, comunicar as duas modalidades de intervenção e elaborar alterações estratégicas no controle da violência, tendo em mira os apelos por maior segurança pública²⁷⁹.

Seja como for, o trânsito entre as aspirações punitivas e educativas no seio da Justiça Juvenil e a forma como essa é posta, em termos político-criminais, diante da repressão penal do mundo adulto constituem um demonstrativo singular do *continuum* carcerário imaginado por FOUCAULT²⁸⁰. É dizer, as casas de internação de adolescentes compõem um momento tão importante quanto aquele representado pelas penitenciárias, de modo que ambos são redutíveis, enquanto facetas da mesma realidade, a métodos e objetivos comuns. Afinal, o ideal pedagógico e o retributivo formam, em todas as instâncias, finalidades que se complementam, projetando uma rede disciplinar única e contínua, que catalisa na série de instituições sociais, orfanatos, abrigos, escolas, conventos, internatos correccionais, exército, presídios e asilos, meios destinados a instrumentalizar a condição humana e potencializar o conteúdo econômico de cada

qual vem cumprindo após averiguar, igualmente, o sucesso dos objetivos da sentença (art. 14, nº 3, da LORPM). A inovação legislativa marca o endurecimento da questão juvenil, como atesta Miguel Ángel CANO PAÑOS, *El futuro del derecho penal juvenil europeo: un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*, p. 284: “Las tendencias de política criminal que pueden actualmente observarse en España en lo referente al tratamiento de la delincuencia de menores se caracterizan por seguir reduciéndose en la mayoría de los casos a aspectos exclusivamente defensistas, represivos e intimidatorios. Del mismo modo que se analizó en el caso de Alemania, también en el caso español se siguen situando en un primer plano aquellos mecanismos dirigidos a *combatir* más eficazmente los fenómenos de delincuencia juvenil, satisfaciendo al mismo tiempo las demandas de mayor seguridad puestas de manifiesto por un sector importante de la población.”

²⁷⁹ Em Portugal, a pressão por intervenções mais implacáveis contra adolescentes autores de ilícitos penais data desde o advento da nova ordem normativa, como atesta António Carlos DUARTE-FONSECA, *op. cit.*, p. 356: “A política que orientou a Reforma do Direito de Menores de 1999, de onde é resultante a Lei Tutelar Educativa, foi inicialmente encarada como muito dura. Esta visão foi, porém, rapidamente substituída por outra de sinal contrário, resultante, como em outros países, de um sentimento difuso de insegurança com origem na mediatização de certos factos graves praticados por jovens.”

²⁸⁰ Cf. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 247-248: “O ‘carcerário’ com suas formas múltiplas, difusas ou compactas, suas instituições de controle ou de coação, de vigilância discreta e de coerção insistente, assegura a comunicação qualitativa e quantitativa dos castigos; coloca em série ou dispõe segundo ligações sutis as pequenas e as grandes penas, as atenuações e os rigores, as más notas e as menores condenações.”

indivíduo em particular. Ou seja, a princípio, mesmo no padrão de justiça eminentemente utilitário, os fins de vingança, controle e defesa social nunca estão abstraídos e exercem funções de relevo.

Assim, a indiferenciação dos ímpetos de educar e de punir, da maneira como propõe o movimento por maior repressão, revela uma tomada de consciência do contínuo carcerário por parte das instituições judiciais, as quais no sincretismo de modelos éticos revelam a uniformidade de metas disciplinares insertas no esforço de socialização.

Mas, será que a comunicação dos sistemas soluciona o paradoxo utilitarista? A Justiça Juvenil, ainda que funcione mais consciente de seu papel no bojo dos órgãos de controle, consegue se legitimar ao dirigir à punição da maturidade os adolescentes ingovernáveis e os casos mais gravosos?

É inquestionável o fato de que o essencial da aporia não encontra respostas claras nas intervenções sincréticas. A desistência de educar o irrecuperável não escapa ao problema resultante da obrigação de se afirmar quem no universo de jovens é insuscetível de reabilitação. A questão de definir o incapaz para a educação acaba atraindo para o novo paradigma as mesmas dificuldades que o utilitarismo puro já enfrenta. Se nesse último não é possível precisar o quantitativo e o qualitativo da intervenção pedagógica necessária a cada infrator nem aferir se o atendimento efetivamente recuperou o ser desviante, no sincretismo a impossibilidade reside em discernir com segurança e objetividade aquele que deve ser julgado como adolescente daquele que deve ser processado como se adulto fosse. A fonte do conflito lógico permanece íntegra, posto que ainda em evidência o imperativo de se afirmar no indivíduo uma verdade pedagógica, com a qual o juiz se diz habilitado a decidir acerca do futuro do agente agressor. Dada a intangibilidade dessa certeza, forçoso é concluir que a proposta mantém a validade da jurisdição erguida em critérios débeis e meramente discricionários, sustentando uma expectativa de eficácia de extrema precariedade – como visto, apesar de ser razoável tão-só asseverar que o agente provavelmente foi socioeducado e, apenas provavelmente, não voltará a delinquir, a pretensão é de alcançar a convicção categórica da conversão do agente.

Daí a integridade do paradoxo. Embora a legitimidade da Justiça Juvenil resulte de resultados práticos que ela diz alcançar, a impossibilidade de afirmar que a pessoa foi

educada para o direito infirma a razão de ser do sistema. Em outros termos, aquilo que dá crédito à justiça especializada é também o que a descredencia.

A título de nota, vale destacar ainda que a opção pelo endurecimento da resposta estatal apenas aparentemente se revela apta a saciar o medo difuso²⁸¹ da violência urbana, já que qualquer esforço tende sempre a ser em vão, tal a desenvoltura como a generalização do temor é recuperada em doses diárias pelos telejornais, noticiando novas tragédias e fixando a proximidade crescente do cotidiano das famílias com o terror das cidades.

