

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

FERNANDO DA SILVA ALBUQUERQUE

**ENTRE A CRISE DE INTERPRETAÇÃO E A CRÍTICA:** a hermenêutica como condição de possibilidade para o controle da intonação-(des)medida.

BELÉM-PA  
2015

FERNANDO DA SILVA ALBUQUERQUE

**ENTRE A CRISE DE INTERPRETAÇÃO E A CRÍTICA:** a hermenêutica como condição de possibilidade para o controle da internação-(des)medida.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direitos Humanos.

Linha de Pesquisa: Intervenção penal, segurança pública e direitos humanos.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho.

BELÉM-PA  
2015

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)  
Sistema de Bibliotecas da UFPA

---

Albuquerque, Fernando da Silva, 1989-

Entre a crise de interpretação e a crítica: a hermenêutica como condição de possibilidade para o controle da internação-(des)medida / Fernando da Silva Albuquerque. - 2015.

Orientadora: Ana Cludia Bastos de Pinho.  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2015.

1. Direitos fundamentais. 2. Delinquentes juvenis. 3. Juízes - Decisões. 4. Assistência em instituições. 5. Hermenêutica (Direito). I. Título.

CDD CDDir: 4.ed.. ed. 341.274

---

FERNANDO DA SILVA ALBUQUERQUE

**ENTRE A CRISE DE INTERPRETAÇÃO E A CRÍTICA:** a hermenêutica como condição de possibilidade para o controle da internação-(des)medida.

Data de Aprovação: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

Banca Examinadora:

---

**Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho** - Orientadora  
Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA)

---

**Prof.<sup>a</sup> Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello**  
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)  
Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)

---

**Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos**  
Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA)

## AGRADECIMENTOS

*“E aprendi que se depende sempre, de tanta, muita, diferente gente,  
toda pessoa sempre é a marca das lições diárias  
de outras tantas pessoas”*  
Gonzaguinha

Há mesmo muita gente para agradecer. Pois que a vida se dá como encontro. Mas, aprendi – não sem desacertos – que dispensar a tantas pessoas o mesmo genérico “muito obrigado” pode ser o mais infrutífero dos agradecimentos. Há quem mereça o abraço, há quem mereça o beijo na testa, há quem mereça a surpresa de um reencontro, há – como a minha mãe – quem mereça uma vida inteira de sucessivos gestos de gratidão. Tive a sorte de encontrar tanta gente assim. E a cada uma dessas pessoas, hei de agradecer do melhor jeito possível.

Mas, se esse espaço pode, minimamente, servir como um território de agradecimento, reservo-o para aqueles que significaram especialmente esse momento da vida: de labor acadêmico, de pesquisa, de quase sempre lida solitária com os livros, mas não menos rico em sentido.

É Ana Cláudia Pinho, minha orientadora, a quem devo o maior dos agradecimentos, nesse universo acadêmico. Mesmo depois de alguns anos e do que já partilhamos “para além” da academia, aqui e ali, involuntariamente, sai um “oi, professora”. Gadamer é quem explica esse ato (nada) falho. É que autoridade autêntica pressupõe reconhecimento. E a graduação e o mestrado me permitiram experimentar a autoridade de um diálogo que sempre me toma como um movimento fértil de sentido. Um encontro que, mesmo depois de alguns anos, não carrega ainda a marca do cotidiano, como aquilo que escapa. É sempre um evento. Há sempre sentido.

Com frequência, decoro trechos, frases e versos de contistas, cronistas e poetas que leio, como chaves de sentido para a vida. Ana Cláudia até me lembra vários, mas é mesmo Gadamer quem melhor traduz o significado dessa orientação: “O diálogo possui uma força transformadora. Onde um diálogo é bem sucedido, algo nos ficou e algo fica em nós que nos transformou. Assim, o diálogo encontra-se em vizinhança particular com a amizade”. Em outra oportunidade, ele disse também: “onde um diálogo realmente acontece, aí os parceiros do diálogo, quando se despedem um do outro, não são mais totalmente os mesmos”.

Deixo aqui, Ana Cláudia, o registro de que, por esse encontro, que foi e é, propriamente, diálogo e amizade, sou permanentemente grato, posto que, em mim, muito deixou.

Quero agradecer imensamente à Ana Celina Hamoy, amiga tão querida, por ter sido a extensão e o diálogo militante, a contraprova dos discursos automáticos de defesa dos direitos da criança e do adolescente. Celina me lembra o que disse Warat: “só os apaixonados contestam, protestam, procuram a transformação”. O exemplo de militância e de compromisso que, para mim, representa, é uma inspiração! Pelas experiências que, generosamente, compartilhou comigo e, sobretudo, pela amizade tão presente nesses dois anos, muito, muito obrigado.

Denize Jardim, Verena Mendonça e José Arruda são também gratos encontros. Tornaram essa vida na academia bem mais divertida: prazos, notas, protocolos, textos de compreensão atravancada, nada foi problema. Pela intensidade do riso que proporcionaram, na aridez das relações acadêmicas, fica também registrada a minha gratidão.

O agradecimento, por certo, não termina aqui. A muitos, quero que a minha gratidão se perpetue como um registro no peito, não propriamente no papel. E, muito feliz, escrevo essas linhas, porque, nesse exato momento, os abraços já começam a acontecer.

*Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente.*

(Gadamer)

## RESUMO

A dissertação discute o problema da discricionariedade na aplicação de medida socioeducativa de internação, prevista no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Objetiva compreender a chamada crise de interpretação do ECA apontada pela doutrina e apresentar em que condições ela se instaura no campo da aplicação de medida socioeducativa de internação. Aponta para a necessidade de controle da decisão judicial infracional, como forma de efetivação de direitos e garantias fundamentais de adolescentes e de superação da referida crise, no campo da justiça infracional. Para tanto, apresenta, no primeiro capítulo, o contexto de responsabilização de adolescentes, no Brasil, indicando a permanência da discricionariedade judicial na aplicação da referida medida, mesmo após a entrada em vigor do ECA e de seus critérios supostamente objetivos para a internação de adolescentes pela prática de ato infracional. No segundo capítulo, a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), expõe algumas possibilidades de exercício discricionário na determinação e/ou manutenção da medida de internação. Indica, a partir da fundamentação, como essas decisões abrigam argumentos casuísticos, extranormativos e subjetivos para legitimar a aplicação da medida e se distanciam de um modelo constitucional e democrático de responsabilização. Diante do problema da discricionariedade, apresenta a hermenêutica, no último capítulo, como condição de possibilidade para o controle da decisão infracional. Sustenta como a interpretação levada a cabo pelo juiz não é um processo arbitrário de escolha de sentido e justifica como é possível pensar em um constrangimento democrático para a decisão judicial, sem que isso configure uma proibição de interpretar. Apresenta ainda a relação entre a hermenêutica e a dogmática jurídica, debatendo como uma compreensão hermeneuticamente situada do processo de interpretação no direito não inviabiliza outras perspectivas teóricas para o controle da decisão judicial.

**Palavras-Chave:** Decisão judicial. Discricionariedade. Medida de Internação. Hermenêutica. Controle.

## **ABSTRACT**

The dissertation discusses the problem of discretion regarding the enforcement of socio-educational measure of detention pursuant to Article 122 of the Statute of the Child and Adolescent (ECA). The scope is to understand the so-called interpretation crisis of the ECA and to present under what conditions it is established in the field of enforcement of socio-educational measure of detention. As results, the paper concludes that there is a need to control judicial decisions in order to protect the rights and guarantees of adolescents and as a way to overcome the crisis in the field of socio-educational justice. Chapter one explains the context of punishment of adolescents in Brazil. It indicates the permanence of judicial discretion concerning the enforcement of the measure, even after the entry into force of the ECA and its supposedly objective criteria for detention of adolescents by the practice of infraction. In the second chapter, from decisions of the Superior Court Of Justice (STJ) shares some discretionary possibilities in maintaining / or in determining the measure of detention. The paper explains, in view of the judicial reasoning, that these decisions contain arbitrary and subjective arguments to justify the enforcement of the measure. This type of reasoning is not in accordance with the constitutional and democratic model of punishment. The final chapter analyzes wheter hermeneutics is a condition of possibility to control the judicial decision. It argues that the interpretation carried out by the judge is not an arbitrary processo of choosing sense and it justifies how its possible to think a democratic constraint for the judicial decision, and it doesn't imply a prohibition to interpret. It also presents the relationship between hermeneutics and legal dogmatic, debating as a hermeneutically situated understanding of the interpretation process does not preclude other theoretical perspectives for the control of decision.

**Keywords:** Judicial Decision. Discretion. Measure of Detention. Hermeneutics. Control.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL NO BRASIL.....</b>	<b>20</b>
2.1 Os Códigos de Menores: um mero registro histórico? Notas sobre o “DNA” do subjetivismo judicial, no Direito Infracional. ....	21
2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o paradigma da proteção integral: a apuração de ato infracional, no interior do chamado Sistema de Garantias. ....	25
2.3 A determinação da medida socioeducativa de internação: quando (não) é possível internar? .....	31
2.4 A interpretação judicial e a crise: a discricionariedade na decisão infracional. ....	38
2.5. A determinação da medida socioeducativa de internação: o que aconteceu com a excepcionalidade?.....	43
<b>3 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE EM DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). ....</b>	<b>46</b>
3.1 Da decisão ao problema: a jurisprudência do STJ e a discricionariedade em matéria de internação de adolescentes.....	47
3.2 De como as palavras não prendem sentido: o regramento do artigo 122 do ECA e a abertura interpretativa.....	50
3.3 Sujeitos ao Direito: a vida do adolescente, como fundamento para a internação e o Direito Infracional (de autor). ....	56
3.4 Os princípios jurídicos e a (in)determinação da medida socioeducativa de internação: a que(m) serve a proteção integral?.....	60
3.5 O livre-convencimento motivado do juiz: o “vale-tudo” na decisão infracional. ....	65
<b>4 O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL INFRACIONAL: A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE. ....</b>	<b>69</b>
4.1 Interpretação, linguagem e direito, nas trilhas de Gadamer: encadeando as possibilidades da hermenêutica filosófica como um caminho para a (re)interpretação jurídica. ....	73
4.2 O juiz e a cultura minorista: a interpretação como afastamento de preconceitos inautênticos.....	84
4.3 Nem todo argumento é possível: encadeando o horizonte de sentido do paradigma da proteção integral. ....	91
4.4 Da condição às possibilidades: a hermenêutica como um ganho de racionalidade para a(s) teoria(s) no direito. ....	96
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>108</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É a partir de conhecida metáfora de Gramsci (2002) que se pode identificar o lugar de que se ocupa esse trabalho: há situações, segundo ele, em que o velho não terminou de morrer e o novo não terminou de nascer. Como um momento que se situa entre o “não mais” e o “ainda não” (STEIN, 2001, p. 31), é este o lugar em que se instaura a crise.

Em um dado contexto, compreender o que há de não mais e o que há de ainda não torna-se um exercício fértil para desvelar em que se sustenta esse entre-lugar e para onde ele aponta. Eis que o momento da crise é o que também permite pôr as condições da crítica.

Pode-se dizer que a jurisdição infracional, no Brasil, aquela responsável pela aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional, ocupa esse lugar. Embora, com frequência, as abordagens teóricas feitas sobre a transição entre os Códigos de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>1</sup> apontem para a transformação de adolescentes, de meros objetos a sujeitos de direitos, basta o contato com as práticas institucionais para perceber o quanto essa efetivação ainda é surreal (ROSA; LOPES, 2011).

A responsabilização de adolescentes pela prática de ato infracional conhece bem os meandros dessa crise. Apesar dos avanços obtidos a partir do ECA, há ainda uma série de características que fazem frente à efetivação de um modelo democrático de responsabilização. Dentre elas, as questões relacionadas à interpretação jurídica assumem um lugar de relevo.

Não por acaso, Mendez (2006)<sup>2</sup> defende o argumento de que há, ao lado de um déficit de implementação de políticas públicas, uma verdadeira crise de interpretação do ECA. Ela se configura, para ele, como uma releitura subjetiva, discricionária e corporativa dos dispositivos do Estatuto, possibilitando um uso tutelar e arbitrário de uma lei (ao menos em tese) baseada em um modelo diametralmente contrário à discricionariedade.

O problema a ser explorado na pesquisa, nesse contexto, toma assento na ambiguidade da jurisdição infracional: ao mesmo tempo em que é expressão de uma não mais Justiça menorista<sup>3</sup>, é também uma Justiça de garantias que ainda não se (con)firmou.

---

<sup>1</sup> Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

<sup>2</sup> Emílio Garcia Mendez, jurista argentino, participou ativamente, na década de 90, como então Oficial de Projetos do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), do processo de tramitação e aprovação do projeto de Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente. É grande sua contribuição à discussão da situação da infância na América Latina, sendo referência para boa parte dos autores e profissionais que militam no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente.

<sup>3</sup> Menorismo é expressão que se refere à compreensão de crianças e adolescentes como objetos de tutela e compaixão do Estado e não como sujeitos de direitos. Na América Latina, esse foi o significado hegemônico das instituições, saberes e práticas sobre a infância e a juventude, até o final da década de 80, embora ainda hoje

As decisões judiciais que integrarão o percurso de exploração proposto nessa investigação mostram o que Mendez (2001, p. 29) caracterizou como o “paradigma da ambiguidade”, que se apresenta, na prática, como uma espécie de síntese eclética dos discursos menorista e de garantias: enquanto as decisões se encontram epidermicamente fundamentadas em um ideal de “proteção integral”, “melhor interesse do adolescente”, ou ainda na “finalidade socioeducativa” da medida, o que fazem, não raro, é encobrir um exercício amplamente discricionário de poder.

Esse contexto é emblemático, porque coloca em debate as características mais fundamentais do sistema de responsabilização<sup>4</sup> adotado na legislação estatutária. Aliás, o lugar da discricionariedade judicial deve(ria) ocupar a centralidade dessa transição. Beloff (1999) demonstra uma série de características de cada um dos modelos de responsabilização de adolescentes – o menorista, baseado na chamada doutrina da situação irregular e o de garantias, baseado no texto do Estatuto e no paradigma da proteção integral por ele consagrado<sup>5</sup> – com a finalidade de caracterizar as mudanças operadas, no plano normativo, a partir da Constituição de 1988 e do ECA.

Segundo a autora, o lugar da discricionariedade judicial é uma chave de compreensão das mudanças entre os dois modelos. Isso porque, à época do Código de Menores, o juiz possuía amplo poder discricionário, o que era reforçado por uma série de outras características do sistema: informalidade de procedimentos, texto da lei carregado de vagezas, ambiguidades e figuras de tipo aberto (como é o caso emblemático da caracterização da situação irregular), além da consagração da privação de liberdade como principal medida a ser adotada, tanto para os infratores da lei, quanto para os “menores”<sup>6</sup> desassistidos ou vitimizados.

---

também se possa falar em perspectivas neomenoristas, que se constituem como atualizações desse paradigma de objetificação e marginalização de sujeitos.

<sup>4</sup> Optou-se por utilizar a expressão “sistema de responsabilização” como referência à disciplina do Estatuto em relação ao ato infracional e às suas consequências legais. Embora haja outras expressões para designar esse ambiente normativo, tais como “sistema socioeducativo”, a referida opção marca a posição adotada neste trabalho. Prioriza-se, como elemento estruturante desse mecanismo de intervenção do Estado, o fato de que ele opera responsabilização, deixando-se em segundo plano as supostas finalidades a que ele se dirige, como por exemplo, a socioeducação. Isso porque, acompanhando autores como Rosa e Lopes (2011), parte-se de uma compreensão agnóstica sobre a medida socioeducativa e o sistema que lhe dá abrigo, sobretudo em termos de alcance de finalidades socioeducativas.

<sup>5</sup> Os conceitos de “doutrina da situação irregular” e “proteção integral” serão ainda apresentados no primeiro capítulo deste trabalho. Trata-se, aqui, apenas de compreender que, em torno desses dois elementos, articulam-se discursos diametralmente opostos, em termos de significação do sistema de responsabilização de adolescentes.

<sup>6</sup> Utiliza-se o termo “menor”, neste trabalho, mediante o uso de aspas, indicando que, a despeito de se tratar de uma categoria legalmente estabelecida, à época da vigência dos Códigos de Menores, ela não mais designa a forma como se compreende crianças e adolescentes. Assim como também a pesquisa não adota o referido conceito, por considerar que o termo antecipa um forte caráter discriminatório.

Com o advento do modelo de garantias previsto no ECA, a situação se alterou significativamente, no plano normativo. Os espaços de discricionariedade foram reduzidos, na medida em que a privação de liberdade passou a ser excepcional e objetiva: a internação é cabível apenas, segundo o ECA, em situações de infração que a lei caracteriza como crime ou contravenção penal e tão somente quando outras medidas não puderem ser, preferencialmente, adotadas. Outras limitações de ordem legal entraram no jogo<sup>7</sup>, tais como garantias processuais, regulamentação de procedimentos para apuração de ato infracional e dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, Mendez (2001, p. 29) também afirma que a principal característica das mudanças legislativas, no campo da infância e da juventude, no Brasil, foi a “revolução copernicana” caracterizada pela diminuição radical da discricionariedade.

Tomando como referência exclusivamente essas mudanças normativas, poder-se-ia chegar à apressada conclusão de que, de fato, assistiu-se, no Brasil, a uma virada de paradigma. De que não há mais espaço para a arbitrariedade judicial como a tônica da restrição de liberdade de adolescentes. Porém, compreender a justiça infracional tão somente a partir do panorama legislativo é um caminho que apenas mostra o quanto ainda sobra de realidade (e de problemas) diante dos textos legais.

Evidentemente, o Estatuto abrange contextos outros que não exclusivamente a aplicação de medidas socioeducativas e, conseqüentemente, é possível dizer que, se há uma crise de interpretação, ela se estende para outras áreas da infância e da juventude também previstas naquela norma. Mas, a presente pesquisa centraliza os esforços para a compreensão desse problema apenas no interior da jurisdição infracional, ou seja, aquela que se refere, nos termos da lei, à responsabilização de adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional.

As decisões infracionais, nesse contexto, servem para desvelar o quanto ainda ficou de menorismo no dia-a-dia da jurisdição da infância e da juventude. Por essa razão, a partir delas, a pesquisa pretende compreender a crise de interpretação e seus efeitos – sobretudo aqueles decorrentes do exercício arbitrário de poder judicial – no que diz respeito à

---

<sup>7</sup> Embora a compreensão de processo como jogo remonte ao clássico texto de Calamandrei (“O processo como jogo”), utiliza-se o referido termo para enfatizar a dinâmica que há no sistema de responsabilização de adolescentes. Isso porque, o processo para apuração de ato infracional, assim como o processo penal, pode ser entendido como um jogo dinâmico, estruturado em três níveis: o das normas processuais, o do discurso lançado processualmente e seus condicionantes internos/externos e o da singularidade do processo (julgador e jogadores) (ROSA, 2013). Por essa razão é que se pode afirmar que, com o ECA, as garantias processuais e toda a série de dispositivos sobre o processo para apuração de ato infracional entraram no “jogo”, embora não o esgotem, em termos de complexidade.

forma mais grave de restrição de liberdade de adolescentes, que se opera através da medida socioeducativa de internação<sup>8</sup>.

Algumas perguntas mobilizam a investigação. Não como “pré-ocupações”, ou em outras palavras, como algo que se coloca arbitrária e impessoalmente no início da pesquisa, mas sim como questões que surgem da lida com o sistema de responsabilização e do confronto com essa crise, a partir de sua expressão mais imediata: as decisões infracionais discricionárias.

A que se liga, do ponto de vista teórico, essa crise de interpretação? Por que as decisões, em matéria de internação de adolescentes, afastam-se de um modelo de garantias e seguem, com frequência, a lógica subjetivista e discricionária? Que caminho(s) existe(m) para que – da crise – seja possível encaminhar a crítica? Em outras palavras: há como conter as decisões discricionárias, os sintomas dessa crise?