5.1.2. Socioeducação como prática da liberdade.

A censura aos projetos utilitários e de tolerância zero, detalhada acima, aposta que a crise da Justiça Juvenil reside antes no equívoco de seus pressupostos do que na determinação insana do legislador de subjugar a adolescência transgressora através de sanções punitivas. Pelo menos duas ideias comprometem a jurisdição pedagógica e desestabilizam sua coerência lógica: a de que o homem é um dado conhecível e, como tal, um conteúdo acabado, e a de que a juridicidade constitui, numa visão jusnaturalista, um misto de prescrição e constituição.

O primeiro comprometimento lógico diz respeito à compreensão do homem como um ser condicionado ao conteúdo de sua personalidade, posto que passível de apreensão nos extremos de um conceito ontológico.

A aceção confronta abertamente a natureza do homem, que é um ser inacabado e, portanto, insuscetível de classificação em juízos científicos, prognósticos sociais, psicológicos, psiquiátricos e médicos. O homem conhecível é aquele que não se permite ser conhecido em sua integralidade, justamente porque um ser que está sendo no mundo, e não um ser que é. A existência compreende a busca incessante de um conteúdo que não se encerra numa verdade evidente, dado que o viver inova os

²⁸¹ O risco de aliar o medo às técnicas de repressão é o de legitimar o encarceramento como a solução definitiva de neutralização dos inadaptados, como alerta António Carlos DUARTE-FONSECA, *Internamento de menores delinquentes: a lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, p. 495-496: “Repete-se, por outro lado, nestas sociedades envelhecidas, o medo relativamente aos jovens. A diferença está em, agora, já não haver tanto interesse, como há um século, em adaptar estes jovens e fazer crescer o reservatório de mão de obra requerido pela lógica económica das necessidades de produção, mas em prevalecer sobretudo o interesse na neutralização e isolamento dos elementos dos grupos tomados como perigosos, mais destacados pela sua conduta disruptiva, através de sanções rápidas, sistemáticas e visíveis, tornando-os *clientes naturais* e habituais das prisões e internatos.”

contornos em movimentos de progressão infinita. Sendo assim, o conhecimento científico no campo da psicologia, psiquiatria, sociologia, pedagogia e filosofia certamente auxilia a descortinar a individualidade em sua busca e na dialética do “eu” em relação ao “outro eu” e ao “não eu”, mas não pode pretender definir o ser *a priori* de sua inserção no mundo.

É nessa condição inconclusa, afirma PAULO FREIRE²⁸², que se impõe a educabilidade do homem e, como consequente, a sua definibilidade ética. Sem a liberdade de decidir a si mesmo ou, mais precisamente, sem a consciência de sua inconclusão, o homem não pode se pôr diante do outro e do mundo na atitude de conhecer, de se deixar conhecer e de se situar um ser historicamente responsável²⁸³. A educação pressupõe no educador e no educando a ética de quem se assume destinado à história, já que o conhecimento supõe opções valorativas em face da realidade e implica, inequivocamente, na tomada de decisões morais.

Uma decorrência imediata do reconhecimento da verdade categórica inscrita no homem que é, em vez da verdade precária imanente ao homem que está sendo, deixa-se revelar no conceito de direito aplicado na Justiça Juvenil. Apesar de se autoproclamar uma expressão autêntica do direito positivo, o direito infracional demonstra em suas entrelinhas a feição jusnaturalista, posto que a legalidade pretende interagir com o homem desvendado em classificações e conceitos cientificamente testados, afirmando nessas definições um direito natural ou uma segunda ordem normativa a governar, como explica FOUCAULT²⁸⁴, a economia do poder carcerário.

²⁸² Cf. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, p. 58: “E na inconclusão do ser, que se sabe como tal, que se funda a educação como processo permanente. Mulheres e homens se tornaram educáveis na medida em que se reconheceram inacabados. Não foi a educação que fez mulheres e homens educáveis, mas a consciência de sua inconclusão é que gerou sua educabilidade.”

²⁸³ *Ibid.*, p. 56: “A consciência do inacabamento entre nós, mulheres e homens, nos fez seres responsáveis, daí a eticidade de nossa presença no mundo. Eticidade, que não há dúvida, podemos trair.” Em outro momento, ao rebater críticas segundo as quais educar para a liberdade suprime o educar para a responsabilidade, cf. Paulo FREIRE, *Política e educação*, p. 92: “Esta é uma apreciação incorreta. Não há educação para a libertação, cujos sujeitos atuem coerentemente, que não seja imbuída de forte senso de responsabilidade. O antagonismo não se dá entre a prática educativa para a libertação e a prática educativa para a responsabilidade. O antagonismo se verifica entre a prática educativa, libertadora, rigorosamente responsável e a autoritária, antidemocrática, domesticadora.”

²⁸⁴ Cf. *op. cit.*, p. 251: “Com essa nova economia do poder, o sistema carcerário, que é seu instrumento de base, encareceu uma forma de ‘lei’: um misto de legalidade e natureza, de prescrição e constituição, a norma.”

Do que se trata aqui é da justiça em seu apetite médico, disposta na funcionalidade e praticidade dos veredictos terapêuticos e reabilitadores²⁸⁵. Com efeito, a sentença judicial prende-se a uma verdade ontológica, tendo em conta que ao sujeitar o adolescente a uma medida socioeducativa necessariamente contempla uma prescrição (dever ser) e uma constituição (o que é). Ou seja, a regra presente na sentença, segundo a qual “ocorrida a infração, deve o jovem ser educado”, implica um juízo referido ao indivíduo: “a educação é devida porque o jovem é um ser desviante carente de socialização”. A sanção depende do estigma porque nele se legitima, tal a dependência que mantém com o atributo negativo emprestado ao homem e definido enquanto essencialidade de sua existência. Nesse paradigma, a qualidade desviante, envolta na isenção científica de prognósticos elaborados por profissionais da assistência social, pedagogia e psicologia, é indissociável do dever ser, o que manifesta o consequente lógico, segundo o qual “o carente de educação para o direito deve mudar para a normalidade cidadã”. O dever ser positivo (dada uma infração ocorre a sanção) completa-se no dever ser natural (dada uma infração ocorre a obrigação de mudar para a normalidade). A verdade pedagógica subjacente à determinação da medida integra a norma concreta, que surpreende a juridicidade em dois momentos, a verdade lógica ou formal enquanto direito positivo e o diagnóstico enquanto direito natural. No fundo, é o ideal pedagógico inscrito no conceito de necessidade de educação para o direito que confere validade a todo o sistema, resgatando, em última instância, uma verdade que domestica o homem em sua rebeldia e o reflete enquanto imagem dos julgamentos morais, dos preconceitos, dos estigmas e da normatividade dominante numa sociedade autoritária. Só acreditando na existência e prevalência da racionalidade pedagógica ínsita ao homem, apontando que a condição humana se realiza na comunhão dos valores sociais categóricos, é que se torna possível afirmar uma meta de mudanças para a subjetividade e inscrever o infrator na obrigação de alterar sua conduta para o âmbito de

²⁸⁵ *Ibid*, p. 251: “Seu imenso ‘apetite de medicina’ que se manifesta sem cessar – desde seu apelo aos peritos psiquiatras, até à atenção que dão ao falatório da criminologia – traduz o fato maior de que o poder que exercem foi “desnaturado”; que a um certo nível ele é realmente regido pelas leis, que a outro, e mais fundamental, funciona como poder normativo; é a economia do poder que exercem, e não a de seus escrúpulos ou humanismos, que os faz formular veredictos ‘terapêuticos’ e decidir por encarceramentos ‘readaptativos’. Mas inversamente, se os juízes aceitarem cada vez com mais dificuldade ter que condenar por condenar, a atividade de julgar se multiplicará na medida em que se difundir o poder normalizador. Levado pela onipresença dos dispositivos de disciplina, apoiando-se em todas as aparelhagens carcerárias, este poder se tornou uma das funções mais importantes de nossa sociedade. Nela há juízes da normalidade em toda parte.”

normalidade. O problema, como visto²⁸⁶, reside nos diversos questionamentos que acompanham e inviabilizam essa concepção, inclusive de ordem ética.

Então, a Justiça Juvenil, se pretende veicular uma socioeducação à frente dessas dificuldades, deve se pautar nos pressupostos da inconclusão do homem e da normatividade infensa a diagnósticos constitutivos da subjetividade. Porquanto, deve repugnar a ordem inerente à sanção socioeducativa: muda a ti mesmo ou então responde por tua culpa! Tudo que nela se inscreve há de ser abolido.

Eis como é possível superar verdadeiramente o paradoxo utilitarista. O dilema se resolve apenas em modelos que dispensam a utilidade real em troca da utilidade potencial, aceitando compreender a medida socioeducativa como uma sanção estatal tão ofensiva quanto a penal e a socioeducação como um resultado potencialmente válido, mas nunca efetivo ou concretamente aferível em metas de mudança. Da mesma forma que não se pode pretender afirmar a verdade referente à carência pedagógica, já que irreal e eticamente reprovável, também não se pode esperar que a intervenção judicial resulte na conversão impositiva da personalidade desviante para a personalidade fiel ao direito. Em suma, a violência juvenil não pode ser problematizada na tensão “educar e punir”, e sim no embate “sancionar e perdoar”²⁸⁷, migrando do ideal pedagógico-correcional para o ideal de liberdade.

A socioeducação como prática da liberdade constitui, assim, uma opção político-criminal apta não apenas a desafiar as aporias do utilitarismo e das técnicas de *full enforcement*, responsáveis por grave crise no seio da Justiça Juvenil, mas também a propor soluções emancipadoras da autonomia do homem, especialmente aquele em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Mas, de que modo é possível socioeducar sem assumir o Estado-sancionador uma postura domesticadora? Como a Justiça Juvenil pode conceber o adolescente uma pessoa livre no desenvolvimento de sua personalidade adulta? Em que termos a jurisdição se realiza sem instrumentalizar o jovem segundo os ideais pedagógicos correntes em cada sociedade?

Pelo menos quatro pontos são essenciais à intervenção socioeducativa apta a contemplar soluções para o utilitarismo, de modo a unificar as diretrizes originárias das exigências do garantismo constitucional, da autonomia na adolescência e dos apelos de

²⁸⁶ Cf. item 5.1, *supra*.

²⁸⁷ Mais detalhadamente, cf. item 1.3.2, *supra*.

cuidados que o homem expressa na idade da maturação. Referidos pontos são sistematizados, resumidamente, nos tópicos que seguem, fazendo-se necessário advertir, contudo, que o fundamento da proposição parte de dois valores, a tolerância e a liberdade, resultando deles os vários desdobramentos possíveis no campo dogmático bem como os caminhos que conduzem outros ideais ao Direito Infracional. Observe-se:

a) *A tolerância.* A responsabilidade juvenil deve encontrar sua validade ética não no valor pedagógico e sim no valor liberdade, ou seja, na razão que esgota as possibilidades últimas do perdão, tendo em conta a hipossuficiência do adolescente. Assim, o princípio da tolerância diz respeito ao viés consensual e de flexibilização da legalidade, termos através dos quais se ergue a problematização primeira do sistema e, na linha do modelo 4D, definem-se as regras do Direito Infracional, do Direito Processual Infracional e da política de controle da violência.

Nos vetores de descriminalização e desinstitucionalização, surgem normas consagradas no direito positivo, como a eventualidade da sanção, a cominação genérica de sanções plurais e alternativas, a prevalência das medidas de meio aberto e a privação de liberdade em caráter excepcional e em prazos breves e determinados. Já a desjurisdicização e o devido processo legal qualificam as normativas processuais, estabelecendo rigor lógico entre o consenso e a legalidade, o rito sumário e o rito ordinário.