É possível encontrar variados estudos, no amplo campo de análise sobre os direitos da criança e do adolescente, que se referem à discricionariedade no sistema de responsabilização previsto no ECA. Desde a década de 90, já se visualiza um certo debate sobre esse fenômeno que se caracteriza a partir de uma dupla dimensão: a existência de um sistema normativo de afirmação de direitos e garantias para crianças e adolescentes e a latência de um sistema de responsabilização que opera através da arbitrariedade na fase judicial.

Nesse cenário, Mendez (2001) se consolidou como uma referência para os estudos sobre infância, lei e democracia, na América Latina. A partir dele, a ideia de que há uma crise de interpretação, caracterizada por uma (re)leitura subjetiva e discricionária das normas sobre a responsabilização de adolescentes, acabou sendo apropriada por parcela considerável de autores que, embora reconhecendo a discricionariedade como um problema, seguem perspectivas variadas de compreensão.

Há, por exemplo, quem entenda estar o problema ligado ao revigoramento, inclusive no campo dos poderes instituídos, de uma representação social de crianças e adolescentes como objetos de repressão estatal (PINHEIRO, 2006) ou, ainda, quem o encare

---

<sup>8</sup> Essa afirmação de que a internação é a medida mais grave pode ser sustentada, tomando-se por critério a sistemática adotada pelo ECA, mas de modo algum se pode dizer que as demais medidas, inclusive as de meio aberto, signifiquem menor interferência na vida de um adolescente. As formas alternativas de penalização juvenil decorrem de uma série de fatores que não significam, necessariamente, a redução da intervenção do Estado, mas, ao contrário, talvez correspondam à sua própria expansão. Lima (2009) aponta que o aumento dos custos do encarceramento, a inviabilidade do discurso ressocializador, a reincidência e a cifra negra têm forçado o Estado a combinar a responsabilização de adolescentes em meio fechado com a criação de diversas medidas em meio aberto, que continuam sendo formas de controle, à distância, para neutralizar e reintegrar adolescentes tidos como desajustados.

como justificativa para a defesa de uma reconstrução dogmática da responsabilização de adolescentes, pela via do Direito Penal (SPOSATO, 2013).

Muito embora essas abordagens deem conta de aspectos mais gerais da situação, o cotidiano<sup>9</sup> das decisões judiciais, enquanto um lugar apropriado para a investigação do problema da discricionariedade, permanece incipiente, no campo da infância e juventude.

É por essa razão que, mesmo partindo de um conceito amplamente difundido, como o de crise de interpretação do ECA, a pesquisa segue um caminho mais específico, ao investigar esse processo, a partir de decisões judiciais de um Tribunal Superior. Por evidente que há uma justificativa na base dessa escolha metodológica.

As decisões que serão apresentadas indicam como, em muitos casos, o direito infracional acaba sendo “aquilo que os intérpretes dizem que ele é” (STRECK, 2009, p. 212). Afastando princípios jurídicos, elegendo critérios extranormativos, decidindo com base no chamado “livre convencimento motivado”, não é difícil chegar à conclusão de que, ainda hoje, juízes decidem reprimando o velho esquema subjetivista da justiça menorista.

Ocorre que é urgente preocupar-se com a questão de como o direito é aplicado. Trata-se, inclusive, de uma verdadeira exigência democrática (PINHO, 2013, p. 27). Isso porque, enquanto os demais agentes políticos se encontram legitimados por um processo eleitoral, os juízes, diferentemente, sustentam a legitimidade do poder que exercem, na conformidade de suas decisões com a Constituição e com o ordenamento jurídico (LUIZ, 2013, p. 127).

Dessa forma, enquanto imperar as convicções pessoais e o subjetivismo do magistrado, sobre os quais, de modo algum, sustenta-se a tarefa de decidir os casos, é a democracia que permanece reclamando espaço e efetividade, posto que, em um sistema democrático, todos os poderes de Estado necessitam de vínculos de constrangimento (PINHO, 2013, p. 27). Nesse contexto, a Justiça Infracional não está desvinculada de parâmetros de controle, como se se tratasse de uma Justiça de exceção.

---

<sup>9</sup> A palavra cotidiano não é empregada por acaso. Trata-se do lugar da experiência ordinária, onde algo permanentemente se oculta. Como um objeto que escapa, o cotidiano se caracteriza como aquilo que, sempre acontecendo, ao mesmo tempo parece implicar a perda do acontecimento, um lugar onde se vive implicado em um constante não-saber (TIBURI, 2014). Nesse sentido, a Justiça da Infância e da Juventude e, conseqüentemente, as decisões judiciais produzidas no seu interior, são cotidianas. A automaticidade de seus procedimentos enredados em dispositivos, súmulas, pareceres e toda sorte de engrenagens discursivas constitui o lugar de fabricação da intervenção do Estado sobre a juventude e, portanto, uma de suas dimensões imediatas, enquanto, ao mesmo tempo, corresponde a um universo que, com frequência, inclusive do ponto de vista teórico, fica de fora, escapa.

Compreender os prejuízos decorrentes da discricionariedade e a necessidade de controle da decisão judicial, além de reduzir o chamado “déficit de democracia” (LUIZ, 2013, p. 40) no exercício da jurisdição, também pode contribuir para a construção de uma estratégia de “redução de danos”<sup>10</sup> em relação à restrição indevida, abusiva e arbitrária de parcela considerável dos indivíduos que chegam até o sistema (CARVALHO, 2008, p. 140).

A Justiça Juvenil, assim como o sistema penal, é um “fato de poder” (ZAFFARONI, 2010, p. 196), ou seja, existe e forja a realidade. Por maiores que sejam as suas contradições e a sua (des)legitimação, continua(rá) operando seletividade. Dessa forma, embora se possa reconhecer, na presente pesquisa, que, antes da discricionariedade, há uma série de questões que guardam relação com a legitimidade desse sistema de controle punitivo (e seletivo) da juventude, a discricionariedade, no interior da Justiça Infracional, permanece sendo um problema a ser enfrentado.

Reclamar controle para o exercício da jurisdição – para onde aponta a presente pesquisa – não significa, em absoluto, a “proibição de interpretar” (STRECK, 2013, p. 95). Antes, concretiza as condições de possibilidade da própria decisão judicial e esclarece de que forma o magistrado não está autorizado a atribuir aleatoriamente sentidos no Direito e a decidir os casos de forma arbitrária.

Nesse contexto, o que a pesquisa objetiva compreender é o estado dessa crise instaurada na Justiça Infracional, tendo como foco o ato decisório. Isso porque se, de um lado, os números apontam para a crescente internação de adolescentes<sup>11</sup> e, de outro, o único caminho possível para a determinação da restrição de sua liberdade é através de um processo

---

<sup>10</sup> Redução de danos é expressão que encerra uma determinada concepção político-criminal que pressupõe toda a carga de violência que acompanha as mais variadas práticas punitivas operadas através do Direito Penal e que se direciona no sentido de forjar estratégias, filtros, barreiras e discursos de contenção desse poder, objetivando minimizar, tanto quanto possível, os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos e abrindo espaço para que se possa pensar, de acordo com Carvalho (2008), algo como uma racionalidade de resistência, no interior do próprio saber penal.

<sup>11</sup> Segundo os dados oficiais do último “Levantamento Anual de Adolescentes em Cumprimento de Medidas Socioeducativas”<sup>11</sup>, publicado em 2014, 20.532 (vinte mil quinhentos e trinta e dois adolescentes) foram alcançados pelo sistema de responsabilização, para o cumprimento das diversas medidas socioeducativas disponíveis, no ano de 2012, utilizado como referência para o levantamento. Desse total, 18.672 (dezoito mil seiscentos e setenta e dois) meninos e meninas cumpriram medidas de internação (incluindo a provisória). Isso corresponde a mais de 90% (noventa por cento) do total de medidas socioeducativas aplicadas, no Brasil, no ano de 2012. Ainda de acordo com o referido Levantamento, em 2008, o número de adolescentes alcançados pelas medidas socioeducativas era da ordem de 16.868 (dezesseis mil, oitocentos e sessenta e oito), número que subiu para 20.532 (vinte mil, quinhentos e trinta e dois), no ano de 2012. O resultado do referido levantamento pode ser acessado, na íntegra, no site: [www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012](http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012). Acesso em: 06/11/2014.

para apuração de ato infracional<sup>12</sup>, as decisões judiciais, no mínimo, constituem parte dessa engrenagem punitiva.

Crise, para o senso comum, é ideia que assume contornos negativos ligados ao fracasso, à decadência e à fatalidade. Entretanto, sua origem etimológica, aqui, nos serve para indicar qual o lugar que esse tal estado assume na presente pesquisa. “Krisis” corresponde ao termo grego para “julgar”, “romper com” (SOUZA, 2008, p. 12). Eis o caminho que a presente investigação pretende trilhar: compreender um estado a partir do qual será possível construir a crítica, ou seja, forjar condições para superar a crise<sup>13</sup>.

Embora não se esteja a negar os graves prejuízos decorrentes de um modelo de responsabilização que se retroalimenta de arbitrariedades que já não cabem em um Estado Democrático de Direito, investigar mais detidamente as nuances dessa crise de interpretação torna possível a construção de um horizonte de pensamento favorável à sua superação.

A investida em construir arquiteturas conceituais, métodos ou modelos teóricos para superar epistemologicamente a discricionariedade torna alguns dos esforços teóricos até então produzidos – ainda que refinados – justificativas para o não enfrentamento de questões mais fundamentais existentes no mencionado problema, sobretudo quanto ao momento ou ao lugar hermenêutico existente em todo ato de interpretação<sup>14</sup>.

Nesse sentido, justifica-se, preliminarmente, a hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para o que se pretende com essa pesquisa, que é “transmutar a crise em crítica” (SOUZA, 2008, p. 13). Desvelar o quanto ficou retido, (só)negado, oculto no problema da discricionariedade, em termos hermenêuticos, reabre possibilidades de compreensão; amplia, pois, horizonte. Abre a clareira da crítica.

Para dar conta dos mencionados objetivos, a pesquisa será dividida em três partes. Inicialmente, a partir de uma exploração bibliográfica, incursionará no contexto histórico de

---

<sup>12</sup> É o que dispõe o artigo 110, do ECA, quanto à garantia do devido processo legal para a restrição de liberdade de adolescentes.

<sup>13</sup> Note-se que não se trata, propriamente, de compreender a crise como um fenômeno empírico e a crítica como a descoberta de um modelo para a sua superação. A ideia de crise é mais ampla e alcança, inclusive, as formas de se compreender o direito, a ciência jurídica, a discricionariedade, a interpretação, a lei, o papel do intérprete e tudo o que constitui esse universo investigado. Acompanhando o argumento de Machado (2009, p. 110), esta situação de crise do direito e o debate a respeito dela “representam os elementos estruturais necessários para a transformação daqueles clássicos e ultrapassados paradigmas estruturais do saber e do fazer jurídicos”.

<sup>14</sup> É o que acontece, por exemplo, com a defesa de um modelo de direito penal juvenil. Sposato (2014), em sua tese de doutoramento, mesmo identificando, com muita precisão, as ambiguidades e vagezas dogmáticas da legislação estatutária, que contribuem para um estado de amplo arbítrio judicial, insiste na hipótese de que a construção de um modelo de responsabilidade de adolescentes, a partir dos aportes dogmáticos do direito penal constitui um caminho para a superação da discricionariedade, na Justiça Infracional, descuidando do fato de que, mesmo onde há direito penal, taxatividade e garantias processuais, não necessariamente, está afastada a discricionariedade. Nesse sentido é a crítica feita por PINHO (2013) quanto às estratégias e às respostas que o garantismo penal oferece ao problema da discricionariedade.

transição entre a legislação menorista no Brasil e a entrada em vigor de dois importantes marcos normativos para a (re)significação da infância e da juventude, que correspondem à Constituição de 1988 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acompanhando o argumento de autores que identificam, nesse contexto histórico, uma suposta virada de paradigma no sistema de responsabilização de adolescentes<sup>15</sup>, o objetivo dessa etapa inicial é apresentar as principais características que compunham os dois modelos de responsabilização: o anterior, baseado na chamada doutrina da situação irregular e o atual, sustentado no paradigma da proteção integral e apontar um processo de continuidade entre eles, sobretudo quanto à atuação do juiz, através da permanência de um exercício discricionário de poder.

Isso porque, considerando que o problema de pesquisa diz respeito à discricionariedade na aplicação da medida de internação, apontada como uma espécie de “herança” indesejada, ou ainda como um saldo de uma mudança normativa não concretizada em sua plenitude, resgata-se alguns desses elementos para indicar como o processo de intervenção arbitrária ainda resiste, quando se trata da restrição de liberdade de adolescentes.

Além disso, levando em conta que uma das principais lutas dos movimentos sociais, no Brasil, em prol dos direitos de crianças e adolescentes, sobretudo a partir da década de 80, correspondia à construção de um novo modelo de responsabilização da juventude, marcado pela efetivação de direitos e garantias fundamentais de adolescentes e que culminaram com a consagração da infância e da juventude como tema constitucional e, anos mais tarde, com a elaboração de um estatuto próprio, a pesquisa pretende debater como, a despeito das mudanças operadas no referido panorama normativo, elas não foram suficientes para conter o subjetivismo e a arbitrariedade na responsabilização de adolescentes.

Embora a discricionariedade seja um problema complexo, que vai além da fundamentação de uma decisão judicial e que está, portanto, para além do texto de uma sentença ou acórdão, é através da textualidade que a põe em cena e a torna visível, que se viabiliza o encontro com a face exposta do problema: a interpretação relativista, as múltiplas respostas, a escolha arbitrária de fundamentos, ou ainda, os argumentos que servem a qualquer resultado.

---

<sup>15</sup> Oliveira e Silva (2010) aponta que essa visão é extremamente difundida por militantes em defesa de direitos da infância e juventude, por ativistas de direitos humanos e por formadores de opinião. Durante a pesquisa, encontramos a afirmação de que o Estatuto da Criança e do Adolescente representou uma virada de paradigma em relação ao modelo anterior em inúmeros autores, dentre os quais: Konzen (2005, p. 16), Meneses (2008, p.59), Pereira (2008, p. 25) e Mendez (2006, p. 11).

Por essa razão, as decisões judiciais têm algo a dizer sobre o problema. Não há como falar de um exercício discricionário de poder, sem mostrar como ele opera, sem indicar os prejuízos que resultam de uma decisão judicial mal (ou não) fundamentada. Os argumentos sobre os quais se sustenta a determinação da medida socioeducativa são importantes para mostrar o grau de comprometimento dos juízes com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional e, principalmente, para indicar, em cada caso concreto, o grau de (des)legitimação do poder que exercem.

Assim, para mostrar como a discricionariedade acontece na decisão infracional e quais os prejuízos que dela decorrem, a pesquisa conta com uma segunda etapa, que corresponde à pesquisa e à análise de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por certo que há uma justificativa para a escolha da referida Corte, como também devem ser apresentados os critérios de busca e seleção das mencionadas decisões, o que será feito, oportunamente, no segundo capítulo deste trabalho.

Mobilizar esse conteúdo para a presente investigação objetiva tornar mais claro como se processa essa crise de interpretação do ECA, no dia-a-dia da jurisdição infracional, especificamente quando cuida da aplicação de medida socioeducativa de internação. A finalidade, pois, é mostrar como decisões judiciais, na prática, inserem-se nesse contexto de crise, como um lugar privilegiado para a manifestação da discricionariedade.

Uma vez apresentado o problema, a partir das decisões judiciais mencionadas e tendo sido explorado como ele se processa na Justiça infracional, a pesquisa direciona-se no sentido de construir argumentos para responder às perguntas que orientaram a presente investigação.

Para tanto, a hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, será fundamental nessa investigação, mas não na perspectiva de uma teoria que se aplique para solucionar, do ponto de vista técnico, cada uma das decisões discricionárias apresentadas, e sim como um referencial a partir do qual é possível compreender o sentido dessa crise de interpretação, a que ela está ligada e, mais, quais as condições a partir das quais será possível (e necessário) propor modelos ou alternativas para a sua superação.

Embora as contribuições de Gadamer não tenham sido especificamente formuladas tendo como alvo a interpretação jurídica, elas revelaram todo um novo horizonte de considerações sobre a teoria hermenêutica (PALMER, 2006, p. 218), permitindo uma nova forma de conceber a linguagem, o intérprete e mesmo a própria ideia de compreensão, esta última não mais cindida em uma perspectiva cognoscitiva, mas encarada como um algo que pertence, indeclinavelmente, à experiência do homem no mundo.

Tendo o problema da interpretação assumido, cada vez mais, a preocupação da teoria no direito, sobretudo em função de um histórico alheamento deste em relação ao mundo prático, a hermenêutica filosófica reabre, no momento em que ainda se considera que solucionar casos, no Direito, esgota-se em uma tarefa metodológica, as possibilidades de compreensão da experiência hermenêutica e do encontro do intérprete com o mundo do texto.

A presente investigação, ao adotar o mencionado referencial, não só alinha-se com a perspectiva adotada em trabalhos de uma série de autores que têm apontado a discricionariedade como um grave empecilho para a consolidação de um sistema democrático e constitucional de responsabilização de adolescentes, como também promove um possível ganho teórico.

Isso porque, se há a discricionariedade, antes dela, há a interpretação. E o fenômeno interpretativo não é um privilégio das ciências jurídicas. Sendo assim, é preciso compreender as condições em que se dá a interpretação jurídica, para além de técnicas ou métodos supostamente próprios do Direito, para a concretização de sentidos. A hermenêutica filosófica não se coloca como um saber auxiliar do Direito, emprestando-lhe técnicas, mas, muito antes disso, é o território que permite compreender as condições existentes no fenômeno interpretativo, inclusive aquele levado a cabo no interior das práticas judiciais.

Além disso, a reiterada frequência com que se aborda a discricionariedade como um sintoma de uma “cultura menorista”, ou como um indício de que a lei é, por si só, problemática ou ainda de que os relativismos interpretativos acontecem em função de “operadores com dificuldades de interpretação” (KONZEN, 2005, p. 18), são perspectivas teóricas que acabam obstruindo possibilidades de compreensão do problema, a partir daquilo que ele tem de mais fundamental: a sua indeclinável característica hermenêutica.

Ressalte-se que o caminho adotado na pesquisa não se dá imune a críticas. A advertência é necessária pois, com apoio em Oliveira (2011, p. 49), não se pode dizer que haja uma “passagem direta” dos conceitos gadamerianos para o Direito. A hermenêutica filosófica não foi produzida com o objetivo de servir como um caminho específico para a interpretação no direito ou em qualquer outra área específica do conhecimento, senão, muito antes disso e, fundamentalmente, de (re)abrir a questão do como compreendemos, para além de qualquer disciplina ou campo específico.

Por evidente que, nessas linhas preliminares, não será possível enfrentá-las, mas a pesquisa pretende apresentar de que forma a hermenêutica filosófica se constitui como uma “via privilegiada” (PINHO, 2013, p. 24) para a compreensão do fenômeno decisório, no

direito. Como, em outras palavras, a crise sobre a qual a pesquisa se debruça é, afinal, de fundo hermenêutico.

Esse movimento teórico que sustenta a crítica do direito, a partir da hermenêutica filosófica tem muito a (re)significar também no direito infracional. Sposato e Minahim (2011), por exemplo, através de ampla pesquisa jurisprudencial em alguns Tribunais de Justiça do país, apontaram que boa parte das decisões judiciais discricionárias que aplicavam medidas socioeducativas de internação sustentavam-se em argumentos de baixíssima densidade teórica e doutrinária. Sobre esse aspecto, a presente pesquisa indicará como esse déficit nas decisões corresponde também a uma baixa densidade hermenêutica (STRECK, 2014, p. 36).

Um outro aspecto a ser mencionado, nessas linhas preliminares, é o fato de que existem outros possíveis caminhos teóricos para analisar a justiça da infância e da juventude e o sistema de responsabilização – inclusive de viés deslegitimador – para mostrar como a discricionariedade, ao fim e ao cabo, não é um sintoma da crise dessa justiça, mas um de seus mais eficazes instrumentos. Liga-se muito mais à fisiologia da justiça juvenil do que, propriamente, à sua patologia (MENDEZ, 2003, p. 4).