Enfim, a tolerância é regra que orienta o legislador na cominação abstrata e norteia o magistrado na adequação da medida concreta, sob a máxima de que a sanção juvenil tem sempre grau inferior frente à pena e se sujeita à indagação acerca da possibilidade do perdão e do abrandamento da responsabilidade. Em outra ponta, a tolerância constitui o equilíbrio entre consenso e garantismo, elegendo critérios objetivos e claros para distinguir as hipóteses de cabimentos dos ritos processuais.

b) *A problematização do socioeducar.* A dissociação entre o julgar e o educar e a transcendência desse último sobre o primeiro caracterizam a socioeducação como prática da liberdade, qualidades que se deixam revelar em três regras. A primeira é a de que o plano individual de atendimento deve ser distinto e independente da medida imposta na sentença, elaborado com a participação do adolescente e executado mediante sua livre adesão, respeitando a autonomia ao longo de todo o processo. A segunda é a

de que as atividades pedagógicas constantes no plano não devem servir à Justiça como razão de decidir, devendo a execução da medida se distinguir das ações educacionais e se guiar por critérios objetivos, em especial o tempo de duração fixado na sentença e a prioridade da convivência familiar e comunitária, que reclamam as regras da brevidade da internação e da obrigação de avaliar, periodicamente, a oportunidade de suspender a privação de liberdade antes do termo final²⁸⁸. Por último, o plano individual de atendimento deve ter transcendência pessoa e temporal em relação à medida judicial, devendo o instrumento pedagógico envolver não só o adolescente, mas também a família e a comunidade, estendendo-se pelo tempo que for necessário, mesmo após o fim da execução da sanção, respeitados os projetos de vida do educando, sua adesão e sua autonomia.

Com isso, tem-se que o ato de educar não é infenso a questionamentos éticos e, assim, não constitui por si só um fato positivo na vida do adolescente. A ideia é posicionar socioeducador e socioeducando em plano de igualdade no desenvolvimento da relação. Tal mister somente se alcança ao dissociar a força que coage (Estado-jurisdição) da força que educa (Estado-social, família e comunidade), considerando que a socioeducação se realiza na liberdade e a sanção na amplitude da imperatividade. Enquanto a medida se define no caso concreto segundo o desvalor da conduta, avaliando o fato e o compromisso ético de tolerância, a socioeducação se conforma no diálogo entre socioeducando e socioeducador, definindo atividades a partir de temas oriundos da vida de um e do outro. Portanto, não pode haver implicações jurídicas entre a sanção definida no julgamento do processo e o programa de atendimento pedagógico.

Referida dissociação importa também para a execução da medida. Os frutos da relação pedagógica não podem servir de fundamento para os atos do processo, justificando, por exemplo, a progressão da medida ou sua regressão. Se há uma relação de poder, sempre presente no ato de decidir, então inexistente é a socioeducação como prática de liberdade. A Justiça Juvenil não pode aferir resultados da socioeducação,

²⁸⁸ A distinção de funções, educar e punir, já ocorre na prática, sendo premente que se oficialize juridicamente. Vale lembrar que o homem pode decidir não ser socioeducado, mesmo que acompanhe todas as atividades pedagógicas prescritas. A título de exemplo, um jovem que cumpre uma medida de prestação de serviços à comunidade pode se abstrair dos valores que são informados pela atividade, adotando a falsa adesão como a melhor estratégia para livrar-se da coação estatal. A capacidade de trabalhar e, simultaneamente, posicionar sua subjetividade em ponto alheio aos recursos morais da medida prova que sanção e educação operam em planos distintos. Daí a indispensabilidade da autonomia da atividade pedagógica em relação à Justiça Juvenil, conferindo natureza sancionadora a todas as medidas passíveis de aplicação em resposta à prática do ato infracional. O que há de educativo é apenas o que pode ser desenvolvido paralelamente e que não será utilizado pelo juiz como razão de decidir.

porque esta não se realiza na coação ou no cumprimento de metas de mudanças subjetivas. A única aferição possível é a da ficha de frequência no caso de serviços comunitários, a da permanência no caso de internação e a do pagamento no caso da reparação do dano.

c) *A precariedade da verdade pedagógica* (laudos profissionais). A verdade referida à personalidade carente de educação para o direito deve ser tida como precária e, como tal, não pode fundamentar a sanção. Mais precisamente, o conhecimento científico dos laudos profissionais (social, psicológico e pedagógico) não compreende verdades categóricas, podendo servir antes ao Estado Social do que ao Estado sancionador. A contingência de suas informações pode validar a intervenção social, porém não apresenta suporte ético para legitimar a intervenção compulsória do Estado na autonomia do adolescente. Ademais, os relatórios de avaliação do cumprimento da medida, quando tomados como razão de decidir pelo juiz, estabelecem uma sucessão indevida de julgamentos, transformando a execução da medida num processo contínuo e ininterrupto, na qual a opressão se manifesta pela repetida classificação das personalidades criminógenas. Trata-se de mecanismo que institui uma relação hierárquica e dominadora entre socioeducando e socioeducador, posto que os técnicos assumem o poder da palavra, guiando o juiz no sentido de manter ou finalizar a medida.

d) *A utilidade potencial*. A socioeducação não pode ser concebida como prática destinada a treinar a existência para a conduta fiel ao direito, mas sim uma prática em que socioeducador e socioeducando debatem, produzem e se apropriam dos sentidos da existência. A justificativa da ação, portanto, não está em resultados efetivos, e sim na possibilidade de resultados. A improbabilidade é uma variável aceita. O processo em si e todo o envolvimento que ele contempla já justificam o sistema. O ponto de partida é a fé no homem, a esperança no seu devir, vez que o presente é uma obra inacabada e seu futuro está sempre aberto ao inesperado. Assim, os fins da socioeducação como prática da liberdade estão vinculados à possibilidade de uma mudança efetiva, ainda que a condição de validade do sistema não se vincule à realização prática dos fins, mas tão-só à oferta de oportunidades de transformação.