Ainda assim, a adoção de um referencial como a hermenêutica filosófica, para a abordagem das questões ligadas à discricionariedade – embora corresponda a situar os esforços nos limites do que está legitimado, ou seja, de um sistema em funcionamento – é, também, a tentativa de fazer com que essa engrenagem punitiva opere cada vez menos, sobretudo no que diz respeito a esse exercício seletivo e arbitrário de intervenção.

O que se objetiva, ao revisitar o problema da discricionariedade e propor a necessidade de controle do ato decisório é, em última análise, reduzir as possibilidades de intervenção discricionária do Estado, sobretudo as investidas arbitrárias escondidas em um “discurso garantista de fachada” (ROSA, 2006, p. 279). Pensar condições de possibilidade de decisões infracionais hermeneuticamente situadas é apenas um caminho.

## **2 A RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL NO BRASIL.**

Logo nas primeiras linhas da introdução, a ideia de crise de interpretação foi brevemente apresentada como uma espécie de cenário em que se situa o problema a que se dedica a presente pesquisa: a discricionariedade na aplicação de medida socioeducativa de internação. Nesse contexto, os marcos normativos, em matéria infracional, constituem um importante parâmetro para alcançar os contornos dessa crise.

Mas, nesse primeiro capítulo, o objetivo não é propriamente descrever o modelo de responsabilização de adolescentes, em termos do que estabelece a legislação, mas atender a uma finalidade de outra ordem: compreender alguns dos elementos que favorecem a tessitura do contexto em que se dá a discricionariedade.

Nos tópicos seguintes, os Códigos de Menores e o Estatuto serão apresentados não a partir de uma perspectiva meramente comparativa, mas como elementos a partir dos quais será possível delinear, com maior clareza, as características e possibilidades de restrição de liberdade de adolescentes, no Brasil, desde a vigência de estatutos normativos que institucionalizaram modelos fortemente discriminatórios sobre a infância e a juventude até a entrada em vigor de um sistema de responsabilização atravessado pela afirmação de direitos e garantias fundamentais, além de apresentar, nesse contexto, o que essa tessitura histórico-social e normativa tem a contribuir para a compreensão do problema da discricionariedade.

Essa abordagem inicial não é, pois, arbitrária. Atende, como será possível discutir em capítulo posterior, a razões de ordem hermenêutica. Isso porque, não há interpretação que se faça cindida de um contexto. O intérprete, como é o caso do juiz, no exercício de sua função jurisdicional, não se assemelha a um cientista de laboratório que isola, disseca, segmenta sentidos, apartado da dinâmica social (PALMER, 2006). Mas, fundamentalmente, é alguém que compartilha um mundo<sup>16</sup>.

O direito não se dá apartado da realidade social, como se fosse um dado preexistente (NETO, W., 2008). A compreensão do contexto de estruturação e desenvolvimento da Justiça da Infância e Juventude, serve para indicar que a

---

<sup>16</sup> Mundo é um fenômeno (de) sentido. A referência a esse conceito é importante, posto que Gadamer, com frequência, utiliza-o para desenvolver e articular ideias, no interior de sua hermenêutica filosófica. Mundo não é o meio ambiente objetivamente considerado, mas a totalidade em que o ser humano está mergulhado e que se revela através de uma compreensão sempre englobante, anterior a qualquer tentativa de objetificação e captação (PALMER, 2006, p. 137), pelo próprio homem. Para Gadamer, é a linguagem que serve de base absoluta para que os homens tenham um mundo (GADAMER, 2012, p.447), ou seja, é condição de possibilidade do homem, enquanto ser que munda.

discricionariade também se liga a determinadas formas histórica e socialmente estabelecidas sobre a juventude e que atende a certas finalidades, sobretudo quando se trata da restrição de liberdade de adolescentes.

Se ela possui um sentido, desde já é válido ressaltar que não se trata de um sentido em si mesmo, como se ele existisse aprioristicamente, razão pela qual investigar em que contexto a discricionariade se dá é etapa necessária para a sua compreensão.

## **2.1 Os Códigos de Menores: um mero registro histórico? Notas sobre o “DNA” do subjetivismo judicial, no Direito Infraçãoal.**

Quando se fala em direitos da criança e do adolescente, no Brasil, é quase automático lembrar do Estatuto da Criança e do Adolescente e de sua profunda importância para a concretização desses sujeitos como titulares de direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, escapa, com frequência, o fato de que a tutela da infância e da juventude começa, na verdade, muito antes da entrada em vigor desses documentos normativos. Isso talvez seja um aspecto muito relevante para a compreensão do problema da permanência da discricionariade na Justiça Infraçãoal. É por esse motivo que parte da articulação desenvolvida nesse primeiro capítulo objetiva retomar aspectos da responsabilização de adolescentes, no Brasil.

Não há dúvida de que assistiu-se, sobretudo a partir da década de 80, a um intenso processo de lutas e de mobilização social pela afirmação de direitos de crianças e adolescentes<sup>17</sup>, do qual resultou uma série de conquistas, dentre elas a inclusão da infância como tema de assento constitucional (artigos 227 a 229 da Constituição de 1988) e a criação, pouco tempo depois, de um estatuto próprio.

Essas transformações são extremamente significativas para a compreensão do tema, mas, com frequência, sufocam o olhar em relação ao que resiste e permanece, apesar do contexto de mudanças. Talvez porque aquilo que se transforma chama muito mais atenção do que aquilo que permanece como sempre foi (GADAMER, 2012, p. 32).

A experiência da mudança histórica, não raro, corre o risco de ser distorcida, por esquecer a ocultação do permanente (GADAMER, 2012). Essa pesquisa inicia retomando

---

<sup>17</sup> Uma série de movimentos sociais estiveram envolvidos nesse processo. Dentre eles, pode-se citar: Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMNR), Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECAS) e Fórum Nacional dos Dirigentes de Políticas Estaduais para criança e adolescente (Fórum DCA).

elementos da história de construção social da infância e da juventude, no Brasil<sup>18</sup>, trilhando um caminho que, talvez, permita compreender o quanto a discricionariedade judicial carrega essa marca da permanência, a despeito das transformações experimentadas até aqui.

Isso corresponde, antes de tudo, à construção de um universo onde se pode situar o problema. Foge-se, assim, de uma abordagem que compreenderia as legislações anteriores ao ECA como momentos históricos isolados, estanques, objetificados, meras etapas de segmentação da história. Trata-se, na verdade, de um possível e necessário diálogo para melhor situar o problema.

Tantas vezes mencionado o argumento de que a crise de interpretação do ECA é resultado de uma leitura discricionária que não acompanhou as mudanças históricas, é necessário enfrentar esse processo para identificar como o que, aparentemente, ficou no passado, ainda se relaciona, muito fortemente, com as práticas de ainda-hoje.

Se existiram Códigos de Menores, antes do ECA, é possível afirmar que eles não se esgotaram no lugar de um passado insulado e hermético. Até porque essas legislações, embora revogadas em uma dimensão formal e jurídica, até hoje disputam espaço na teia de significações (re)produzidas socialmente.

Pinheiro (2006) reconstrói essa história, articulando as várias representações sociais<sup>19</sup> que, ao longo do tempo, foram sendo construídas sobre crianças e adolescentes no Brasil. Segundo ela, há quatro grandes possibilidades de significação desses sujeitos, na história brasileira: a) como objetos de proteção social, b) como objetos de controle e disciplinamento social, c) como objetos de repressão social e, d) como sujeitos de direitos.

Segundo a autora, os Códigos de Menores condensaram as três representações sociais objetificadoras de crianças e adolescentes, a partir de uma categoria-síntese: o “menor”.

O interesse do Estado pela questão do “menor” não correspondia, portanto, a qualquer criança ou adolescente, mas somente àqueles – pobres e marginalizados – que se constituíam como alvo preferencial de políticas de proteção social, disciplinamento ou

---

<sup>18</sup> Trata-se dessa história, em termos de construção social, por tomar como pressuposto a ideia de que infância, adolescência, juventude, ou qualquer outra categoria que se utilize para designar um período da vida, não se trata de um dado biológico prévio, mas do resultado de um profundo e complexo processo de significação social. Acompanhando o argumento de Pinheiro (2006, p. 36), considera-se “a criança e o adolescente não apenas como segmentos etários, caracterizados por critérios biológicos, mas como sujeitos sociais que ocupam ou não determinados lugares na vida social, a partir de significados que lhes são atribuídos pela teia de relações que se engendram na sociedade brasileira”.

<sup>19</sup> Por representação social, compreendemos, seguindo a mencionada autora, as construções simbólicas através das quais não só apreendemos a realidade, como também a interpretamos e a significamos. Elas passam a constituir uma dimensão da realidade, orientando comportamentos, sentidos e definindo papéis e conceitos, em outras palavras, organizando as práticas sociais.

repressão.

As instâncias judiciais voltavam-se, nesse contexto, para a concretização de um projeto de sociedade que tinha como alvo uma juventude específica: a marginalizada. O “Juiz de menores”, peça-chave dessa engrenagem, encarnava um certo paternalismo institucionalizado, que legitimava intervenções, não raro arbitrárias, justificadas por um discurso “do bem”.

Foi sob o marco dessa concepção tutelar que as duas legislações anteriores ao Estatuto da Criança e do Adolescente foram produzidas. Trata-se do Código de Menores, de 1923<sup>20</sup> – o chamado Código Mello Mattos – e do que lhe sucedeu, em 1979<sup>21</sup>.

Essas duas leis permitem pôr em cena a discricionariedade judicial como uma característica muito própria da então Justiça de Menores. Apesar das diferenças que as citadas leis carregam, a partir delas é possível compreender como a figura do juiz, historicamente, pouco conheceu de controle ou limites, no que diz respeito ao exercício do poder decisório.

No Código Mello Mattos, encontrava-se, por exemplo, a possibilidade que o juiz tinha de determinar uma série de medidas a um “menor”, mesmo que este fosse absolvido da prática de uma infração. Havia a figura da “liberdade vigiada”, pela qual o adolescente ficava obrigado ao comparecimento periódico diante do juiz, pelo período de até um ano, ainda que nada tivesse cometido, em termos de infração. Operando na lógica da “compaixão-repressão”<sup>22</sup>, não havia lugar para maiores formalidades, limites ou critérios.

Era exemplar a dicção do artigo 91 do Código Mello Mattos, quanto à objetificação do adolescente, inclusive em termos de possibilidade de defesa, quando se lhe atribuía a prática de alguma infração. Segundo o mencionado dispositivo, sequer era permitido ao “menor” assistir às audiências, salvo para a instrução e julgamento de processos contra ele dirigidos e apenas durante o tempo em que sua presença se fizesse necessária.

Mendez (2006, p. 17) denuncia que, naquele modelo de justiça, mesmo as arbitrariedades eram decididas “em nome do amor” à infância. É ele, inclusive, quem aponta, precisamente, qual o problema dessa atuação do magistrado que, por vezes, confundia-se com uma espécie de sacerdócio:

Se partía aquí de la constatación, lamentablemente confirmada por la historia en forma reiterada, acerca de que las peores atrocidades contra la infancia se cometieron (y se cometen todavía hoy), mucho más en nombre del amor y la

<sup>20</sup> Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

<sup>21</sup> Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.

<sup>22</sup> Essa expressão é utilizada, em várias oportunidades, por Emílio Garcia Mendez, para designar “a existência de uma cultura que não quis, não pôde ou não soube oferecer proteção aos setores mais vulneráveis da sociedade, a não ser declarando previamente algum tipo de incapacidade e os condenando a algum tipo de segregação estigmatizante” (MENDEZ, 1994, p. 92).

compasión que en nombre de la própria represión. [...] en el amor no hay límites, en la justicia sí. Por eso, nada contra el amor cuando el mismo se presenta como un complemento de la justicia. Por el contrario, todo contra el “amor” cuando se presenta como um substituto, cínico, o ingenuo, de la justicia.

Ainda no interior da chamada “etapa tutelar” (MENDEZ, 2001, p. 24), o Código de Menores, de 1979, também seguiu a lógica de uma justiça que centralizava nas mãos do juiz um amplo poder, inclusive inquisitivo (SHECAIRA, 2008, p. 43). Importante aspecto do Código de 1979 é o conceito de situação irregular, elemento a partir do qual toda a sorte de intervenções e de medidas instituídas ou não (na medida em que o juiz poderia, com uma pequena dose retórica, criá-las) poderiam ser aplicadas aos “menores” a que se atribuía a referida condição.

Era o atributo (ou o estigma<sup>23</sup>) da situação irregular a justificativa que autorizava a intervenção do Estado na vida da criança ou do adolescente, ensejando a possibilidade de aplicação de variadas medidas, de ordem legal ou determinadas pelo juiz. O Código de Menores definia a situação irregular de forma muito ampla<sup>24</sup>, não distinguindo, inclusive, para fins de aplicação das medidas que estabelecia, entre os assim chamados “menores” infratores, abandonados ou órfãos.

Mendez (1994, p. 93), analisando detidamente a doutrina da situação irregular, denuncia que ela correspondia a “uma colcha de retalhos do sentido comum que o destino elevou à categoria jurídica”, e que tinha pouco de doutrina e nada de jurídico, denunciando que se tratava muito mais de uma justificativa para a intervenção do estado do que, propriamente, uma construção dogmático-doutrinária.

Costa (2005, p. 53) sintetizou muito bem como operava essa Justiça:

A melhor definição da prática dos juízes de menores os considerava como “bons

<sup>23</sup> A palavra estigma é empregada como uma possibilidade de compreensão do que representava a doutrina da situação irregular, na dinâmica de controle social da juventude, no Brasil. Goffman (2008, p. 15) defende a ideia de que utilizamos termos específicos de estigma, como “bastardo”, “retardado”, ou baseados em outras diferenças, como a classe social, para “explicar” a inferioridade do estigmatizado, com o que acabamos por reduzir as suas chances de vida. A ideia de “situação irregular” opera nessa perspectiva, para separar crianças e adolescentes ditos “normais” daqueles que apresentam um comportamento desviante e que, como uma espécie de negação da ordem social, representam “defeitos nos esquemas motivacionais da sociedade”.

<sup>24</sup> Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

pais de família”, “médicos”, que após o diagnóstico aplicavam o “remédio” que julgassem melhor para seus “pacientes”. Caracterizava-se, também, pela simplicidade nos ritos: nada de formalidades prejudiciais, nada de acusação e defesa, nada de diferenciação dentro da categoria de “menores”, entre delinquentes e abandonados. De outra parte, valorizava-se a indeterminação das penas e a atuação subjetiva e “afetiva” na jurisdição.

A doutrina da situação irregular funcionava como uma justificativa para uma ampla atuação do Estado, caracterizada pelo excessivo subjetivismo. Não por acaso, o próprio Código de 1979 estabelecia, em um de seus artigos, que o Juiz de Menores poderia, com base em seu “prudente arbítrio”, decidir por outras medidas que não aquelas expressamente previstas no Código.

Mendez (1994, p. 93), comentando como operava o sistema de responsabilização instituído pela legislação menorista, no Brasil, afirma que era exatamente o juiz o elemento que mais se distanciava da essência da função jurisdicional, compreendida por ele como aquela caracterizada por decidir imparcialmente os conflitos e pela sujeição estrita à lei.

Isso porque, a relação desse modelo de justiça com um autoritarismo é latente. Embora o direito de menores, baseado na doutrina da situação irregular, não tenha se originado no interior das ditaduras militares dos anos 70, adaptou-se muito bem, de acordo com Mendez (2001, p. 33) a um projeto social de máxima intervenção. E era a discricionariedade legitimada na bondade protetora, segundo ele, a “fonte preciosa” de um regime autoritário.

Mas o que acontece, quando esse regime deixa de sustentar normativamente as instâncias judiciais responsáveis pela infância e juventude e, a despeito disso, ainda é possível encontrar o velho ranço autoritário no exercício do poder decisório, em matéria infracional?

Se a doutrina da situação irregular forneceu as bases – ainda que dogmaticamente frágeis – para a construção de um paradigma de atuação judicial sobre a infância e a juventude – que elementos lhe ocuparam o lugar, quando da saída desses instrumentos legais, do plano normativo, inclusive em decorrência de seu esgotamento histórico-social?

## **2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o paradigma da proteção integral: a apuração de ato infracional, no interior do chamado Sistema de Garantias.**

O tópico anterior cuidou de apresentar algumas das principais características de legislações, no campo da infância e da juventude, anteriores ao Estatuto. As marcas apresentadas apontam para um modelo em que a informalidade, a subjetividade e o forte teor discriminatório compunham a conjuntura histórico-social e normativa do tratamento de

crianças e adolescentes.

Com o advento do ECA, muito desse cenário foi modificado. Não se pode, em absoluto, dizer que não se avançou, significativamente, na afirmação de direitos e garantias fundamentais de adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional, até então considerados pelas legislações menoristas como “delinquentes”, “menores”, “pervertidos”.

Mas, como já afirmado em momento anterior, a pesquisa insiste que a restrição de liberdade de adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional, a despeito das profundas mudanças operadas na legislação, continua experimentando o que de mais característico possuía o modelo menorista: o exercício arbitrário e subjetivo de poder, pelo magistrado.

A hipótese, nesse sentido, é a de que, na Justiça da Infância e Juventude, o jogo discricionário permanece, a despeito das alterações normativas. Que mudanças foram essas? Que paradigma é esse que se propôs a inaugurar um novo sentido para a responsabilização de adolescentes, em relação ao qual se filia o estatuto?

Responder a essas perguntas corresponde a apresentar o sentido das conquistas obtidas, a partir da Constituição de 1988 e do ECA. O desafio existente nas entrelinhas desse processo é indicar que não só as legislações sobre a infância e a juventude se atualizaram – o que, aliás, pode muito bem ser compreendido como um mecanismo de continuação de um projeto de sociedade<sup>25</sup> - como também refinaram-se as estratégias de permanência e de continuidade de um exercício arbitrário e seletivo de poder.

Para tanto, é necessário deter-se nos meandros desse sistema de responsabilização inaugurado a partir do Estatuto. Declaradamente firmado sobre as bases da doutrina da proteção integral<sup>26</sup>, a restrição de liberdade de adolescentes, no Brasil, conheceu, pela primeira vez, com o ECA, contornos objetivos.

Mas, o sentido da mudança é muito mais amplo. Ferrajoli (2001) comenta que as legislações sobre a infância e a juventude, surgidas na América Latina, na década de noventa, corresponderam a um importante processo de reformulação na relação entre direitos e infância.

E explica o argumento, a partir de duas justificativas: em primeiro lugar,

---

<sup>25</sup> Oliveira e Silva (2010) defende essa ideia. Segundo a autora, o ECA não significa a negação e a ruptura com o Código de Menores, mas é um elemento de continuidade do mesmo projeto de sociedade que forjou as modernas legislações menoristas. Para ela, o projeto de sociedade capitalista se manteve inalterado na estruturação do ECA, uma vez que ainda alicerçado na prevenção geral da “periculosidade juvenil” e no paradigma assistência/proteção.

<sup>26</sup> Já no texto do artigo 1º do Estatuto, a proteção integral de crianças e adolescentes aparece como o principal conteúdo da lei: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

superando a tradicional divisão público-privado, os direitos da criança e do adolescente deixaram o âmbito doméstico – e, portanto, não regulados pelo direito – alcançando a esfera pública e, em segundo, pelo fato de que essas leis inverteram a velha (e única) relação existente até então entre o direito e os “menores”, caracterizada pela lógica objetificadora.

É possível afirmar ainda que as disposições do Estatuto relativas à disciplina do ato infracional e da responsabilização de adolescentes representam, pelo menos, duas dimensões de mudanças, se comparadas ao modelo anterior.

Fundamentalmente, o ECA é o resultado de uma mudança nos mecanismos de produção do direito, no campo da infância e da juventude (MENDEZ, 2001). Se, antes, o objeto das legislações de menores era uma infância específica – pobre e marginalizada – a referida reforma legislativa operada no Brasil significou, pela primeira vez, a construção de um direito para outras infâncias. Ou, dizendo de outra forma, passou a enunciar direitos para uma infância integrada, enquanto destinatária da norma (SARAIVA, 2010)<sup>27</sup>.

Diferentemente das legislações de menores, no interior das quais a preocupação com a delinquência atravessava a quase totalidade das disposições normativas, a disciplina do ato infracional, no ECA, é apenas um dos muitos aspectos regulamentados. O sistema de responsabilização pressupõe, antes, uma série extensa de direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes e, não bastasse, corresponde a apenas um dos subsistemas criados pelo ECA, através do chamado Sistema de Garantias<sup>28</sup>.

Além disso, Ferrajoli (2001) aponta o outro traço significativo das legislações sobre a infância surgidas na década de noventa, na América Latina, quanto ao seu conteúdo. Segundo ele, essas leis diferenciam-se das anteriores em função da valorização da forma jurídica.

---

<sup>27</sup> Embora se possa concordar com a ideia de que o ECA reformulou a cisão entre infâncias, ou seja, entre aqueles que estavam em situação regular e os que, diversamente, encontravam-se sob o estigma da irregularidade, a ideia de que há uma infância única, integrada, como titular de direitos e garantias, não prospera diante do próprio Estatuto. Nesse sentido, é a crítica de Melo (2011, p. 25), para quem o ECA não foi suficiente para reformular a lógica com que crianças e adolescentes em situação de rua recebe(ra)m atenção do Estado. De acordo com ele: “Se crianças e adolescentes em situação de rua tinham lugar preeminente na doutrina da situação irregular, é sintomático o quanto eles foram praticamente esquecidos na Convenção [...]. O quadro foi o mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA. Acreditou-se, talvez, que a superação da visão de crianças e adolescentes a partir de suas vulnerabilidades e necessidades, como ‘menores’, para enxergá-los por seus direitos, poderia assegurar um novo patamar de garantias. [...] Não foi, contudo, isto o que ocorreu”.

<sup>28</sup> O Sistema de Garantia de Direitos (SGD) corresponde a um sistema geral de proteção de direitos de crianças e adolescentes, instituído a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dele fazem parte uma série de subsistemas que tratam, cada um, de contextos e situações peculiares. Inclui-se no SGD mecanismos que regem políticas sociais básicas, de assistência social, de proteção especial, de justiça e também de atendimento socioeducativo para adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) é o subsistema do SGD que congrega os princípios, regras e critérios que regem a dinâmica do atendimento socioeducativo, neste trabalho referido como sistema de responsabilização.

A informalidade de procedimentos e o “prudente arbítrio” do juiz deixaram de ser os elementos em torno dos quais se articula qualquer intervenção sobre crianças e adolescentes, o que, para Ferrajoli (2001), torna o ECA uma legislação incomparavelmente menos grave e mais respeitosa em relação ao adolescente que o velho sistema pedagógico e arbitrário.

A valorização da forma constitui um elemento chave para o debate que se pretende apresentar neste tópico. Como afirmado no tópico anterior, ainda com apoio em Mendez (1994), se a doutrina da situação irregular sequer possuía densidade teórica e jurídica, a doutrina da proteção integral chega como um contingente normativo complexo e, onde não havia quase nada além de uma ideologia legitimadora da intervenção sobre a juventude pobre, passou a surgir e a se consolidar uma série de formas, garantias, direitos e disposições relativas à restrição de liberdade de adolescentes.

Não há como compreender a sistemática criada pelo ECA sem os aportes da doutrina da proteção integral e do que ela representa no panorama normativo sobre a infância e a juventude. Mas, considerando os muitos aspectos a ela ligados, serão abordados apenas aqueles que, no interior da referida doutrina, guardam relação com a disciplina do ato infracional e, mais especificamente, que criam barreiras para a redução da discricionariedade na restrição de liberdade de adolescentes.

Foi a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente<sup>29</sup> o documento que consagrou as principais características de um modelo de responsabilização pela prática de atos infracionais, tal como adotado posteriormente pelo Estatuto. A legalidade como pressuposto para a apuração de ato infracional – aliás, antes disso, para sua definição – corresponde a um dos principais aspectos desse novo modelo<sup>30</sup>.

Não há como compreender a proteção integral, no âmbito da responsabilização de adolescentes pela prática de ato infracional, sem partir da ideia de que qualquer intervenção sobre direitos e liberdades de adolescentes conta com limitações de ordem jurídica. A adoção de um modelo de responsabilização que só pode ser acionado diante de uma possível prática de um ato que a lei considere como crime ou contravenção penal foi um dos principais movimentos de racionalização da intervenção do estado, no campo da infância e da juventude.

Embora, no tópico seguinte, discuta-se como, a despeito da legalidade e dos

---

<sup>29</sup> Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e promulgada no Brasil através do Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

<sup>30</sup> Dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, no artigo 37, b, que “nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo em que for apropriado”.

limites previstos no ECA, é frequente a restrição de liberdades, para além das hipóteses descritas na lei, contrariando (negando) a sistemática de aplicação de medidas socioeducativas, a mudança no dispositivo de acionamento do sistema de responsabilização, operada pelo ECA, é significativa: da larga e imprecisa “situação irregular”, passou-se à apuração de ato infracional, nos termos da lei.

Isso não significa que não haja problemas com a forma como o ECA abriga a legalidade. Ao remeter o intérprete à legislação penal, o Estatuto poderia ter sido mais explícito, em benefício do referido princípio (BERGALLI, 2000). Isso porque, quando o artigo 103 da lei simplesmente menciona que ato infracional é a conduta que a lei penal considera como crime ou contravenção, falta à referida legislação, ao menos expressamente, uma outra dimensão da legalidade, que se constitui não só como um filtro punitivo, como também representa um enorme ganho de racionalidade: a estrita legalidade.

O que legitima o acionamento de um sistema punitivo, em um Estado Democrático de Direito, não é apenas o que decorre da mera legalidade, ou seja, da edição formal de uma norma jurídica, mas, sobretudo, a conduta que permanece sendo punível em termos de uma estrita legalidade, que corresponde aquela que também dá conta de excluir tipos penais que não se referem propriamente a fatos, mas diretamente a pessoas (FERRAJOLI, 2002)<sup>31</sup>, o que, aliás, constitui, historicamente, a frequente intervenção punitiva sobre a juventude.

Adiante, a pesquisa abordará como os limites da legalidade, na contenção do poder punitivo operado pelo ECA, também merecem uma revisão, desde uma mirada hermenêutica. Não para negar, evidentemente, as conquistas que ela opera em termos de racionalidade e de contenção do poder punitivo, mas para compreender os seus limites (ROSA, 2011).

A medida socioeducativa de internação não é o único resultado possível do processo para apuração de ato infracional. De acordo com Santos (2001), a política de proteção integral da juventude propõe dois grupos de medidas socioeducativas: as não privativas de liberdade, que correspondem à advertência (artigo 115), obrigação de reparar o dano (artigo 116), prestação de serviços à comunidade (artigo 117) e liberdade assistida

---

<sup>31</sup> Mera legalidade e estrita legalidade são formulações teóricas desenvolvidas por Ferrajoli (2002). Embora o mencionado autor não constitua, propriamente, o referencial teórico a partir do qual o problema da discricionariedade é abordado na presente pesquisa, não se pode deixar de considerar que, em se tratando de racionalização do poder punitivo, as contribuições de Ferrajoli são fundamentais. A formulação do princípio da legalidade, na obra do mencionado autor, conta com alto grau de detalhamento, tendo sido mencionado apenas uma chave de compreensão para as fragilidades do ECA, em termos de legalidade. Outrossim, como argumentam Rosa e Lopes (2011), o garantismo penal de Ferrajoli, a despeito de suas limitações, corresponde a um importante caminho para o avanço democrático do sistema infracional.

(artigo 118); e as privativas de liberdade, que são as medidas de semiliberdade (artigo 120) e de internação (artigo 121).

Apesar da diversidade de medidas previstas e de certa gradação entre elas, que podem ser deduzidas a partir de suas definições legais, o Estatuto deixou de estabelecer, com maior cuidado, as suas hipóteses de aplicação, salvo para a medida de internação, que possui o regramento do artigo 122, que adiante será melhor abordado.

Eis aqui um dos sintomas de continuidade com o modelo anterior. Apesar de ter centralizado o conceito de ato infracional como dispositivo para acionar o sistema de responsabilização, através de um processo para apuração de ato infracional, o magistrado continua dispondo das medidas aplicáveis, com elevado grau de discricionariedade.

Nem mesmo a entrada em vigor da lei 12.594/2012, que disciplinou a execução das medidas socioeducativas reformulou esse cenário. Não bastasse, algumas delas têm suas hipóteses de cabimento, na prática, contornos muito questionáveis. A reparação do dano, por exemplo, pode ser descartada muito facilmente diante da pobreza do adolescente criminalizado, ou ainda, a prestação de serviços à comunidade pode ser negada, diante da falta de programas ou entidades de prestação de serviços (SANTOS, 2001), assumindo, cada vez mais, as medidas privativas de liberdade, o protagonismo do sistema de responsabilização.

Outra significativa mudança em relação ao modelo anterior diz respeito à garantia judicial (*nulla poena sine legali iudicio*). Ela corresponde ao direito de ser julgado por um juiz competente, predeterminado pela lei e mediante o devido processo legal infracional. A valorização da forma, a que se referiu Ferrajoli (2001) ao comentar a estrutura das legislações da infância, na América Latina, encontra na referida garantia, uma das significativas mudanças em relação à informalidade do modelo anterior.

Nesse aspecto, a decisão judicial também se (re)significa. Se, antes, o “Juiz de menores” concentrava um arsenal diversificado de possíveis justificativas para a restrição de liberdade de um adolescente; a garantia judicial, que implica uma série de outras consequências, tais como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, aliada ao critério de verificação da prática de ato infracional, transformou a decisão em um espaço vinculado: a internação pressupõe fundamentação exaustiva e plenamente vinculada.

Em tópico seguinte deste capítulo será, ainda, discutido o que se encontra na base, ou dizendo de outra forma, no princípio da restrição de liberdades, no interior do sistema de responsabilização. Sendo excepcional a aplicação da medida socioeducativa de internação, disso decorre algumas consequências para o encadeamento de argumentos na decisão judicial, de tal forma que a interpretação realizada pelo magistrado sobre o ato infracional, as provas

produzidas e as hipóteses legais de aplicação de medidas passam a se relacionar em um contexto muito mais complexo, em termos de fundamentação.

O conceito de proteção integral forja-se nesse contexto de racionalização da intervenção estatal sobre crianças e adolescentes. Liga-se, fundamentalmente, a todo um processo, inclusive normativo, de criação de barreiras e constrangimentos às instituições, dentre elas o Poder Judiciário – a fim de assegurar a efetividade de direitos e garantias fundamentais de indivíduos que, historicamente, foram compreendidos e tratados, sob a condição de objetos de tutela do Estado.

Muitas das intervenções arbitrárias ainda hoje produzidas, através dos variados mecanismos da Justiça da Infância e da Juventude, tentam encontrar suporte na ideia de proteção integral. Mas, fazem-no a partir de um conceito de proteção completamente desvinculado dessa trajetória social e normativa que se desenha mais acentuadamente a partir da década de 80. Como será possível debater, isso resulta de uma leitura fortemente discricionária de um conceito que não se revela, não aparece, não se concretiza, apenas no terreno semântico.

Dado que proteção é palavra que guarda variadas acepções, desde logo é válido o alerta de que é necessário compreender esse contexto em que se constrói, historicamente, a proteção integral, sob pena de se subverter o sentido de efetivação de direitos de crianças e adolescentes, em função de uma permanente atualização da lógica de uma proteção assujeitadora, objetificadora e (só)negadora de direitos, que nada tem a ver com a própria construção da doutrina da proteção integral, enquanto discurso de direitos.

### **2.3 A determinação da medida socioeducativa de internação: quando (não) é possível internar?**

Como afirmado anteriormente, o critério para aplicação das medidas socioeducativas é definido no Estatuto, no artigo 103. Trata-se da prática de ato infracional que, segundo o referido dispositivo, corresponde à conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Tendo em vista que, dentre as variadas medidas aplicáveis, interessa-nos – porque objeto da pesquisa – discutir em que condições é possível determinar (ou não) o cumprimento de medida de internação a um adolescente a que se atribua a prática de ato infracional, o presente tópico dedica-se a compreender quais os limites, ou de que forma é possível a aplicação da medida de internação.

Importa, antes, ressaltar, que a medida de internação, diferentemente das demais, possui um regramento específico, no que diz respeito ao elenco de critérios previamente estabelecidos para a sua aplicação. Ou seja, enquanto as demais medidas, embora definidas no texto legal, não contem com hipóteses expressamente indicadas de aplicação regulamentadas no Estatuto<sup>32</sup> – e, portanto, sujeitas a maiores espaços de discricionariedade do juiz – a medida de internação deve(ria) ser aplicada com base no elenco de hipóteses previsto no artigo 122.

Estabelece o referido dispositivo que:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

[..]

Apesar do artigo incluir expressões amplas, do ponto de vista semântico, tais como “infrações graves”, ou “descumprimento injustificável”, o que poderia, segundo algumas perspectivas teóricas<sup>33</sup>, justificar a discricionariedade, a determinação da medida de internação se orienta pelo princípio da excepcionalidade como, aliás, dispõe expressamente o artigo 121, *caput*, do ECA.

Disso decorre, pelo menos, duas consequências: a de que a medida de internação deve ser aplicada exclusivamente nas hipóteses descritas nos incisos do artigo 122 e a de que, mesmo em se tratando de um caso que se enquadre na referida casuística legal, não necessariamente a medida de internação deva ser aplicada ao adolescente, haja vista a possibilidade de – a depender do caso concreto – ser suficiente a aplicação de quaisquer das outras medidas previstas no Estatuto.

Isso não significa dizer que as outras medidas possam ser aplicadas, a despeito de um dever constitucional de fundamentação da decisão (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988). O que interessa é alertar para o fato de que, mesmo em se tratando de um ato

---

<sup>32</sup> De acordo com o artigo 112 do ECA, uma vez verificada a prática de ato infracional, o juiz pode aplicar ao adolescente as seguintes medidas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, além de algumas medidas de proteção elencadas no artigo 101, I a VI. A disciplina legal de boa parte dessas medidas é extremamente precária, não havendo definições claras quanto às suas hipóteses de aplicação, ficando, pois, sob critério do magistrado, desde que atendida a exigência do artigo 114, quanto à prova de autoria e materialidade, a determinação de quaisquer das medidas.

<sup>33</sup> Isso ainda será abordado, mais detidamente, em capítulo posterior. Como aponta Streck (2013), a discricionariedade, no direito, liga-se a um modelo de compreensão, o que o autor chama de paradigma, que se limita a resolver o problema da interpretação e dos sentidos, nos limites de uma superfície sintático-semântica. Como se o intérprete, para dar conta de interpretar, fosse o responsável por extrair significados previamente dados, existentes, intrínsecos às palavras, como se elas carregassem sentidos prévios a serem apenas descobertos, através de procedimentos metodológicos de interpretação.

infracional que preencha alguma das hipóteses do art. 122 do ECA, há que se fundamentar a necessidade, o cabimento e a excepcionalidade da internação, para muito além do mero enquadramento do ato infracional atribuído ao adolescente a alguma das referidas hipóteses legais.

Nesse sentido, é a defesa de Mendez (1994, p. 112):

Além do caráter inequívoco destas disposições [incisos do artigo 122, do ECA], estas deveriam ser interpretadas à luz do §2º do artigo 122, considerado de forma específica. Pode-se afirmar que esta última disposição “inverte o ônus da prova”, obrigando o juiz a demonstrar, fundamentalmente, os motivos que impossibilitaram a aplicação de uma medida diferente da internação.

No capítulo seguinte, será possível visualizar, a partir das decisões, como há verdadeira inversão dessa lógica: enquanto, nos termos da lei, é a restrição de liberdade que deve ser justificada, o que acontece, com frequência, é uma transferência do ônus de prova para o adolescente, como se ele fosse o responsável por produzir prova que justifique ou legitime a sua colocação em liberdade. Excepcional deixa de ser a restrição e passa a ser a própria liberdade, que demanda, no interior do processo para apuração de ato infracional, prova e fundamentação exaustivas.

A restrição de liberdade do adolescente – como qualquer limitação dessa ordem, em um Estado Democrático de Direito – por evidente, não pode resultar de um processo “automático” de aplicação de um dispositivo legal. O dever de fundamentação – adiante melhor discutido, a partir dos necessários aportes hermenêuticos – não se esgota na tarefa de encontrar um dispositivo legal que funcione como uma capa de sentido ou uma espécie de álibi de fundamentação para o caso concreto.

A excepcionalidade, ressalte-se, é a do cabimento da aplicação da medida de internação. Em várias decisões judiciais, é possível identificar uma espécie de “legitimação excepcional” da medida de internação, para alcançar hipóteses completamente desvinculadas dos referidos dispositivos legais – e mais, afastando-se da normativa voltada para a proteção de direitos fundamentais de adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional e das garantias constitucionais de todo acusado – como se o princípio da excepcionalidade, no Direito Infracional, existisse como uma autorização para o órgão julgador ir além das hipóteses previstas em lei, ao aplicar a medida de internação “excepcionalmente”, em situações para as quais existem respostas outras.

É o caso, por exemplo, da aplicação de medida de internação para adolescentes envolvidos em tráfico de entorpecentes, sob o argumento de que este ato infracional enquadra-se na hipótese do inciso I, do artigo 122, por existir, na espécie, um violência presumida contra a sociedade, ínsita ao ato de comercializar substâncias ilícitas, por exemplo,

ou que, mesmo reconhecendo a impossibilidade de internar um adolescente, com base na gravidade abstrata da conduta, decide pela internação, a partir de argumentos completamente desvinculados das hipóteses de imposição da medida.

É o que se verifica no julgamento do HC nº 277.627 – SP (Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 23/05/2014), em que o STJ determinou a internação do adolescente, pelo envolvimento em ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, em função de critérios outros que não aqueles previstos no referido artigo. Eis a ementa:

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. "HABEAS CORPUS" NÃO CONHECIDO.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso de "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recurso e nem sequer para as revisões criminais.
2. A teor do art. 122, da Lei nº 8.069/60, a medida socioeducativa de internação só deverá ser decretada se o ato infracional ocorrer mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento repetido e injustificável da anteriormente imposta.
3. Na hipótese, a internação foi aplicada em razão das peculiaridades do caso concreto, tendo sido destacado que o menor é usuário de drogas, não tem suporte familiar, abandonou os estudos e está envolvido com o meio criminoso, aliado ao fato da quantidade da droga apreendida em seu poder - 35 (trinta e cinco) invólucros de "crack" -, circunstâncias que justificam a imposição da medida extrema, além de estar respondendo a outros tantos atos infracionais.
4. Não há de falar em aplicação do disposto no art. 33, §, da Lei nº 11.343/2006 porque adolescente não comete crime e nem recebe pena. Inviável a aplicação de analogia para situações jurídicas infungíveis.
5. "Habeas corpus" não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

Na fundamentação, o Ministro aduziu que a medida foi aplicada em função das peculiaridades do caso concreto, para a proteção do menor. Assim, embora o ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas não seja cometido mediante violência ou grave ameaça, a aplicação da medida resultou de uma análise de aspectos pessoais do adolescente, sob a justificativa de que a internação deve cumprir a finalidade de proteger o adolescente. Aduziu o Ministro:

Como visto, a medida socioeducativa de internação foi aplicada em razão das peculiaridades do caso concreto para a proteção do menor (o que afasta a meu ver a incidência do verbete nº 492, da Súmula desta Egrégia Corte Superior), tendo sido destacado que ele é usuário de drogas, não tem suporte familiar, abandonou os estudos, está envolvido com o meio criminoso, aliado ao fato da quantidade de droga apreendida em seu poder - 30 (trinta) invólucros de "crack" e 4 (quatro) de maconha - circunstâncias que justificam a imposição da medida extrema, além de estar respondendo a outros atos infracionais. Ante o exposto, diante da inexistência de constrangimento ilegal, **NÃO CONHEÇO** do *habeas corpus*.