O que se busca é menos a meritocracia dos relatórios de avaliação e mais o amadurecimento afetivo e relacional do homem em sua plenitude criadora. Sendo assim,

deve a socioeducação se conformar com resultados incertos, rejeitando a efetividade da conversão da personalidade desviante numa personalidade fiel ao direito. É suficiente que se proporcione ao agente um conjunto de memórias afetivas, as quais possam enriquecer a experiência do adolescente na formação de sua individualidade.

Mais importante do que julgar o modo de ser do adolescente no cumprimento da medida é proporcionar experiências destinadas a conhecer e sentir a confiança nos atores do processo, a preocupação com seus destinos, o desejo de responsabilizar-se e de se tornar coadjuvante de conquistas, o conforto dos cuidados e a proteção que se alcança ao prestar cuidados.

Assim, seja qual for o devenir, se de reincidência ou não, os sentimentos terão tocado a alma em definitivo. Afinal, se em cada indivíduo o passado não passa de heranças inscritas nas memórias, então o que se pode esperar de utilitário na socioeducação é a sua capacidade de destinar para o futuro o melhor da afetividade, qual seja, a lembrança de um tempo de esperança.

5.2. Natureza jurídica.

A descrição das características essenciais da socioeducação como prática da liberdade já revela a natureza jurídica atribuída, nessa proposição, ao Direito Infracional. Trata-se de ramo do direito estatal sancionador, ao lado do Direito Administrativo e do Direito Penal, na qual a sanção se propõe problematizar o perdão e a tolerância. Numa perspectiva da socioeducação para a liberdade, o educar não pode confrontar o punir, dado o resultado domesticador decorrente de tal iniciativa (a intervenção estatal é sempre coercitiva) e pela impossibilidade ética e prática de estabelecer metas de mudanças. A dicotomia “educar e punir” é uma problematização afeta ao Estado Social, à família, à escola e à comunidade, onde os espaços de liberdade podem ser melhor negociados, respeitando a autonomia das pessoas.

Enquanto punição, a medida socioeducativa distingue-se da pena pela dimensão da tolerância e a de liberdade, vez que comunica um sancionar mitigado e um sancionar de menor intervenção na autonomia, privilegiando as medidas de meio aberto e a maior interação com a comunidade. Paralelamente, enquanto atividade jurisdicional, a Justiça Juvenil distingue-se pela estrutura sistêmica e interdisciplinar, dada a obrigação de se

articular com os demais órgãos estatais de socialização, a educação, a saúde e a assistência social, além das organizações não-governamentais e dos recursos comunitários. Nessa perspectiva, a Justiça Juvenil é um sistema em diálogo com outros que lhe são correlatos, articulando redes para potencializar direitos humanos e promover a socioeducação.

CONCLUSÃO.

É imperioso constatar que a ideia de liberdade, tal como ocorre desde o início, mantém-se decisiva ao esforço crítico dirigido à responsabilidade juvenil, fazendo crer que a pesquisa, nesse momento conclusivo, antes descortina seus horizontes do que os encerra em verdades fatais.

Portanto, é de se pedir vênica para, citando RENAUT²⁸⁹, voltar a questionar: o que é um adolescente livre ainda não preparado para a liberdade?

O paradoxo contemporâneo que apreende o movimento de libertação da infância e da adolescência sinaliza a preocupação de discernir os princípios adequados a acomodar as relações menoridade-maioridade, posto que o adolescente assume posição dirigente, é sujeito de direitos e, nessa qualidade, constitui um igual no mundo adulto, partilhando autonomia e autogoverno. Logo se vê que a resposta ao paradoxo conserva a dicotomia da indagação. O mundo adulto não escapa ao dilema de encarar a questão infanto-juvenil simultaneamente na liberdade e na solicitude. A solução é tão emblemática quanto a pergunta, desde que a exigência se reporta tanto ao reconhecimento da capacidade moral do jovem quanto à atenção diligente que se dirige ao homem no seu processo de maturação. É dizer, a abordagem há de considerá-lo ao mesmo tempo um ser igual compartilhando a cidadania adulta e um ser diferente demandando proteção, sujeito de direitos e objeto de cuidados.

Mas por que um paradoxo encontra resposta em outro de magnitude semelhante? Como a liberdade de quem não é livre pode ser compreendida numa adequação incerta de igualdade e diferença com a maioridade cidadã?

A contingência das iniciativas que buscam conformar a autonomia do homem na infância e na adolescência não ocorre inutilmente. Do contrário, esse modo de pensar vincula-se a uma compreensão muito própria da condição humana, definida na dialética do livre arbítrio e do determinismo, ambiguidade que compreende o homem como um ser em eterna incompletude. A democratização das questões referentes à juventude parte dessa representação da existência como um plano ora aberto no ente que decide livremente ora fechado em linhas de heranças biológica, cultural e geográfica,

²⁸⁹ Cf. *op. cit.*, p. 124.

resultando surpreender o destino em resultados absolutamente singulares ou confirmá-lo em suas causalidades necessárias.

Se a natureza do homem é esse diálogo entre o que é dado e o que é inovado na existência, pertinente afirmar que a liberdade na adolescência constitui, de igual modo, uma questão complexa que se realiza na experiência e valora a individualidade como momentos contraditórios de ruptura e de acomodação. O desenvolvimento da personalidade adulta é um si um processo de dependência e independência, afirmação do “eu livre” e do “eu carente do outro e do social”.

A própria educação respeita essa síntese dos opostos, de um lado a responsabilidade de quem é livre e, de outro, a proteção de quem é hipossuficiente. Basta observar o sucesso na transmissão regular do conhecimento e dos valores de uma geração à subsequente. A objetividade da cultura do presente é renovada no futuro porque sua transmissão não se dá impositivamente, e sim numa comunhão de sentidos, vivenciados em canais de empatia e afetividade, principalmente na família, mas também na comunidade e na escola. A experiência pedagógica se realiza no diálogo, a criança e o adulto na posição de aprendizes, ambos estabelecendo e alargando o conhecimento numa interação mediada pelo mundo. Ou seja, as proposições de uma geração não são simples heranças, tal que o passado é inovado no momento de educar. Aquilo que se conhece, a cultura, surge para a nova geração como balizas inacabadas, tal como os sujeitos que conhecem, os quais, revigorados pelos desafios de aprender, acabam redesenhando a si mesmos e ao que é conhecido. Novos contornos nascem para o sujeito e para o objeto do conhecimento na relação pedagógica. Mas, a igualdade pressuposta nesse processo, o maior e o menor parceiros na produção do saber, não impede que o primeiro tenha a iniciativa, incorpore obrigações de cuidados, pondere a maturidade e, em certas ocasiões, limite a autonomia do segundo para não vê-lo perder-se ou ameaçar seriamente o que vem depois, a autonomia da vida adulta. Enfim, a liberdade da educação não prescinde a autoridade do educador (antes a pressupõe no poder de liderança), erigida no respeito e na dignidade, o que revela as implicações contraditórias referidas à igualdade e à diferença na condição infanto-juvenil.

O problema de se perceber o homem na experiência de se tornar futuro, a dualidade do “ser que é” e do “ser que será” sintetizado no “no ser que está sendo”, é a necessidade de considerá-lo uma antinomia que sintetiza continuamente unidades íntegras e inovadoras.

Porquanto, o que sobressai é a representação da incompletude do homem, que se revela através dos embates da vivência e que, por estar posto diante do outro, é responsável pelas decisões que toma e também paciente dos cuidados que lhe chegam nas ações do interlocutor. A independência e a dependência, o livre arbítrio e o determinismo, fazem parte de um mesmo momento existencial, o que resulta numa ética muito próxima àquela definida a partir dos valores concretos da existência, dado que alcançados nas oportunidades da vida, nos contextos culturais, nas possibilidades econômicas e na afetividade que integra a individualidade em suas interações com o social.

Contudo, esse atributo de se tornar futuro, qualidade intrínseca ao homem, pois que nunca cessa o seu progredir, encontra na adolescência conteúdo de maior dimensão crítica, muito em razão da necessidade de firmar uma identidade. A instabilidade do ser inconcluso assume na juventude uma feição radical, o que torna particularmente difícil estabelecer o termo que condensa a ideia de justiça, atribuindo a responsabilidade e ofertando os cuidados que o jovem demanda para alcançar novos estágios em sua vida.

É nessa dificuldade que a Justiça Juvenil cumpre seu papel, eis que, não lhe sendo devido contornar o dilema e legitimar investidas artificiais, enfrenta diretamente o paradoxo do adolescente livre, com a missão de trabalhar respostas igualmente paradoxais. Imprescindível, dessa forma, tomar o jovem na capacidade moral de decidir a si mesmo e fazer escolhas independentes, sem o qual ele não será verdadeiramente sujeito de sua existência e de uma dimensão jurídica digna e consequente. Também cogente considerá-lo na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, carente do apoio decidido da família, da sociedade e do Estado. A abordagem, se se pretende ser coerente e real, há de apreciar os contrários que marcam a incompletude da puerícia e se posicionar no processo racional que une vetores distintos.

Então, que valores dimensionam a jurisdicização da adolescência na dinâmica dos órgãos oficiais de controle da violência? Como afirmar a liberdade do adolescente e reconhecer as limitações de sua idade?

Do que foi exposto, duas qualidades se notabilizam pela capacidade de estruturar a Justiça Juvenil em meio às contradições da liberdade adolescente. As ideias da tolerância e da socioeducação como prática da liberdade, essa última tomada de

empréstimo da expressiva terminologia de PAULO FREIRE²⁹⁰, autorizam soluções que harmonizam os conflitos inerentes ao homem na angústia de definir o futuro, dado que também elas conduzem em si importantes conflitos internos.

Como visto, não se desenha para a tolerância um sentido apolítico ou de uma ética cristã que contempla a fé no homem como valor desgarrado do processo histórico. Diferentemente, a crença no homem centra-se em sua dimensão livre e, portanto, no agente que decide e se reconhece responsável pelo mundo e pela maneira que o mundo (cultural) está sendo aos olhos dos sujeitos cognoscentes.

Assim, antes de tudo, a tolerância constitui uma expressão jurídica que se faz categórica no direito positivo, repercutindo na fisionomia dos direitos subjetivos do adolescente e na própria forma de atuar da jurisdição. Mais incisivamente, a tolerância qualifica o princípio da legalidade e o flexibiliza em regras consensuais, influenciando a constituição do ilícito juvenil, a definição dos fins das medidas socioeducativas, as regras processuais e a política criminal disposta à adolescência. Nessa ideia repousam os parâmetros que guiam o cotidiano dos tribunais, revelando uma organização maleável e uma experiência ditada pela necessidade de optar entre a sanção e o perdão, em movimento claramente dialético. De um lado, o ato sancionador se desestabilizando diante da determinação do sistema de galgar respostas alternativas e priorizar as medidas de meio aberto, a mediação de conflitos, a participação comunitária, a abordagem interdisciplinar, os acordos processuais e a mínima intervenção na autonomia do adolescente. De outro, o perdão sofrendo os abalos decorrentes da legitimidade da sanção, que se firma nas formalidades do princípio da reserva legal, na proporcionalidade entre fato e consequência jurídica, na cidadania adulta, na segurança jurídica ínsita à redação dos tipos penais e no processo concebido no contraditório e na ampla defesa. As implicações mútuas do sancionar e do perdoar, enquanto vetores simultaneamente necessários e excludentes, problematizam a reação estatal ao ilícito juvenil e permitem ordenar a dialética da liberdade através de critérios objetivos e claros, alcançando a síntese proposta no modelo 4D (descriminalização, desinstitucionalização, devido processo legal e desjurisdicização), que reúne consenso e garantias constitucionais penais e processuais penais.