Não bastasse, a decisão esquivou-se de enfrentar uma tese defendida pelo impetrante e que guarda relação com a própria possibilidade de aplicação de medida de internação. Tratava-se da alegação de que, no caso, poderia ser utilizado como critério de

imposição de medida, o disposto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, para permitir resposta mais branda do que a medida de internação, aplicada pelo juízo a quo.

O dispositivo em comento traz uma causa de redução de pena, desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A par das discussões sobre a objetividade dos referidos critérios, o que interessa apontar é a justificativa utilizada na decisão acima mencionada, para sequer enfrentar a possibilidade de aplicação do referido dispositivo, no caso concreto. Aduziu o relator:

Não há de falar em aplicação do disposto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 porque se trata de um redutor para pena aplicada ao crime de tráfico de drogas. E adolescente não comete crime e nem recebe pena. Logo, inviável a aplicação de analogia para situações jurídicas infungíveis.

Causa um verdadeiro mal-estar receber, como provimento jurisdicional, uma decisão que utiliza, com ares de fundamentação, um argumento dessa ordem. Porque, muito provavelmente, o impetrante tinha ciência de que direito penal, direito infracional, crime, ato infracional, por certo, não são conceitos semelhantes, no interior da dogmática jurídica.

Mas a defesa pela aplicação de um dispositivo que reduz a pena para o crime de tráfico de drogas, no âmbito do Direito Infracional, por uma série de razões, não é “simplesmente” inviável, como pretende a decisão. A aplicação de medida socioeducativa rege-se, como não poderia deixar de ser, pelo princípio da legalidade. Uma das mais importantes consequências disso é a impossibilidade de um adolescente receber resposta estatal mais gravosa do que um adulto, para uma dada infração. Se o critério de determinação da responsabilidade do adolescente passou a ser a prática de ato infracional que, nos termos da lei, é a conduta que guarda rigorosa identidade com o crime ou a contravenção penal, por qual razão um adulto recebe um benefício da lei, no caso do crime de tráfico de drogas, e o adolescente dele não pode se valer, sob o veredicto (óbvio) de que sua conduta – infracional – não é crime e, portanto, não autoriza o benefício?

Que Direito Penal e Direito Infracional não se confundem, inclusive, é exatamente a razão pela qual a não inserção de adolescentes no sistema penal formal deve(ria) impor, segundo Carvalho e Weigert (2014, p. 97), “critérios normativos mais rígidos de interpretação das garantias para aplicação de respostas sancionadoras”. Em outras palavras, significa que não assiste razão para a restrição de direitos e garantias que orientam as formas de responsabilização penal dos adultos, em relação aos adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional.

Ainda que se admita por certo o raciocínio sedimentado na referida decisão,

quanto ao fato de que não são semelhantes os institutos (medida socioeducativa x pena / direito penal x direito infracional), não se estava a pleitear o reconhecimento de qualquer semelhança. Antes, tratava-se de uma questão de paridade de tratamento. E esta tem assento constitucional, inclusive. É da própria Constituição que decorre a existência de um sistema diferenciado de responsabilização, que atente para a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, bem como para a proteção absoluta e prioritária da criança e do adolescente<sup>34</sup>.

Se não se aplica causa de redução de pena, sob o fundamento de que adolescentes não cometem crime, bem diverso é o entendimento do mesmo Tribunal quando se trata de uma causa de aumento. No julgamento do HC nº 298.931 – SP (Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 09/10/2014), meses depois da apreciação do caso anteriormente mencionado, o Tribunal confirmou a incidência de uma causa de aumento de pena, prevista no artigo 157, §2º, I, do Código Penal, relativa ao emprego de arma de fogo, para um adolescente a que se atribuía a prática de ato infracional análogo ao crime de roubo circunstanciado, previsto no artigo 157, §2º, do Código Penal, cuja incidência aliás, seguindo orientação do próprio Tribunal, foi determinada, no caso, apenas em função do que declarou a vítima, o que foi considerado, pela Relatora, como prova suficiente para ensejar a aplicação da referida causa de aumento.

Relativiza-se, assim, as circunstâncias do ato infracional praticado. As que ensejam maior rigor punitivo entram no jogo e são consideradas. As que atenuam, ignoradas, a partir de verdadeiras blindagens na fundamentação, como a que simplesmente aparta direito penal e direito infracional, como se a leitura de ambos não estivesse, necessariamente, radicada no que estabelece a mesma Constituição, em termos de direitos e garantias fundamentais.

Note-se, ainda, que, em se tratando de ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas, é possível reconhecer uma possibilidade de aplicação de medida de internação, como o descrito no primeiro julgado. E ela se materializa na hipótese do inciso II, do artigo 122, qual seja, a de reiteração na prática de atos infracionais de “natureza grave”. Antes disso,

---

<sup>3434</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§3º o direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

criar a figura da violência presumida, para o delito de tráfico de entorpecentes, ou aplicá-la em função de uma suposta finalidade protetiva, como fez o Ministro Relator é estratégia de antecipação da resposta estatal mais gravosa, ao arrepio de um dos mais importantes vetores de racionalidade do sistema de responsabilização de adolescentes, que é o princípio da excepcionalidade da internação.

É como afirma Santos (2001, p. 91), sobre a “lógica diabólica” que rege a aplicação da medida de internação nas práticas judiciais brasileiras:

As inversões da prática judicial são parte daquela lógica diabólica: a medida de internação – inaplicável se existir outra “medida adequada” (art. 122, §2º) –, torna-se o carro-chefe das medidas “sócio-educativas”, substituindo todas as outras, sem ser substituída por nenhuma, como se as hipóteses de internação (infração com violência, reincidência e descumprimento injustificado de medida anterior, art. 122) fossem suficientes por si mesmas, independente da ausência de outra medida adequada, como exige a lei. Por outro lado, a internação provisória, também condicionada à demonstração de “necessidade imperiosa”, virou rotina burocrática sem prazo determinado e, em infrações leves, aplicada como castigo puro e simples: vencido o prazo, o adolescente é liberado. Na prática judicial, os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito ao adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 121), com raras exceções, são ignorados.

A respeito dos critérios legais previstos no artigo 122 do ECA, Costa (2005) comenta que os referidos dispositivos têm – pelo seu caráter vago – permitido a adoção de diversos critérios na aplicação da medida de internação, o que acaba estendendo o cabimento da referida medida.

Embora se possa concordar com a tese de que os limites semânticos dos dispositivos elencados no ECA são abertos – inclusive, porque, do ponto de vista hermenêutico, as palavras não prendem sentidos – a pesquisa segue um caminho de investigação a partir de uma matriz teórica que permite compreender que as limitações na aplicação da medida socioeducativa são de outra ordem, que não estritamente semântica.

Ou seja, a despeito da indeterminação das expressões utilizadas nos critérios legais de aplicação da medida, nem toda resposta cabe. Existem outros caminhos de constrangimento da interpretação judicial, que estão para além do nível semântico dos enunciados da lei.

No capítulo seguinte deste trabalho, a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça, será possível perceber como as decisões em matéria infracional e, especificamente, que determinam medidas socioeducativas de internação, não raro, desvinculam-se de toda a discussão de fundo, acerca da excepcionalidade, da brevidade, das garantias processuais e dos direitos fundamentais, necessariamente envolvidos na apuração de um ato infracional, e elegem critérios outros, dando ares de legitimidade a decisões que, em última análise, equívaram-se do dever de fundamentar.

## 2.4 A interpretação judicial e a crise: a discricionariedade na decisão infracional.

Quem diz o que diz o ECA? A pergunta não é tão performática quanto parece, em uma primeira leitura. É que a concretização dos sentidos, no direito, não é tarefa simples. Se assim o fosse, as mudanças indicadas nos tópicos anteriores representariam, em grande medida, a conquista que ainda hoje não se efetivou: a ruptura com o modelo discricionário de responsabilização de adolescentes.

Há, de fato, uma crise de interpretação. Em muitas decisões judiciais, “proteção integral”, por exemplo, é justificativa que ora serve à inquisitorialidade de um “bem” que não admite defesa e ora se presta à efetiva afirmação de direitos e garantias fundamentais. Como se servisse a dois senhores.

A discricionariedade do juiz é sintoma dessa crise. Embora não se negue que uma série de aspectos estejam ligados à permanência de um exercício arbitrário de poder, é necessário deter-se no que ela representa, propriamente, no interior da jurisdição infracional.

Para tanto, uma série de possibilidades teóricas dão conta de explicar ou de justificar a sua ocorrência. No direito infracional, mais especificamente, algumas perspectivas de compreensão se consolidaram e, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento teórico do problema. Duas delas merecem um breve destaque.

A primeira centraliza, no plano legal, o debate sobre a interpretação judicial. Para essa perspectiva, o problema da discricionariedade deve ser tomado a partir de onde, no Direito, suposta e aparentemente residem os sentidos: as palavras da lei. É o caso da tese de Sposato (2013, p. 130), para quem,

Na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica evidente o papel crescente do juiz na elaboração do direito, tendo em vista inclusive a textura aberta da legislação e a presença marcante de princípios que carecem de maior regulamentação ou preenchimento de sentido, labor que o legislador deixou a cargo do juiz.

Os princípios jurídicos da normativa sobre a infância e juventude, nesse contexto, também contribuiriam para agravar o quadro. Sposato (2013, p. 133) continua o argumento, defendendo a tese de que “os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses”, cabendo ao juiz “legislar” diante do elevado número de princípios estatutários não regulamentados.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a discricionariedade permanece, a despeito das mudanças legais, porque a estrutura do ECA manteve a utilização de expressões vagas ou ambíguas.

Se os Códigos de Menores (ab)usavam de expressões genéricas, tais como

“situação irregular”, “menor abandonado, perverso, ou em perigo de o ser”, “menor profundamente vicioso”, “família manifestamente má”, o ECA também possui um arsenal de palavras e expressões que – do ponto de vista semântico – carrega(ria)m várias possibilidades interpretativas, tais como “proteção integral” ou “motivos sérios e fundados de prejudicialidade aos interesses do adolescente”.

De outro lado, há autores que entendem ser a discricionariedade não uma questão de natureza técnica, mas cultural. É o caso de Mendez (2006), que defende a hipótese de que há uma cultura menorista que resiste socialmente e que dá abrigo às intervenções discricionárias, no âmbito das instituições, dentre elas o Poder Judiciário.

Para o citado autor, as decisões judiciais afastam-se da efetivação de direitos e garantias fundamentais e desconectam-se de um sentido democrático, porque há juízes que repristinam a velha cultura subjetivista e autoritária da justiça de menores.

Seguindo essa tese, Saraiva (2010, p. 290) defende que o novo direito da criança e do adolescente exige um novo juiz. Para ele “se não existir esse novo juiz, apto a operar este novo direito, novo direito não existirá, pois ao Juiz compete dar eficácia às normas”.

A presente pesquisa, embora reconhecendo a importância desses autores em relação ao enfrentamento do problema da discricionariedade na justiça infracional, segue um caminho diferente. Antes de torná-lo explícito, há as razões pelas quais se distancia dessas hipóteses de abordagem do problema.

O texto do Estatuto, de fato, abriga expressões vagas, princípios, conceitos indeterminados. A disciplina legal do ato infracional, inclusive, é atravessada por termos que, do ponto de vista semântico, permitem várias possibilidades de interpretação (ato infracional de “natureza grave”<sup>35</sup>, por exemplo). Mas isso não significa que qualquer sentido possa ser dado à referida legislação. E mais: que qualquer decisão possa ser proferida.

Embora isso seja abordado com maior profundidade em capítulo posterior, a pesquisa assume a ideia de que a atribuição de sentido não é um fenômeno que se esgota no acertamento semântico das palavras. Inclusive porque encara a linguagem não como objeto que se manipula, mas como condição de possibilidade que antecipa e constitui sentido.

Isso significa que, a despeito dos termos imprecisos da lei – e é necessário que se

---

<sup>35</sup> O que, não raro, acaba gerando possibilidades de aplicação da medida socioeducativa de internação, em situações para as quais um adulto sequer teria como consequência a forma mais grave de privação de liberdade. Saraiva (2010) critica a sistemática adotada no Estatuto, por permitir, em tese, a internação de um adolescente, na hipótese do artigo 122, inciso I, em casos de lesão corporal leve (violência à pessoa), colocando o adolescente em absoluta desvantagem em relação a um adulto, sobretudo em face do que estabelece a Lei 9.099/05. Apesar da crítica, entende-se que a aplicação da medida não pode decorrer de uma exegese literal do referido dispositivo, sob pena de se estabelecer consequência mais gravosa a um adolescente, do que a um adulto.

diga que as palavras não carregam sentidos prévios – a interpretação não é processo que desliza sem constrangimentos, ou que resulta de uma mera escolha. Se o problema da discricionariedade for tomado exclusivamente a partir dos limites semânticos das palavras, o processo de interpretação se transforma em uma busca totalitária pelos sentidos aparentemente nelas ocultos.

O paradigma da proteção integral, já no próprio nome, traz duas palavras que estão longe de guardarem um sentido taxativo. Aliás, apenas para indicar o perigo de buscar sentidos, a partir de abordagens estritamente semânticas, desvinculadas de um fundo hermenêutico, é válido mencionar o conceito do referido paradigma apresentado por Pereira (2008, p. 24), para quem o “o termo proteção pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem, isto é, basicamente, um ser humano que tem necessidade de outro ser humano”. Até aqui, (quase) nada demais. Mas o conceito continua:

**Obviamente**, este segundo ser humano deve ser mais forte que o primeiro, pois deve ter capacidade para protegê-lo. Como corolário **lógico**, a proteção pressupõe uma desigualdade (um é mais forte que o outro) e uma redução real da liberdade do ser humano protegido: ele deve ater-se às instruções que o protetor lhe dá e é defendido contra terceiros (outros adultos e autoridade pública) pelo protetor (grifos meus).

Pronto. Se um conceito dessa ordem puder determinar a tônica de um complexo paradigma de compreensão sobre a infância e a juventude, como é o caso da proteção integral, as condições para a sua negação estão dadas. Quando o artigo 1º do ECA dispõe que aquela norma se destina à proteção integral, significaria, a partir desse conceito, que a “redução real da liberdade” de um adolescente estaria plenamente conformada e justificada em função da “proteção” assujeitadora que lhe confere o Estado (mais forte).

Proteção integral, caso se prestasse a acentuar a desigualdade entre o Estado (e seus mecanismos de intervenção) e os adolescentes, seria mais-do-mesmo, na história da infância e da juventude, no Brasil. Como afirma Ferrajoli (2001), os direitos e as garantias constituem sempre a lei do fraco contra a lei do mais forte<sup>36</sup>. E o sentido de proteção integral, de modo algum, é reforçar a debilidade do mais fraco, no caso, crianças e adolescentes, em detrimento da força protetora do mais forte. Todo o contrário.

Há que se tomar como pressuposto o fato de que a interpretação jurídica demanda

---

<sup>36</sup> Em “Direito e Razão”, Ferrajoli (2002, p. 271) comenta que relação guarda o garantismo com a tutela dos direitos e garantias fundamentais dos mais fracos: “Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário”.

muito mais do que um bom glossário. Além disso, embora não se possa negar o argumento da cultura menorista, até porque as representações sociais objetificadoras da infância e da juventude permanecem disputando espaço na significação das práticas institucionais (PINHEIRO, 2006), como também pelo fato de que há uma cultura punitiva que reforça a suposta necessidade de enrijecimento em relação à criminalidade juvenil<sup>37</sup>, o problema da discricionariedade também não pode ser tomado exclusivamente como um aspecto cultural.

Isso porque, essa perspectiva de compreensão, embora ofereça uma justificativa para a discricionariedade, é também o argumento que pouco ou quase nada diz sobre como ela efetivamente se dá, como ela opera, que prejuízos concretamente suportados por adolescentes, no interior do sistema de responsabilização dela decorrem.

Além disso, a ideia de uma cultura menorista está atrelada a um modelo de compreensão que situa na consciência do juiz, o lugar da atribuição de sentidos, ou dizendo de outra forma, que torna o problema hermenêutico refém de uma suposta razão assujeitadora do intérprete.

Ressalte-se que não se trata de negar que juízes são seres-no-mundo e que, portanto, experimentam-no, inclusive, em termos culturais. O que a pesquisa pretende debater é que, a despeito de juízes não decidirem a partir de um “grau zero de sentido” (STRECK, 2009) e de não serem neutros, as condições para que uma decisão judicial possa ser dada não são arbitrária e subjetivamente determinadas pelos intérpretes, ou por aquilo que compartilham, em termos sociais e culturais.

A presente pesquisa segue um caminho diferente. Objetiva pensar a referida crise, não a partir de justificativas ou argumentos que estejam, difusamente, para além da própria interpretação realizada pelo juiz, como é o caso do argumento cultural. Mas também rejeita a perspectiva que sufoca o problema da interpretação, como se ele fosse um problema estrito de técnica jurídica.

A crise é de interpretação e, pois, é no confronto com isso que caracteriza, propriamente, esse cenário, que se debruça a investigação: o que é interpretar? O que está em questão é saber em que condições o magistrado da infância decide um caso e quais os prejuízos que decorrem de uma interpretação descolada, arbitrária, que rejeita até o que o

---

<sup>37</sup> Em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, nos anos de 2005 e 2006, revelou-se a inclinação dos juízes de primeira instância pela expansão da tutela punitiva. De acordo com a pesquisa, boa parte dos entrevistados demonstrou-se totalmente favorável ou favorável à diminuição da idade de imputabilidade penal (61%), ao aumento do tempo de internação de menores em conflito com a lei (75,3%), bem como ao aumento das hipóteses de internação de menores (73,8%). Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em: 05 de março de 2015.

estatuto antecipa em termos de expectativa de sentido, ainda que o seu texto não prenda, efetivamente, significados.

Decidir um caso é atividade interpretativa. Atravessada por tantos e tão variados aspectos, que se torna uma tarefa muito questionável propor mecanismos de superação dessa tal crise, sem antes ter, em maior profundidade, com isso que se pode chamar de interpretação.

Quem é o intérprete e como ele participa desse processo de concretização de sentido? É o texto da lei um objeto, disponível ao arbítrio do sujeito? O sentido é algo que se pode encontrar previamente fixado em algum lugar? O que é, pois, a discricionariedade, nesse contexto, e o que ela tem de ligação com todo esse cenário em que acontece a interpretação? Há diferença entre interpretar e aplicar? Não seria a crise de interpretação uma crise de aplicação?

A tarefa decisória do juiz é uma atividade do mundo prático. Em uma leitura muito apressada, poder-se-ia considerar que a abordagem de um problema tão específico como a discricionariedade na aplicação de medida socioeducativa de internação, a partir de um referencial filosófico, como o adotado nessa investigação, não atende nem à solução prática de reverter esse quadro da crise, tampouco à profundidade de uma perspectiva teórica radicada na filosofia.

De alguma forma, o título do trabalho antecipa o lugar e o alcance dessa abordagem: situar o *entre*. Aquilo que ficou obstruído entre as tentativas de superação da crise e a crise-mesma. Não se trata de uma defesa metodológica, como se a hermenêutica filosófica, de onde se (re)constrói as possibilidades de compreensão do problema, fosse convocada a resolver a questão da discricionariedade. Mas permite, com muita clareza, mostrar em que condições esse problema é o *ainda* do direito infracional.

Desde o começo da investigação, os muitos sentidos atribuídos à ideia de proteção integral, ou ainda, a aplicação de um princípio conduzindo a decisões diametralmente opostas, mesmo em casos muito semelhantes, ou mesmo o ingresso de argumentos aleatórios e subjetivistas, nas decisões judiciais pesquisadas, foram caracterizando esse contexto de crise de interpretação e, mais especificamente, de exercício discricionário de poder.

Os prejuízos decorrentes dessa crise serão ainda apresentados, a partir de decisões judiciais. Há quem defenda a desnecessidade disso, supondo que o observador atento do Poder Judiciário conhece suas mazelas (NETO, O., 2011). Mas é a própria lida com o problema que permite colocar adequadamente as perguntas.