²⁹⁰ Expressão que surpreende no clamor registrado em *Educação como prática da liberdade*, p. 96: “Necessitávamos de uma educação para a decisão, para a responsabilidade social e política.”

Outro embate fundamental observa-se na socioeducação como prática da liberdade. Se a investida parte do dever de transmitir a herança dos valores jurídicos ao jovem agressor, o contraposto advém da constatação de que os valores não são transmitidos e sim aprendidos na vivência pedagógica, o que pressupõe a igualdade do socioeducador e do socioeducando, a autonomia dos agentes e os sentimentos de confiança, empatia e afetividade. A exigência de educar para o direito e a ineficácia de impor as pretensões sociais na experiência individual têm sua síntese no compromisso existencial da aprendizagem, em que a sociedade se dispõe a educar e a aprender e o adolescente se coloca na possibilidade de inserir nos valores que lhe são propostos parcelas de sua individualidade, identificando-se com eles justamente porque também é livre para transformá-los. Assim disposta, a socioeducação não pode ser um momento de coerção²⁹¹, mas antes uma interação da Justiça Juvenil com o Estado Social, a comunidade e a família.

Eis como um dilema se resolve em outro dilema. Se o imperativo democrático da atualidade impõe jurisdicizar a adolescência, se o individualismo é conduzido a um valor máximo, ainda que no seio da menoridade, então a liberdade do adolescente não pode ser reduzida ao livre arbítrio e à simples realização da vontade, mas antes precisa ser compreendida na dialética da liberdade de se realizar humano, uma diretriz que exige pressupor a independência do sujeito de direitos e a dependência da pessoa em desenvolvimento e carente de cuidados.

²⁹¹ Só assim torna-se viável superar a aporia inerente à tradução literal da medida socioeducativa, concebida como uma unidade oriunda de uma cisão, uma metade sanção e outra educação. É dado ainda transpor o constrangimento da pretensão socioeducativa estatal, que contempla uma meta de mudança subjetiva: muda a ti mesmo ou então responde por tua culpa!

BIBLIOGRAFIA.

ALBERGARIA, Jason. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21-34.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 5ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3º ed.. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. Infancia y democracia. In: MÉNDEZ, Emilio Gracia, BELOFF, Mary (Orgs.). *Infancia, ley y democracia em América Latina* – tomo I. 3ª ed. aumentada, corregida y actualizada. Bogotá – Colômbia: Temis, 2004, p 27-53.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Ed. fac-sim.. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Original: BARRETO, Dr. Tobias. *Menores e loucos em direito criminal: estudo sobre o Art. 10 do Código Criminal Brasileiro seguido de um appendice sobre o fundamento do direito de punir*. 2ª ed.. consideravelmente aumentada. Recife: Typographia Central, 1886.

BECKER, Howard S.. *Uma teoria da ação coletiva*. Trad. Márcia Bandeira de Mello Liete Nunes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

BELOFF, Mary. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004). In: MÉNDEZ, Emilio Gracia, BELOFF, Mary (Orgs.). *Infancia, ley y democracia em América Latina* – tomo I. 3ª ed. aumentada, corregida y actualizada. Bogotá – Colômbia: Temis, 2004.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília-DF: CONANDA, 2006.

CAMPBELL, Tom D.. The rights of the minor. In: ALSTON, Philip, PARKER, Stephen, SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 1-23.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. *El futuro del derecho penal juvenil europeo: un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*. Barcelona: Atelier, 2006.

_____. ¿Es conveniente un endurecimiento del derecho penal juvenil?: una toma de posición crítica. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo LV MMII. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, p 285-317.

CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1975/1978.

CHAPIN, Deborah A., GRIFFIN, Patricia A.. Juvenile Diversion. In: HEILBRUN, Kirk, GOLDSTEIN, Naomi E. Sevin, REDDING, Richard E. (edited by). *Juvenile Delinquency: prevention, assessment, and intervention*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 161-178.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXI, p. 1-71, 1985, p. 1-70.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 319-358.

DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. *Direito Penal – parte geral*, tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *Direito processual penal*. 1ª ed. 1974, reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *Liberdade culpa direito penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*. Coimbra: Almedina, 1988.

DI GIOVANI, Geraldo. *Aspectos qualitativos do trabalho infantil no Brasil*. Brasília: OIT, 2004.

DOLZ-LAGO, Manuel Jesús. *Comentarios a la legislación penal de menores: incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de menores delinquentes: a lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais. *Psicologia Forense* (separata). Coimbra: Almedina, 2006, p. 355-386.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Trad. Nuno Garcia Lopes. Lisboa: Edições 70, 2001.

EEKELAAR, John. Importance of thinking that children have rights. In: ALSTON, Philip, PARKER, Stephen, SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 221-235.

FELD, Barry C. *Juvenile justice administration: in a nutshell*. St. Paul: West, 2003.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação sócio-educativa pública: inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª ed., rev., ampl., e atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: RT, 2006.

_____. Prefácio. In: MÉNDEZ, Emilio Gracia, BELOFF, Mary (Orgs.). *Infancia, ley y democracia em América Latina – tomo I*. 3ª ed. aumentada, corregida y actualizada. Bogotá – Colômbia: Temis, 2004, p XXIII-XXVII.

FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luiz de Lemos D'Oliveira. XXX: Livraria Academica, Saraiva & Cª Editores, 1931.