O que interesse, a essa altura, é acentuar a discricionariedade como um problema

que traz prejuízos para o sistema de responsabilização de adolescentes e, fundamentalmente, como um entrave prático na trajetória da plena efetividade de direitos e garantias fundamentais de adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional. Se a interpretação não é, pois, parte da crise, mas aquilo que lhe origina, é sobre ela que está radicado o esforço de compreensão do problema.

## **2.5. A determinação da medida socioeducativa de internação: o que aconteceu com a excepcionalidade?**

Antes de explorar decisões judiciais, com o objetivo de compreender como a jurisdição infracional abriga e opera discricionariedades, um interessante aspecto relacionado ao sistema de responsabilização e à aplicação de medida socioeducativa de internação merece o destaque, na medida em que permite expor, tanto melhor, que prejuízos decorrem de um modelo de jurisdição em que a decisão judicial conhece pouco de controles ou limites.

Trata-se da excepcionalidade da internação. Como afirmado anteriormente, ela está prevista no ECA e disso decorre uma das possíveis expectativas de sentido geradas pela lei: a de que adolescentes internados corresponde(ria)m a uma parcela excepcional dentre aqueles que cumprem medidas socioeducativas.

Mas, curiosamente, a expectativa não se confirma. Os números recentemente produzidos no Brasil para dar conta de avaliar esse quadro – embora se admita que não se tratem de meros dados, mas do resultado de uma complexa atividade de coleta, pesquisa e tratamento de informações, não raro, obtidas precariamente – apontam para a total inversão da lógica que orienta o sistema: internar, possivelmente, virou regra.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado em 2014, traz informações interessantes. Segundo o documento, no ano de 2012 (utilizado como referência para a coleta dos dados), em números absolutos, 113.674 adolescentes foram internados. No mesmo ano, apenas 1.860 cumpriram medida de semiliberdade.

Embora o documento não traga informações sobre o número de medidas socioeducativas não privativas de liberdade aplicadas no período, a informação é interessante porque, mesmo entre as medidas privativas de liberdade, os números da internação são muito maiores do que a de uma medida menos gravosa como é o caso da semiliberdade.

Mas há ainda um outro incômodo nesses números, que diz respeito ao tipo de infração cometida pelos adolescentes, no referido período. Roubo e tráfico ainda respondem pela maior parcela dos atos infracionais praticados, alcançando, juntos, a marca dos 65,7% do

total.

Ocorre que, mesmo considerando o fato de que o crime de roubo pressupõe violência ou grave ameaça, pois que elementos do tipo, não necessariamente, a internação é consequência automática. Além disso, como será debatido no capítulo seguinte, o caso do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas representa muito bem o contorcionismo da fundamentação, em uma série de decisões judiciais, para resultar na internação do adolescente.

Além disso, atos infracionais tais como homicídio, latrocínio e estupro, somados, sequer chegam à marca dos 13% do total de atos cometidos por adolescentes. Esses números podem ser o indício de que sobram internações diante dos casos violentos. Estes, excepcionais.

Destacar esse aspecto quantitativo atende ao reforço da preocupação com a discricionariedade e serve para desvelar o argumento falacioso de que a administração da justiça juvenil necessita, para seu adequado funcionamento, de uma certa margem de poder discricionário, mostrando a que(m) serve o arbítrio judicial, no interior de um sistema de responsabilização.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing)<sup>38</sup>, ainda no elenco de princípios gerais, preveem a discricionariedade como um importante aspecto a compor a administração da justiça juvenil. Assim dispõe:

6. Alcance das faculdades discricionárias

6.1 Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, **sentença** e das medidas complementares das decisões.

6.2 Procurar-se-á, não obstante, garantir a devida competência em todas as fases e níveis no exercício de quaisquer dessas faculdades discricionárias.

6.3 Quem exercer tais faculdades deverá estar especialmente preparado ou capacitado para fazê-lo judiciosamente e em consonância com suas respectivas funções e mandatos. (grifo nosso).

Embora o Brasil não tenha ratificado o referido documento, ele evidencia o quanto, mesmo nas tentativas de reconstrução de modelos de administração da justiça juvenil, a discricionariedade permanece sendo um elemento tido como importante e necessário para a responsabilização de adolescentes.

Mas não é, propriamente, ao interesse do adolescente que ela se apresenta. Sob a

---

<sup>38</sup> Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1985, através da Resolução 40/33.

justificativa de municiar as instituições de condições adequadas de atendimento ao indivíduo em conflito com a lei, na medida em que, supostamente, permitiria ao juiz, por exemplo, manejar a medida mais adequada para o caso, ela acarreta um excessivo rigor punitivo que atropela garantias e direitos fundamentais e culmina com a privação de liberdade, em uma quantidade considerável de casos, para os quais as respostas estatais deveriam ser outras.

O número de adolescentes alcançados pelo sistema e privados de liberdade, em função do cumprimento de medida de internação, por si só, não sustenta o argumento de que é a discricionariedade judicial a causa para essa aparente subversão da lógica garantista do sistema. Até porque, no processo de responsabilização de adolescentes, existem outras tantas agências envolvidas, com poder seletivo abrangente, como é o caso das agências policiais (ZAFFARONI et al, 2011).

Mas destacar a excepcionalidade da internação, a essa altura, em aparente confronto com o resultado prático da atividade judicial, em matéria infracional, é apenas mais um indício de que, entre o velho modelo tutelar e o sistema de garantias, a privação de liberdade não necessariamente deixou de ser a regra.

As estratégias de justificação para a punição de adolescentes, por certo, mudaram. Tanto é assim que, mesmo decisões judiciais que decretam a internação, mobilizando critérios casuísticos ou subjetivos, fazem-no sob a justificativa de que se trata de providência judicial excepcional.

Ocorre que, onde tudo é excepcional, nada é excepcional. Embora autores como Saraiva (2010, p. 174) afirmem que a jurisprudência do STJ é “remansosa” no sentido de reconhecer que a internação é a *ultima ratio* do sistema, citando acórdãos à exaustão, vê-se que o problema é mais sofisticado: a excepcionalidade não se trata de justificativa para a internação, mas de um freio.

A atividade do juiz, nesse contexto, é de extrema relevância para a compreensão do problema. Pois que é a decisão judicial o lugar do enfrentamento de todo um arsenal normativo que atribui à privação de liberdade a característica da excepcionalidade. Desvelar a que(m) esse argumento tem servido, se ao respeito à liberdade do adolescente ou se ao arbítrio de uma fundamentação casuística é um caminho possível para compreender como a decisão judicial e a discricionariedade relacionam-se, ainda muito intensamente, na jurisdição infracional.

### **3 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE EM DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).**

A privação de liberdade de um adolescente, por certo, não é fruto apenas da decisão judicial. O processo de criminalização da juventude começa bem antes de uma sentença que determina o cumprimento de uma medida socioeducativa restritiva de liberdade.

A instância judicial, sabe-se, é apenas parte da engrenagem seletiva que intercepta (não quaisquer) adolescentes, para fins de responsabilização<sup>39</sup>. Mas a proposta da pesquisa é pensar a discricionariedade na (in)determinação da medida socioeducativa de internação.

Nesse contexto, o ambiente em que se situa o esforço de investigação reside naquele que se apresenta como o instrumento necessário para a apuração da responsabilidade do adolescente, que é o processo judicial infracional e, mais especificamente, na atividade do juiz.

Se o problema diz respeito à decisão judicial e a todo o contexto de interpretação que lhe constitui, não há como prescindir da lida com as próprias decisões. Até porque, talvez nada testemunhe melhor o problema do que o problema-mesmo. A crise de interpretação do ECA e a discricionariedade não são, propriamente, ideias abstratas encerradas no debate acadêmico travado entre autores que militam no âmbito dos direitos da criança e do adolescente.

Como um lugar em que ainda se verifica a (re)produção de matizes autoritários, o teor de sentenças e acórdãos permite o contato com a discricionariedade e seus prejuízos na jurisdição infracional.

Esse capítulo apresenta algumas decisões do STJ, a fim de discutir em que condições as respostas judiciais ainda carregam relativismos interpretativos e em que contextos específicos eles acontecem.

Não se trata propriamente de listar acórdãos e quantificar a ocorrência de decisões discricionárias, mas de tornar, a partir delas, explícitos os prejuízos decorrentes dessa crise de interpretação.

No capítulo anterior, cuidou-se de abordar aspectos mais gerais do sistema de responsabilização de adolescentes. Eles compõem o território em que acontecem as decisões judiciais, a seguir mencionadas. Lidar com elas, em outras palavras, é encontrar a crise.

---

<sup>39</sup> O processo de criminalização se dá como o resultado da gestão de um conjunto de agências (ZAFFARONI et al, 2011). As agências judiciais, nesse contexto, limitam-se a resolver os casos previamente selecionados por outras agências, tais como a policial, por exemplo.

### 3.1 Da decisão ao problema: a jurisprudência do STJ e a discricionariedade em matéria de internação de adolescentes.

Embora a aplicação da medida socioeducativa seja resultado de atividade decisória realizada em primeiro grau de jurisdição<sup>40</sup>, a presente investigação utiliza algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça que apreciam *Habeas Corpus*, em matéria infracional<sup>41</sup>, para expor como as possibilidades de exercício discricionário da intervenção estatal (punitiva, ressalte-se) se apresentam no interior do sistema de responsabilização de adolescentes.

De um modo geral, o objetivo dessas ações é, a partir dos fundamentos utilizados para a condenação do adolescente proferida em juízo singular, (re)discutir a legalidade da aplicação da medida socioeducativa, do que poderia resultar a colocação do adolescente em regime mais brando e/ou em liberdade.

A opção pela referida Corte não é aleatória. Às vésperas dos vinte e cinco de anos de vigência do ECA, é possível afirmar que, se a jurisprudência do STJ avançou sobremaneira na consolidação do paradigma da proteção integral<sup>42</sup> e, conseqüentemente, na efetivação do novo modelo de responsabilização que atribui, no plano normativo, centralidade aos direitos e garantias para os adolescentes, talvez seja demasiado apressado concluir que o velho paradigma menorista foi superado. A discricionariedade presente em inúmeros acórdãos do mencionado Tribunal, no mínimo, é o indício de que, entre o velho modelo tutelar e o novo sistema de garantias, não há necessariamente ruptura, mas ainda, continuidades (OLIVEIRA E SILVA, 2010).

Outrossim, essas decisões permitem compreender que a discricionariedade não é um fenômeno restrito ao campo da aplicação da medida socioeducativa, levada a cabo pelos juízes de primeiro grau. Essa ideia acaba sendo reforçada porque, historicamente, era o “Juiz

---

<sup>40</sup> Considerando que, nos termos do artigo 147, §1º, do ECA, a apuração de atos infracionais é da competência da autoridade judiciária (o Juiz da Infância e Juventude, segundo denominação criada pela própria lei).

<sup>41</sup> Seguindo orientação jurisprudencial firmada no Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje de 11.9.2012), o STJ passou a não mais admitir o cabimento de Habeas Corpus, quando substitutivo de recurso ordinário. Entretanto, mesmo sem conhecer dos *writs* impetrados nessas condições, em face do princípio da ampla defesa e do contraditório, tem, diante da plausibilidade jurídica das teses levantadas pela defesa, analisado a impetração e, quando possível, deferido a ordem de ofício, apesar do não cabimento do habeas corpus.

<sup>42</sup> Frasseto (2000), uma década após a entrada em vigor da legislação estatutária, investigou, através de ampla pesquisa do repertório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, as principais mudanças nas decisões daquela Corte, quanto a efetivação de direitos e garantias de adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional. Uma das conclusões da pesquisa apontava para o aumento de demandas, em matéria infracional, reclamando a aplicação de garantias processuais, bem como para a significativa concretização, através das decisões daquele Tribunal, do paradigma da proteção integral.

de Menores” quem estava previamente autorizado pela lei a agir de forma discricionária<sup>43</sup>. Mas o problema vai além e alcança até mesmo instâncias superiores.

Isso não significa, ressalte-se, que a persistência de uma “cultura menorista e tutelar”, como apontada por Mendez (2006), não possa ser visualizada ainda hoje, no exercício do poder punitivo, em matéria infracional, pelas mãos do Juiz da Infância e Juventude, ou seja, no primeiro grau de jurisdição.

A escolha pelas decisões de um Tribunal Superior, especificamente aquelas que discutem os fundamentos que ensejaram a aplicação da medida de internação, aponta para a extensão de um problema que se verifica mesmo quando se está diante de uma possibilidade de controle judicial.

Em outras palavras, mesmo em julgados onde os fundamentos e os limites da condenação foram levados novamente à apreciação – e submetidos a um controle, portanto - ainda assim, a manutenção ou a extinção da medida conhecem possibilidades discricionárias, o que significa dizer: a crise (de interpretação) não é pontuada, situada. Não é, pois, problema de *um-juiz*. Antes, atravessa o modo como opera a Justiça da Infância e da Juventude.

Nesta pesquisa, as decisões foram selecionadas, a partir das ferramentas disponíveis na internet, especificamente, no sítio do mencionado Tribunal<sup>44</sup>, utilizando, para tanto, o fundamento legal da decisão como critério de pesquisa e, restringindo-se a busca aos anos de 2013 a 2015. Dessa forma, o dispositivo legal utilizado como chave de busca para selecionar os acórdãos foi o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que corresponde às hipóteses de cabimento da medida socioeducativa de internação, como apontado no capítulo anterior.

Utilizou-se o referido critério, em função de uma dupla justificativa. Em primeiro lugar, como já apontado, o maior percentual de medidas socioeducativas aplicadas no Brasil corresponde à forma mais gravosa de intervenção sobre a liberdade, qual seja, a medida de internação, contrariando, ao menos preliminarmente, a sistemática adotada pela legislação estatutária, para a qual a referida medida deve ser excepcional e aplicável somente quando não houver nenhuma outra medida adequada para o caso concreto<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Estabelecia o artigo 8º, do Código de Menores, de 1979: “Artigo 8º. A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de Portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral que, **ao seu prudente arbítrio**, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder” (grifo nosso).

<sup>44</sup> O endereço eletrônico da página do Superior Tribunal de Justiça é <<http://www.stj.jus.br>>

<sup>45</sup> De acordo com o artigo 121, do ECA, a medida de internação rege-se pelos princípios da brevidade, da excepcionalidade e da peculiar condição da pessoa em desenvolvimento. Considerando que esta medida é a mais gravosa forma de intervenção do Estado na vida do adolescente a que se atribui a prática de ato infracional, ela é

Assim, embora não seja o objetivo do trabalho responder o porquê do (ab)uso da medida socioeducativa de internação, em detrimento das demais, não há como desconsiderar a possibilidade de que a constatação de um exercício discricionário de poder, na jurisdição da infância e juventude, possa ser uma chave de compreensão para esse outro problema.

Outro aspecto considerado para a utilização do artigo 122 do ECA como critério de busca e de seleção de decisões do STJ corresponde ao fato de que a medida de internação, dentre as demais previstas na legislação estatutária, é a única que possui hipóteses de cabimento previstas no texto da lei. Isso faz com que a aplicação das demais medidas se dê em um contexto muito maior de discricionariedade do juiz, que pode manejá-las mais amplamente do que a medida socioeducativa de internação<sup>46</sup>.

Em outras palavras, as decisões fundamentadas no artigo 122 do ECA permitem melhores condições argumentativas para expor a discricionariedade na Justiça Infraçãoal, na medida em que as hipóteses legais de cabimento da medida de internação servem como um parâmetro de análise das decisões, indicando como, a despeito de critérios supostamente objetivos, ainda é possível verificar um exercício discricionário de poder decisório, que aplica, regride ou mantém a medida, afastando-se das referidas hipóteses e alcançando situações para as quais sequer caberia a grave restrição de liberdade.

Essas decisões, muito embora respondam por uma pequena parcela dos casos de determinação de medida socioeducativa, no Brasil, tendo em vista as tensões existentes entre a dinâmica do processo para apuração de ato infraçãoal e a execução da medida – em que, muitas vezes, um eventual recurso permanece em tramitação, mesmo quando o adolescente já cumpriu a medida que lhe foi imposta – guardam uma importância para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, sobretudo pela interpretação ali desenvolvida. É como afirma Frasseto (2000):

A dinâmica acelerada dos feitos na área da Infância e Juventude, contraposta à lentidão habitual da Justiça, enseja que apenas parcela mínima das decisões injustas acabe sendo corrigida pelo tribunal superior em Brasília e, ainda, a destempo. De toda sorte, mesmo sem salvaguardar oportunamente o interesse lesado, estas decisões trazem em si o precioso valor persuasivo da jurisprudência, carregado com a autoridade do órgão incumbido de zelar pela uniformidade interpretativa da lei federal. Daí nosso interesse em divulgá-las.

---

a *ultima ratio* do sistema, razão pela qual deve ser manejada, somente nas estritas hipóteses previstas em lei e desde que não caiba a aplicação das demais medidas.

<sup>46</sup> A falta de categorias jurídicas precisas no interior do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente opera prejuízos na definição e aplicação de medidas socioeducativas. A depender do programa adotado para execução das medidas, pode, inclusive, ser muito difícil diferenciar algumas delas. Frasseto (1999) comenta que um regime de semiliberdade, no formato prescrito pelo CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente), em que o jovem dorme em casa e vai para a unidade de dia, parece demais assemelhado à liberdade assistida comunitária desenvolvida numa ONG que ofereça ao jovem atividades diárias, por exemplo.

A razão para que essas decisões integrem, a essa altura, o presente trabalho, reside na hipótese de que, através da fundamentação, torna-se possível o encontro com a face exposta da discricionariedade. É a partir da textualidade que a põe em cena, que ela se revela enquanto problema. As múltiplas respostas, a escolha arbitrária de fundamentos, os argumentos que servem a qualquer resultado, são elementos a partir dos quais o problema aparece, embora nesse nível (de fundamentação) não se esgote.

Os tópicos a seguir reúnem algumas possibilidades de exercício discricionário de poder na determinação da medida de internação. A partir delas, será possível identificar e debater interpretações que ampliam as hipóteses legais de aplicação da medida, que mobilizam argumentos casuísticos ou partem de concepções relativistas dos princípios jurídicos ou, ainda, que ignoram o processo, as provas e o direito, em nome de um totalitário livre-convencimento do juiz.

### **3.2 De como as palavras não prendem sentido: o regramento do artigo 122 do ECA e a abertura interpretativa.**

A incerteza quanto às hipóteses de restrição de liberdade de um adolescente caracterizou, como visto no primeiro capítulo, a tônica do modelo de responsabilização desses sujeitos, durante a vigência das assim chamadas legislações minoristas.

Pois bem. Se é possível afirmar que o ECA avançou nesse sentido, estabelecendo um regramento mínimo para constranger ou limitar as hipóteses de restrição de liberdade, não é automático dizer que, do texto, tenha sido possível alcançar o que se esperava – desde a Constituição de 1988 – em termos de uma aplicação judicial da medida de internação restrita às hipóteses excepcionais e de mínima intervenção.

Tanto é assim que a determinação da medida de internação ainda hoje assiste a questões que guardam profunda relação com a interpretação dispensada às hipóteses legais. Na jurisprudência do STJ, ao longo dos anos, uma série de aspectos relacionados às três possibilidades de cabimento da medida foram sendo enfrentadas.

Uma delas, debatida à exaustão pelo referido Tribunal, guarda relação, por exemplo, com a determinação da medida de internação, sob o fundamento legal previsto no inciso I do artigo 122, qual seja, aquele que estabelece ser cabível a privação de liberdade do adolescente, em caso de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça.

O STJ já cuidou de pacificar o entendimento, por exemplo, de que a gravidade abstrata do delito não é suficiente para legitimar a privação de liberdade do adolescente.

Como também avançou sobremaneira na interpretação dispensada ao ato infracional análogo ao crime de tráfico, por não mais permitir a internação do adolescente, em caso de envolvimento no respectivo ato infracional, salvo em caso de reiteração da conduta e descumprimento de medida anteriormente imposta, rejeitando – inclusive mediante elaboração de polêmica súmula<sup>47</sup> – a determinação da medida de internação, com fundamento no inciso I do artigo 122, por entender que não há violência ou grave ameaça no delito de tráfico.

Mas as questões relativas à interpretação, com frequência, não dizem respeito exclusivamente à ampliação ou redução das hipóteses de aplicação de uma referida lei. Muitas vezes, trata-se do próprio sentido atribuído a um determinado dispositivo ou expressão o que pode causar problemas. No caso, aliás, talvez seja melhor compreender a questão em termos de um verdadeiro prejuízo ao adolescente a que se atribui a prática de ato infracional.

Além da hipótese do inciso I do artigo 122, o inciso II também traz questão que tem colocado em debate a jurisprudência do STJ e a forma como o referido tribunal tem interpretado uma determinada palavra, cujo sentido faz toda a diferença, no interior do sistema de responsabilização.

Prevê o referido dispositivo que é possível a internação de um adolescente, em caso de reiteração no cometimento de outras infrações graves. Pois bem. Não bastasse a problemática decorrente da expressão “infrações graves”, questão que assume toda relevância diz respeito ao que significa a tal reiteração da conduta.

Há, pelo menos, dois aspectos a serem enfrentados: a quantidade de atos infracionais praticados e a (des)necessidade de trânsito em julgado, para fins de caracterização da reiteração.

Em relação à quantidade de atos praticados, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que é critério do juiz, no caso concreto, verificar a necessidade de internação do adolescente, em caso de reiteração na prática de atos infracionais, não existindo um número mínimo de condutas apto a caracterizá-la.

---

<sup>47</sup> Trata-se da súmula 492, que dispõe: “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. Diz-se que é polêmica, na medida em que, ao invés de limitar a aplicação da internação em casos de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, a súmula acabou servindo como justificativa para a determinação da medida. Ante a impossibilidade de internar um adolescente envolvido no tráfico de drogas, com base no inciso I, do artigo 122, que pressupõe ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça (o que afasta o ato infracional análogo ao tráfico), a súmula serviu de “remendo” retórico para justificar a internação, permitindo que argumentos outros, tais como as condições pessoais do adolescente servissem de justificativa para a “excepcionalidade da internação”.

Isso alterou, significativamente, a jurisprudência no âmbito infracional, na medida em que o STJ vinha entendendo pela necessidade de, pelo menos, três atos infracionais anteriores para caracterizar a reiteração.

Nesse sentido, é o HC 84.218 – SP, (Primeira Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 18/04/2008), em que ficou assentado, pelo STF, que o inciso II do artigo 122 do ECA não prevê número mínimo de delitos anteriormente cometidos para fins de caracterização da reiteração. Aduziu o Ministro:

O argumento de que são necessários o número mínimo de 3 atos infracionais graves para incidência deste inciso não tem fundamento legal. A simples leitura da lei afasta esse argumento. Trata-se, na verdade, de uma construção jurisprudencial que, diante da agressividade de tal medida, tentou estabelecer parâmetros para sua aplicação se dar de forma ainda mais restrita.

Entretanto, nos moldes dos objetivos instituídos pelo ECA, não há razão de ser para essa construção, tendo em vista que o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação da justiça. Desta forma, nada impede que a um jovem que ostente várias incidências infracionais venha a ser aplicada medida socioeducativa mais branda, desde que esta se mostre suficiente para sua recuperação. Por outro lado, nada impede que o jovem que ostente apenas uma prática infracional grave seja sancionado com medida de internação, se, diante das condições pessoais do jovem, esta se mostre necessária.

O Ministro Relator, com acerto, apresentou duas possibilidades justificáveis. Ainda que o adolescente pratique várias condutas, não necessariamente a medida de internação deve ser primariamente aplicada, assim como também é possível internar um adolescente que tenha praticado apenas um ato infracional grave. Escapou do argumento do Ministro, entretanto, que nenhuma dessas duas hipóteses por ele mencionadas guardam relação direta com o inciso II, do artigo 122, que menciona expressamente a reiteração de condutas de natureza grave.

Por certo que o adolescente que cometeu apenas um ato infracional, por exemplo, não reiterou. Inviável a internação, sob o fundamento do artigo 122, II. Mas a questão que se pretende debater é de outra ordem. E guarda relação com a necessidade de trânsito em julgado de possíveis atos infracionais anteriores, para fins de caracterização da reiteração da conduta.

Não se trata de um mero detalhe processual, pois que uma série de direitos e garantias fundamentais estão imbrincados nesse contexto, tais como presunção de inocência e ampla defesa.

O STJ firmou entendimento de que, para aplicar a internação a um adolescente, na hipótese do inciso II, do artigo 122, não é necessário fazer prova do trânsito em julgado das condutas anteriormente praticadas. Ou seja, basta que o adolescente esteja respondendo a outros atos infracionais para “abrir” a possibilidade de ser internado, com base na mencionada hipótese.

Nesse sentido, é o recente julgamento do HC 305.987 – RJ (Quinta Turma, Rel. Min. Walter Almeida Guilherme, DJe 27/11/2014), em que se decidiu pela desnecessidade do trânsito em julgado para a comprovação da reiteração da conduta. É o que antecipa a ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO IMPOSTA EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REITERAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E RELATÓRIO POLIDIMENSIONAL INDICANDO A NECESSIDADE DE ATENDIMENTO SISTEMÁTICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 122, INCISO II, DO ECA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE UM NÚMERO MÍNIMO DE ATOS INFRACIONAIS GRAVES ANTERIORES PARA A CARACTERIZAÇÃO DA REITERAÇÃO. PRECEDENTES DESTES STJ E DO STF. REITERAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE MEDIDA ANTERIOR. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

Esta Quinta Turma, na esteira da jurisprudência do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves).

[...]

In casu, a medida constritiva foi imposta em razão das peculiaridades do caso concreto - reiteração de ato infracional e relatório polidimensional indicando a necessidade de atendimento sistemático -, aptas a permitir a aplicação da medida extrema. Como se vê, o magistrado atento às condições pessoais e sociais do menor bem fundamentou a necessidade de aplicação da medida mais rigorosa.

**Ressalte-se que não se exige trânsito em julgado de eventual medida socioeducativa anteriormente aplicada para configurar a reiteração de ato infracional previsto no art. 122, inciso II, do ECA. Isso porque não é possível estender ao âmbito do ECA o conceito de reincidência, tal como previsto na lei penal.**

Habeas corpus não conhecido (grifo nosso).

O Ministro Relator manifestou-se, no voto, pela desnecessidade do trânsito em julgado de eventual medida socioeducativa anteriormente aplicada para configurar a reiteração de ato infracional porque, segundo ele, “não é possível estender ao âmbito do ECA o conceito de reincidência, tal como previsto na lei penal”.

Reproduzindo a dicção de outro julgado do mesmo Tribunal, o Ministro Relator aduziu que:

8. Outrossim, não se cogita de qualquer violação ao princípio da inocência, sendo irrelevante que tenha havido o trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação dos demais atos infracionais, para fins de incidência do art. 122, II do ECA; a aplicação da medida mais gravosa é um efeito apenas do reconhecimento, pelo Judiciário, do cometimento de outras infrações graves.

9. Tal exigência acabaria, inclusive, por tornar letra morta o inciso II do art. 122 do ECA, uma vez que, levando-se em conta o período hipoteticamente necessário para que o menor cometa dois atos infracionais graves devidamente reconhecidos por decisão transitada em julgado, e que, nos termos do Estatuto, extingue-se a punibilidade dos atos infracionais aos 21 anos, não haveria tempo viável para que a norma fosse aplicada.

10. Em outras palavras, nas hipóteses em que o menor viesse a praticar 2 ou mais infrações, o tempo necessário para que houvesse o esgotamento de todos os recursos cabíveis contra a decisão que lhe aplicou medida sócio-educativa, tornaria

raríssimas, quando não inexistentes, hipótese de aplicação da internação por reiteração no cometimento de atos infracionais de natureza grave. (HC 95.640 – DF, QUINTA TURMA, Rel. Napoleão Filho, DJe 28/04/08).

O argumento é problemático por uma série de razões. Em primeiro lugar, não se trata de estender o conceito de reincidência do direito penal para o direito infracional, pois que o problema não é de mera utilização de um instituto do direito penal.

No Código Penal brasileiro, reincidência é circunstância que agrava a pena. No direito infracional, a consequência de nova conduta praticada pelo adolescente é bem mais grave: trata-se de justificativa para a medida de internação. Além disso, que são palavras diferentes, a mais rasteira leitura dá conta de perceber. O que ocorre é que não há a menor possibilidade – por vedação constitucional, repise-se – que o sistema infracional traga consequência mais gravosa para um adolescente do que o direito penal atribui a um adulto.

Se, no direito penal, para configurar a mencionada circunstância agravante, não se prescinde do trânsito em julgado da condenação anterior, maior ainda é a necessidade quando se trata de fazer prova de prática de ato infracional, vez que, nesse caso, a reiteração se configura como a própria justificativa para a aplicação da medida mais grave. Não se trata de um “agravamento”, mas do próprio fundamento da determinação da internação.

Se, para o adulto, é necessário o trânsito em julgado para que reste configurada a prática de um delito, pois que antes disso, ele é inocente – lembre-se que a presunção de inocência não é uma dádiva do Estado, mas um atributo do indivíduo – como justificar que o adolescente pode se ver diante de uma condenação, com base na reiteração de sua conduta, em situações para as quais sequer houve decisão anterior transitada em julgado?

Não se trata, como aduziu o Ministro, de mero reconhecimento da prática de outras infrações, uma vez que – não bastasse desse “mero reconhecimento” decorrer a consequência mais gravosa do sistema de responsabilização que é a internação – se o caminho legalmente estabelecido para decidir sobre a conduta delitiva do adolescente é um processo judicial para apuração de ato infracional, no mínimo, é da sua conclusão definitiva que se pode confirmar a efetiva prática da conduta. Antes disso, trata-se de violação ao princípio da presunção de inocência.

O que dizer da hipótese em que o adolescente é condenado, com fundamento no artigo 122, II, pela acusação de reiteração da conduta infracional, enquanto permanece sendo processado pelos supostos atos infracionais anteriores? É o argumento que basta para prejudicar a ampla defesa, inclusive nos demais processos a que responde o adolescente, pois tendo-lhe sido atribuída a reiteração, de que maneira provar que, muito antes disso, ele sequer cometeu os demais atos infracionais que lhe imputam?

Encerrar o debate, nos limites de uma “racionalidade instrumental” (STRECK, 2009, p. 76), como se o direito derivasse de uma operação de conceitos prévios, como reincidência e reiteração, obstrui o que se encontra no fundo do problema. Aliás, no princípio.

A racionalização do poder punitivo – ao menos, tanto quanto possível – corresponde a uma garantia do cidadão. Se a demora na apuração do ato infracional pode acarretar que o processo se estenda para além do alcance da idade de imputabilidade penal, não pode ser o adolescente a suportar esse prejuízo. E mais: sofrendo a relativização de uma das mais importantes garantias do indivíduo, que é a presunção de inocência.

Nesse aspecto, cabe ressaltar o quanto a linguagem trai e denuncia o “operador” do direito. No acórdão mencionado, o Ministro Relator considerou que, aos 21 anos, extingue-se a “punibilidade” dos atos infracionais, razão pela qual esperar o trânsito em julgado de eventuais atos anteriores, acarretaria a inviabilidade de condenação com base no artigo 122, inciso II.

Afasta-se e aproxima-se o direito penal, na mesma decisão, à maneira do julgador. Invoca-se punibilidade para justificar a relativização da presunção de inocência, mesmo sequer tendo a legislação estatutária estabelecido a responsabilização de adolescentes, em termos de uma pretensão punitiva; rejeita-se, entretanto, a configuração dada à reincidência, no direito penal, por considerar que, nesse aspecto, o direito infracional é diferente.

Além disso, se a pretensão do Estado, na apuração de ato infracional, é de natureza socioeducativa, como o próprio STJ sustenta em algumas decisões<sup>48</sup>, qual o prejuízo em deixar de aplicar a medida? As regras do jogo, ressalte-se, foram pensadas para dar conta da efetividade dos direitos e garantias fundamentais do mais débil e não da pretensão do Estado, seja qual for o adjetivo que lhe acompanhe (punitiva, socioeducativa...). Outrossim, é a tutela da liberdade do adolescente que ocupa a centralidade do sistema de responsabilização, não a pretensão punitiva do Estado.

Trata-se de mais uma hipótese mal compreendida, inclusive em termos dogmáticos. A questão não se esgota no debate sobre natureza jurídica dos conceitos do

---

<sup>48</sup> É o caso do HC 149429/RS – STJ (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, jul. em 4/3/2010, DJe 5/4/2010), em que ficou assentado que “tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227). De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).

direito infracional e do direito penal. É de ordem prática. Considerar que o intérprete possa manejar esses conceitos, promovendo verdadeiras mixagens teóricas, provoca resultados desastrosos, em termos de interpretação no direito.

Os limites entre Direito Penal e Direito Infracional sequer podem ser dados arbitrariamente pelo intérprete. Considerando que, em ambos, há atribuição de responsabilidade da qual decorre, não raro, privação de liberdade e/ou restrição de direitos, há, na base, elementos que são instituidores. Há princípios, pois, como é o caso da presunção de inocência. E eles não estão à disposição do intérprete.

Como se não bastassem as fragilidades dogmáticas, a exemplo das apontadas, no primeiro capítulo, em relação à legalidade na disciplina do ato infracional, as decisões judiciais, em grande medida, também contribuem para transformar o direito infracional em uma colcha de retalhos, cuja trama pode ser desastrosa, em termos de prejuízos ao adolescente a que se atribui a prática de ato infracional.

### **3.3 Sujeitos ao Direito: a vida do adolescente, como fundamento para a internação e o Direito Infracional (de autor).**

As circunstâncias pessoais do adolescente também ingressam na tessitura da fundamentação judicial para justificar a aplicação da medida, seja para o seu enrijecimento, em um contexto em que sequer caberia a intervenção mais gravosa, seja para o seu abrandamento, a despeito do ato infracional praticado.

O atrelamento da medida socioeducativa a uma finalidade pedagógica é o mote para que as condições pessoais do adolescente sejam invocadas no momento da sua determinação ou manutenção. A Justiça da Infância e Juventude permanece interessada não apenas no ato infracional praticado, mas no indivíduo que chega até ela.

É de Foucault (2011) o argumento de que ninguém chega diante de um tribunal apenas com o seu crime. Na Justiça da Infância e Juventude, o processo para apuração de ato infracional cuida de apurar muito além do ato praticado. Aliás, algumas vezes, este serve apenas como um dispositivo para iniciar toda a sorte de intervenções sobre o adolescente, na perspectiva da repressão.

Isso traduzia bem o que representava a então Justiça de Menores, da qual também se dedicou Foucault (2011). Segundo ele, essa justiça diz “muito mais respeito ao contexto de existência, de vida, de disciplina do indivíduo, do que ao próprio ato que ele cometeu e pelo qual é levado diante do tribunal para menores”.

É assim que, para responsabilizar o adolescente, é necessário investigar, detalhar, apurar e, sobretudo, construir toda uma série de discursos que deem suporte – com ares de cientificidade, uma vez que são como uma espécie de fala autorizada, produzida por especialistas – ao exercício do poder.

Esse poder que é exercido pela instituição judiciária sobre o adolescente é um poder que não é apenas repressivo, mas também e fundamentalmente produtivo. Investigar elementos da vida do adolescente e, a partir deles, construir um discurso de necessidade de intervenção estatal é apenas uma das tecnologias utilizadas pela jurisdição, com o objetivo de colocar o adolescente a que se atribui a prática de ato infracional no lugar do “anormal”, do “delinquentes”, a demandar correção, tratamento.

Era essa a tônica do paradigma da situação irregular. Do ponto de vista legal, não havia maiores restrições ao “Juiz de Menores” para que estabelecesse o destino dos jovens – não raro, pobres, negros e marginalizados. Aliás, uma das transformações operadas pelo Código de Menores de 1927 foi cindir duas “Justiças”: uma para as crianças ditas normais, inseridas em um padrão de família socialmente aceito e promovido – a Justiça da Família – e outra para a infância pobre (dos “pivetes”, “trombadinhas”, “abandonados”, “meninos de rua”, “delinquentes”) – a Justiça de Menores.

Inobstante estarmos supostamente enredados em um outro paradigma, o da proteção integral, decisões judiciais que aplicam medidas socioeducativas ainda mobilizam a conduta social do adolescente, o passado, a trajetória, o lugar, a pobreza, o arranjo familiar e toda sorte de elementos que estão para muito além do ato cometido, como mecanismos de articulação de um discurso de intervenção estatal necessária.

Aliás, não por acaso, a própria execução da medida socioeducativa encontra-se dividida em fases de atendimento<sup>49</sup>, baseada na ideia de que, através do seu cumprimento, objetiva-se a “evolução” do adolescente até a reconquista de sua liberdade, o que Rosa (2006, p. 290) chamou de “processo de canonização”.

Nos autos do HC nº 263.401 – SP (Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 17/04/2013), os argumentos expendidos no voto da Exma. Ministra Relatora, acompanhando, inclusive as decisões das instâncias inferiores, ressaltam a periculosidade do adolescente, a

---

<sup>49</sup> São três as fases do atendimento socioeducativo, nos termos do SINASE: a) fase inicial de atendimento, que implica em um período de acolhimento, de reconhecimento e de elaboração por parte do adolescente do processo de convivência individual e grupal, tendo como base as metas estabelecidas no Plano Individual de Atendimento (PIA); b) fase intermediária: período de compartilhamento em que o adolescente apresenta “avanços” nas metas consensuadas no PIA e c) fase conclusiva: período em que o adolescente apresenta clareza e conscientização das metas conquistadas em seu processo socioeducativo.

partir do fato de ele não se encontrar estudando. A reprodução de parte da fundamentação é imperiosa:

Como se vê, ao contrário do que alegam os Impetrantes, a sentença **menorista** que aplicou a medida socioeducativa de internação ao paciente não levou em consideração apenas a gravidade abstrata do ato infracional análogo ao crime de roubo circunstanciado. Com efeito, justificou motivadamente a necessidade da medida, em razão da **periculosidade** do menor concretamente evidenciada a partir das circunstâncias que cercearam a prática do ato infracional. Ademais, ressaltou que o adolescente, **além de ser usuário de substâncias entorpecentes, não estuda e não apresenta respaldo familiar** (grifo nosso).

Não bastasse referir-se à sentença de primeiro grau como “menorista”, evidenciando, desde já, um total alijamento teórico e normativo diante do atual estado de proteção dos direitos de crianças e adolescentes, o voto finca o acerto na determinação da medida a partir da consideração da periculosidade do adolescente.

O fato de o adolescente não estudar é considerado, nessas circunstâncias, uma justificativa para a sua colocação no sistema de responsabilização, bem como para a determinação da medida a ser aplicada.

Desconhecendo que a evasão escolar não é uma questão de livre-arbítrio de crianças e adolescentes – como se apenas resolvessem não estudar<sup>50</sup> – mas um problema social, atravessado por fatores que vão desde a situação de desigualdade e de déficit de direitos experimentada por grande parcela da população e as dificuldades, insuficiências e ausências de políticas públicas em educação, não ter um número de matrícula em uma instituição de ensino público regular é a falta que a Justiça da Infância precisava para colocar o adolescente em cumprimento de medida de internação.

Nesse julgado, levou-se em consideração ainda a ideia de que o adolescente não possuía respaldo familiar. Porém, se as circunstâncias familiares podem ingressar na decisão como argumentos para legitimar a internação, quando elas são favoráveis, podem ser plenamente descartadas, e então se elege outro álibi argumentativo para manter a internação.

É o que ocorre, por exemplo, em um outro julgado (HC nº 258.113 – RS, Sexta Turma, Rel. Min. OG Fernandes, DJe 19/09/2013), em que o Ministro Relator sublinha a decisão do Tribunal de origem que manteve a medida socioeducativa aplicada pelo juízo de primeiro grau, enfatizando que “apesar do documento avaliativo demonstrar a boa vinculação familiar, seu rendimento escolar e profissional são ainda inferiores, bem como não demonstrado plano de vida de acordo com os preceitos sociais sugeridos pela comunidade”.