FRASSETO, Flávio Américo. Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade. *Juizado da Infância e da Juventude – ano V*, nº 11. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2008, p. 23-29.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 30ª ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 34ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. *Pedagogia do oprimido*. 46ª ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. *Política e educação*. 8ª ed., rev. e amp.. Indaiatuba, SP: Villa das Letras, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel de Ramallete. 34ª ed.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FREEMAN, Michael. Taking children's rights more seriously. In: ALSTON, Philip, PARKER, Stephen, SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 52-71.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 25-48.

GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Trad. Julio de Mattos. 4ª ed.. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & Cª (Filhos), 1925.

GERSÃO, Eliana. Menores agentes de infracções criminais – que intervenção?: apreciação críticas do sistema português. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº especial. Coimbra: Coimbra, 1984.

GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz

Flávio. *Criminologia*. Trad. Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. 5ª ed. rev. e atual.. São Paulo: RT, 2006, 439-494.

GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. Modelos de justicia penal de menores. In: GONZÁLEZ, Carlos Vázquez, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (editores). *Derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 103-151.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. rev., atual. ampl.. São Paulo: RT, 2005.

HALL, Richard A. Spurgeon (with the assistance of Carolyn Brown Dennis and Tere L. Chipman). *The ethical foundations of criminal justice*. Boca Raton, London, New York, Washington, D.C: CRC Press, 2000.

HASSEMER, Winfried, CONDE MUÑOZ, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Mª del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Processo penal e direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15-25.

HOUSTON, James, BARTON, Shannon M.. *Juvenile justice: theory, systems and organization*. New Jersey: Pearson, 2005.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. 20ª ed.. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed., atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2006.

JESUS, Maurício Neves de JESUS. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006.

JONES, Howard. *O crime numa sociedade em evolução*. Trad. Maria da Graça Veloso Barradas. Coimbra: Atlântida Editora, 1971.

KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KORCZAK, Janusz. O direito da criança ao respeito. Trad. Yan Michalski. In: DALLARI, Dalmo de Abreu, KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito*. 3ª ed. São Paulo: Summus Editorial, 1986, p.67-99.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (Coordinación). *Los menores en el derecho español*. Madrid: Tecnos, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Adolescente e ato infracional: medida sócio-educativa é pena?* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: DEL PRIORE, Mary. *História da criança no Brasil*. 4ª ed.. São Paulo: Contexto, 1996, p. 129-145.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Juizados especiais criminais. In: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 2ª ed. rev., atual. ampl.. São Paulo: RT, 1997, p. 355-707.

LOWY, Catherine. Autonomy and the appropriate projects of children. In: ALSTON, Philip, PARKER, Stephen, SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 72-75.

MACHADO, Martha de Toldedo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na constituição brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 87-121.

MACHÍO, Ana Isabel Peréz. *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores – LO 8/2006: aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infracto inmigrante*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MAIOR, Olympio Sotto. In: CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, MÉNDEZ, Emílio García (Coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 362-370.

MARÇURA, Jurandir Norberto, CURY, Munir, GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3ª ed., rev. e atual.. São Paulo: RT, 2002.

MÉNDEZ, Emilio García. *Infância: de los derechos y de la justicia*. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. In: CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, MÉNDEZ, Emílio García (Coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 411-414.

MOREIRA, Sónia. A autonomia do menor no exercício dos seus direitos. In *Scientia Iuridic, revista de direito comparado português e Brasil*, nº 291. Braga: Universidade do Minho, 2001, p. 159-194.

MOTA DE MORAES, Bianca, VIEIRA RAMOS, Helane. A prática do ato infracional. In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 773-853.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio Nogueira. *Comentários ao Código de Menores*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

O'NEIL, Onora. Children's rights and children's lives. In: ALSTON, Philip, PARKER, Stephen, SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 24-42.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. O problema penal do processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 41-53.

PASSETTI, Edson. O menor no Brasil republicano. In: DEL PRIORE, Mary. *História da criança no Brasil*. 4ª ed.. São Paulo: Contexto, 1996, p. 146-175.

PINHEIRO, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: UFC, 2006.

PLATT, Anthony. The triumph of benevolence: the origins of the juvenile justice system in the United States. In: MUNCIE, John, HUGHES, Gordon, McLAUGHLIN, Eugene (edited by). *Youth justice: critical readings*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications, 2002. p. 177-196.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. *Lei tutelar educativa anotada e comentada: jurisprudência e legislação conexa*. Lisboa: Quid Juris, 2004.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas sócioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005.

RAGGI Y AGEO, Armando M. *Criminalidad juvenil y defensa social: estudio jurídico*. Habana: Cultural, 1937.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Filosofia do direito*. 20ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

RENAUT, Alain. *A libertação das crianças*. Trad. Ana Rabaça. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 2ª ed. rev., São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000)*. Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda, FONSECA, António Carlos Duarte. *Comentário da lei tutelar educativa*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito*. Florianópolis: Habitus, 2003.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3ª ed.. Lisboa: Veja Universidade, 2004.

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, 2003.

_____. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed. rev. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2ª ed., rev., ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA PEREIRA, Tânia da. O melhor interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia da (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p. 1 – 101.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Original: SOARES, Oscar de Macedo. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª ed.. Rio de Janeiro-Paris: Livraria Garnier, sem data.

SOARES, Luiz Eduardo. Invisibilidade e reconhecimento. In: SOARES, Luiz Eduardo, BILL, MV, ATHAYDE, Celso. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 161-188.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

SPRINTHALL, Norman A., COLLINS, W. Andrew. *Psicologia do adolescente: uma abordagem desenvolvimentista*. Trad. Cristina Maria Coimbra Vieira. 3ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª ed., revista, ampliada e atualizada com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

WINNICOTT, D. W.. *A família e o desenvolvimento individual*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Natureza humana*. Trad. Davi Litman Bogomoletz. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda, 1990.

WEFFORT, Francisco C.. Educação e política: reflexões sociológicas sobre uma pedagogia da liberdade. In: FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 30ª ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 11-34.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1, parte geral*. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: RT, 2007.