---

<sup>50</sup> E mesmo que fosse resultado apenas de um *não-querer*, deve-se pensar o acesso à educação na perspectiva de um direito fundamental e não como um contexto a partir do qual se possa estabelecer julgamentos morais sobre crianças e adolescentes.

O Estado se agiganta como o tutor, inclusive, do rendimento escolar do adolescente. Mas é, no mínimo, insustentável atrelar a manutenção da medida a um critério como rendimento escolar, ou ainda – o que é mais indemonstrável – a um “plano de vida” de acordo com os “preceitos sugeridos pela comunidade”.

No julgamento do Habeas Corpus nº 295.454 (Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, DJe 15/08/2014), a aplicação da medida socioeducativa de internação desconsiderou a necessidade de se comprovar a gravidade concreta da conduta praticada, para fins de aplicação da medida de internação com base no artigo 122. Além disso, seguindo larga orientação jurisprudencial, as características pessoais do adolescente novamente foram invocadas para justificar a imposição da internação.

Isso porque, embora tenha a defesa argumentado que o paciente era primário, com bons antecedentes, trabalhava em dois empregos – numa pizzaria e em um lava rápido – além de ter tido outras experiências laborativas e também sustentado que a gravidade abstrata do ato infracional não seria suficiente para a decretação da medida de internação do adolescente, sendo necessária uma motivação concreta, a condenação foi levada a cabo sob os seguintes argumentos:

Embora primário, o adolescente não relutou em ingressar na vida delinqüencial, praticando uma tentativa de roubo duplamente agravado, cometido com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, o que revela sua 'personalidade voltada para a delinquência e extrema periculosidade no modo de proceder.’’

Tratava-se de um caso de ato infracional equiparado ao crime de roubo qualificado tentado. O adolescente, juntamente com outros três indivíduos e valendo-se de arma de fogo, abordou as vítimas na rua e tentou subtrair um par de tênis e um boné, bens com valor estimado em R\$ 650,00, só não consumando a subtração em razão da aproximação da polícia.

No voto, o Ministro aduziu que:

Ademais, o Juiz de primeiro grau justificou, de modo concreto, a escolha da medida extrema, ressaltando as peculiaridades do caso – o representado não tem respaldo familiar, é usuário de maconha desde os 13 (treze) anos de idade e abandonou os estudos na 5ª série, sendo relevante receber tratamento para uma ressocialização. Dessa forma, a escolha pela medida socioeducativa de internação está suficientemente motivada, inexistindo, portanto, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado na presente via processual.

Se a ausência de primariedade costuma ser largamente utilizada pelos Tribunais, para justificar a imposição de medida de internação, sobretudo em função da dicção do artigo 122, II; quando o ato infracional praticado não se “encaixa” na referida hipótese, ela também é desconsiderada, para que a intervenção mais gravosa se possa operar, no caso. Nesse julgado, sequer a gravidade concreta da conduta foi enfrentada, muito embora houvesse sido

aduzida pela defesa, como elemento a ser necessariamente considerado, para fins de aplicação da hipótese do artigo 122, I.

Se os manuais festejam a ruptura com o paradigma da situação irregular, as decisões mencionadas indicam que, no campo da responsabilização de adolescentes, a escolha arbitrária dos fundamentos permanece sendo possível, dessa vez protegidas por uma reforma epidérmica das palavras empregadas que justificam tudo em nome da “proteção”.

### **3.4 Os princípios jurídicos e a (in)determinação da medida socioeducativa de internação: a que(m) serve a proteção integral?**

É a partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, que se costuma situar a consolidação, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, da chamada “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança”. As bases dessa nova forma de compreender crianças e adolescentes<sup>51</sup>, do ponto de vista normativo, correspondem à separação dos problemas de natureza social daqueles de caráter penal, ao reconhecimento do protagonismo infanto-juvenil, como também à necessidade de responsabilização, em se tratando de adolescentes.

A partir dessas três bases (separação, participação e responsabilização) é que Mendez (2000) afirma se tratar de um documento normativo inaugurador de uma nova etapa na legislação internacional sobre a infância. O ECA, inclusive, representou a primeira legislação da América Latina a incorporar tal normativa, no âmbito interno.

A referida doutrina atrela-se, inegavelmente, a uma perspectiva democrática de afirmação de direitos de crianças e adolescentes. Em relação à responsabilização pelo cometimento de atos infracionais, ela estabelece um modelo de responsabilidade atravessado por princípios jurídicos, garantias processuais e imposições aos Estados-Parte, para a construção de normativas compatíveis com a efetividade de direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Adolescente não é um termo utilizado no texto da Convenção. Ela define, no seu artigo 1º, que, para efeitos da Convenção, criança corresponde a todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

<sup>52</sup> Dispõe o artigo 41 da Convenção:

1. Os Estados-partes reconhecem o direito de toda criança, de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais, de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor, e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

Absoluta prioridade, proteção integral, melhor interesse, condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e tantos outros, serviram como as bases de um movimento de (re)fundação dos direitos da infância e da juventude, no pós-88.

Importa, entretanto, no lugar de listá-los, até porque há críticas quanto ao seu “DNA” de princípio (STRECK, 2009, p. 491), compreender como esse movimento de transição também acarretou problemas, quanto a um exercício discricionário de poder, no interior da Justiça da Infância e Juventude.

Embora não seja o objetivo deste trabalho desenvolver como se constitui e o que representa a proteção integral, para além de um esforço de preenchimento semântico da expressão, pode-se, no mínimo, seguindo Streck (2009), considerar que há nele, um “embrião da reconstrução histórico-institucional”, no campo dos direitos da criança e do adolescente.

Proteção integral, ainda hoje, é argumento que sustenta uma boa parte de decisões judiciais do STJ, dando abrigo a perspectivas que nada tem a ver com os esforços de construção de um modelo democrático de responsabilização de adolescentes. Todo o contrário. Elas, não raro, recorrem a essa perspectiva asséptica de compreensão da ideia de proteção e se permitem preenchê-la semanticamente com o discurso do “bem”. Diante dele, até mesmo a expressa dicção legal fenece, porque o que vale, em nome da suposta defesa de adolescentes, é protegê-los.

Embora não se esteja a defender um sentido-dado, prévio e contido na referida expressão, a ressalva é feita para alertar que as palavras não são como uma espécie de cartucho vazio, esperando cargas de sentido.

Trata-se não da necessidade de regulamentar sentidos, mas de compreender que eles também não são adesivos, a serem colados nas palavras. Se “proteção integral” quer dizer algo no direito, desde já, o alerta é necessário: a expressão não comporta qualquer sentido.

Apesar de vinculada ao desenvolvimento de uma nova perspectiva jurídica de regulação da infância e juventude, a partir da centralidade de um discurso de direitos e garantias, é recorrente o uso da proteção integral (ou do “melhor interesse”, seguindo a mesma lógica), inclusive pelos Tribunais Superiores, como uma autorização ampla em prol da intervenção estatal sobre a liberdade do adolescente a que se atribui a prática de ato infracional.

Assim é que, por exemplo, no HC 95.640/DF (Quinta Turma, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho), restou consagrado o entendimento de que “a medida de internação é o instrumento de que dispõe o Estado para alcançar a ressocialização do adolescente que se

mostra infrator contumaz, de modo que, afastar sua aplicação vai de encontro, inclusive, com os interesses do menor”.

Aliado ao “melhor interesse”, a proteção do adolescente também é colocada como o fim último da medida socioeducativa aplicada. É o caso do julgado estabelecido no HC 254.060 – SP (Sexta Turma, Rel. Alderita Ramos de Oliveira, DJe 20/08/2013), em que a Ministra Relatora afirma:

Ademais, embora a progressividade das medidas socioeducativas seja a regra, com a adoção, sempre que possível, das menos gravosas em primeiro lugar, deve-se considerar que o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente consiste em garantir a proteção plena do adolescente, por se tratar de pessoa em desenvolvimento, sendo cabível a internação para resguardar a sua incolumidade física e mental e para tentar reinseri-lo na sociedade.

Mendez (1994) qualifica como o “paradigma da ambiguidade” essa utilização da proteção integral, para legitimar a ideologia da “compaixão-repressão”, no campo da aplicação de medidas socioeducativas. Segundo Shecaira (2008), embora nominalmente adeptos da proteção integral, há ainda aqueles que defendem a utilização de mecanismos e práticas discricionárias e paternalistas na justiça juvenil, acreditando, inclusive sinceramente, que os institutos previstos no ECA se constituem em benefícios aos adolescentes.

Proteger, nessa perspectiva, aproxima-se de uma escolha messiânico-redentora do julgador, que utiliza um discurso epidermicamente democrático – afinal, quem duvidaria de uma doutrina “do bem”? – para ignorar mesmo toda a trama de significantes produzidos no processo (ROSA, 2013).

A aplicação de medidas socioeducativas baseadas em um discurso genérico de proteção, assim, apesar de se afigurar remansosa nas decisões judiciais, no Brasil, é sintoma de que – no lugar da construção de limitações à intervenção estatal – a tônica da justiça juvenil ainda é a da expansão punitiva.

O objetivo não é atribuir à “proteção integral” o lugar de um discurso essencialmente bom ou mal, posto que o referencial a que se filia essa investigação é suficiente para indicar que, do ponto de vista hermenêutico, palavras não carregam sentidos-em-si, mas desvelar que, nesse processo de responsabilização de adolescentes envolto em um discurso protetivo, o que se verifica é o que Rosa (2006, p. 302) chamou de “filosofia de Cruz Vermelha”, em que os soldados-juizes se colocam na missão de aplicar as regras para “salvar” as almas dos pobres de espírito.

No julgamento do HC 225.607 – RS (Sexta Turma, Rel. Ministro OG Fernandes, DJe 05/03/2013), mais uma vez, diz-se que a determinação da medida socioeducativa carrega

uma finalidade benéfica para o adolescente, promovendo, inclusive, a reflexão. Segundo o Ministro Relator:

A aplicação da medida socioeducativa de internação tem por objetivo a reinserção do adolescente em situação de risco, a fim de refletir acerca do ato praticado e, por conseguinte, obter amadurecimento tendente a evitar o cometimento de atos semelhantes aos descritos na inicial, notadamente o fato de o mesmo ser propenso a prática de atos infracionais, tendo sido ineficazes outras medidas socioeducativas mais brandas anteriormente aplicadas.

Mas de que conceito de proteção se vale a decisão? A pergunta é necessária, na medida em que essa finalidade protetiva serve para blindar a fundamentação. Com frequência, é esse o argumento que justifica, inclusive, o não enfrentamento de importantes teses de defesa, sob a justificativa de que a medida opera positivamente na vida do adolescente.

Repristina-se, ainda, mesmo a partir da ideia de proteção integral, uma lógica tutelar e repressiva, no interior da jurisdição da infância, que nenhuma relação guarda com o projeto constitucional que confere aos adolescentes a que se atribui a prática de ato infracional, pleno respeito à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Veja-se que a compreensão do que significa um princípio, no Direito, encontra-se também na base desse cenário de crise. Para muitos, eles contribuem, inclusive, para agravar o quadro da discricionariedade, supostamente permitindo qualquer resposta para o caso concreto. Encontrar teses que ainda hoje defendem a necessidade de regulamentar sentidos, de determinar aprioristicamente o conteúdo de princípios jurídicos aponta para o fato de que permanece o desafio de compreensão do lugar e do significado dos princípios, no interior das práticas jurídicas.

Muito embora não caiba, nos limites da presente seção, deter-se nas várias possibilidades de compreensão do significado dos princípios, no direito<sup>53</sup> – o que interessa, a este passo da investigação, é combater a ideia – presente, inclusive, em autores que se preocupam com o problema da discricionariedade – de que os princípios constituem mecanismos autorizadores de múltiplas respostas.

Nessa perspectiva de abordagem, eles seriam como elementos que tornariam o direito mais maleável, fluido, aquilo que permitiria ao intérprete – a partir de sua consciência – determinar o sentido da norma e resolver um caso concreto.

Os princípios acontecem, para além (e antes) da razão teórica. Significa dizer que eles não são inseridos arbitrariamente no direito, como roldanas para ajustar o seu

---

<sup>53</sup> Para a compreensão mais detalhada da relação entre o conceito de princípio e a indeterminação do direito, a obra de Oliveira (2011) se constitui em importante referência, no Brasil. A partir da fenomenologia hermenêutica, o autor se propõe a debater as possibilidades retidas de compreensão dos princípios jurídicos, e procura demonstrar como que os problemas relativos à decisão judicial estão ligados ao conceito de princípio.

funcionamento. Tampouco o seu sentido pode ser negociado pelo intérprete, a depender do que lhe informe a sua consciência.

Eles possuem uma indeclinável carga deontológica, porque são vivenciados e faticizados por aqueles que participam de uma comunidade política (STRECK, 2009). Por essa razão, não estão em um plano apriorístico, a depender de escolhas e atribuições arbitrárias de sentido.

Sposato (2013), como mencionado em tópico anterior, defende a tese de que os princípios inseridos na legislação estatutária introduzem uma realidade interpretativa mais aberta. Segundo ela, cabe ao juiz legislar diante dos princípios “não-regulamentados”, indicando um grave equívoco, inclusive em relação ao que significa um princípio, bem como ao lugar que ocupa, nesse contexto de aplicação do direito:

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

Veja-se que, nessa perspectiva, os princípios jurídicos permanecem reféns da razão assujeitadora do intérprete. Se cabe ao juiz regulamentar o seu conteúdo, significa dizer que o sentido deles está na consciência do intérprete. Assim, o que quer que diga o juiz servirá como conteúdo apriorístico do princípio.

Não por acaso, “proteção integral” acaba servindo tanto para afirmar e garantir direitos fundamentais, como também para negá-los. Isso porque, abordado em um nível estritamente semântico, deixa-se de lado o mundo prático e enclausura-se o princípio.

Não se pode negar que, no Brasil, o processo de reformulação dos direitos da criança e do adolescente se deu, largamente, em função de um esgotamento político-social e jurídico das velhas representações sociais que objetificavam a infância e a juventude. Nesse contexto, a doutrina da proteção integral e a sua repercussão jurídica no campo do direito internacional dos direitos humanos estão intimamente ligadas a esse movimento de virada de concepção em relação a crianças e adolescentes.

Em outras palavras, nem toda “proteção” cabe. O desafio que se coloca, em relação aos princípios, não é, pois, o de regulamentá-los, mas o de compreender o que eles instituem, no Direito.

### 3.5 O livre-convencimento motivado do juiz: o “vale-tudo” na decisão infracional.

Chega-se, a essa altura, às decisões infracionais aparentemente fundamentadas em um suposto princípio: o livre-convencimento motivado do juiz. Este tópico, sem exagero, utiliza a expressão “vale-tudo”, para caracterizá-las. E, apesar do baixo rigor acadêmico, ela serve bem para contextualizar o cenário: um magistrado desconectado do processo, do direito, dos princípios (autênticos) e isento de qualquer esforço de fundamentação. Ele simplesmente decide, justificando: “o convencimento é livre”.

O nome que se deu ao suposto princípio é, de fato, curioso: diz-se que é livre o convencimento, ao mesmo tempo em que é motivado. Ocorre que motivação implica constrangimento. E dos mais sérios. Aduzir argumentos, mobilizar princípios, enfrentar teses, atravessar os significantes produzidos no processo, tudo isso implica controle da atividade interpretativa. Liberdade e motivação, assim, parecem não caber em um mesmo princípio.

Não por acaso, é necessário que se questione antes: isso se trata de um princípio? Pinho e Brito (2014, p. 56) são enfáticas: não. Segundo elas, o livre-convencimento motivado é algo que, “além de jamais ter sido um princípio, não passa de uma prática viciada, repetida às escâncaras, para justificar (sabe-se lá como) decisões arbitrárias”.

Falta-lhe densidade. Ele não institui, no Direito, uma carga deontológica que permita resolver casos concretos, mas funciona tão somente como uma autorização para o magistrado decidir, com ares de legitimidade, a partir de suas visões de mundo ou convicções pessoais.

A liberdade de convencimento, aliás, é a matéria-prima que a discricionariedade precisa para se potencializar, na decisão judicial. Ela municia o intérprete de um verdadeiro álibi de fundamentação, ao permitir que ele simplesmente ignore as expectativas de sentido da lei, do caso concreto, das provas, ou em outras palavras, da facticidade, e concretize uma (de)cisão arbitrária.

No julgamento do HC 299.243/SP (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 03/02/2015), o paciente pleiteava a concessão de habeas corpus para extinguir a aplicação de medida socioeducativa de internação, então aplicada pelo Tribunal *a quo*, em função da prática de ato infracional análogo ao crime de roubo circunstanciado.

A medida havia sido extinta pelo magistrado de origem, mas, ante a interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público, o Tribunal *a quo* determinou o retorno do adolescente ao cumprimento da medida de internação.

O paciente sustentava que a decisão que determinou a internação feria a dicção do artigo 42, §2º, da Lei 12.594/2012, que estabelece que a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. Isso porque, a decisão então atacada através do *mandamus*, havia determinado o retorno do adolescente ao regime de internação, exclusivamente com base na gravidade abstrata do ato infracional praticado e em franco descompasso com as informações produzidas no Relatório Técnico<sup>54</sup>.

A ementa do acórdão já antecipa o problema: a decisão é de livre convencimento, bastando para tanto, que o magistrado ofereça justificativa “idônea”. Vale transcrevê-la:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. EXTINÇÃO. RESTABELECIMENTO DA INTERNAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SITUAÇÃO DO PACIENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. O Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema considerou o seguinte: tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227). De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput). (HC 149429/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, jul. em 4/3/2010, DJe 5/4/2010).

**3. Indubitável a possibilidade de extinção e progressão de medida socioeducativa, todavia, a decisão sobre tais situações é de livre convencimento do juiz, o qual deverá apresentar justificativa idônea, não estando vinculado ao relatório multidisciplinar do adolescente. Nessa linha de consideração, importante consignar que tanto a progressão como a extinção de medida revelam-se como um processo reativo, à medida que o adolescente assimila a finalidade socioeducativa.**

4. Na hipótese, o Juiz de primeiro grau extinguiu a medida socioeducativa de internação. O Tribunal de origem determinou o retorno do adolescente ao cumprimento da referida medida sob argumentação plausível, considerando a situação do adolescente e não apenas a gravidade do ato infracional praticado. 5. Habeas Corpus não conhecido. (grifo nosso).

<sup>54</sup> Trata-se de um instrumento de avaliação do adolescente, produzido no curso da execução da medida, com o objetivo de subsidiar a tomada de decisão, pelo magistrado, em relação à manutenção e/ou progressão da medida.

Na fundamentação, embora não se possa dizer que a manutenção da internação tenha se dado ao arrepio de qualquer argumento ou justificativa, percebe-se que o livre convencimento foi utilizado como estratégia para “abrir” a decisão e permitir o ingresso de um fundamento que sequer atende à legislação.

Isso porque, conforme mencionado, o paciente sustentava a impossibilidade de não substituição da medida imposta por outra menos grave, apenas com base na gravidade do ato praticado, nos antecedentes do adolescente ou no tempo de duração da medida, em função da incidência do artigo 42, §2º, da Lei 12.594/2012.

Ocorre que foi exatamente a partir dos antecedentes do adolescente, bem como de suas circunstâncias pessoais que a decisão sustentou a manutenção da internação. Em outras palavras: se o Tribunal a quo internou o adolescente, com base na gravidade abstrata do ato, a decisão em comento apenas deslocou a fundamentação para outro elemento igualmente inábil a justificar a internação: os antecedentes.

A Ministra Relatora aduziu que:

Com efeito, notabiliza-se que a Corte local apresentou justificativa concreta para restabelecer a medida socioeducativa de internação, evidenciando a situação pessoal do adolescente, que se apresenta delicada, inclusive, por já ter cumprido em momento anterior medida socioeducativa, o que atrai uma maior cautela, fato que não revela constrangimento ilegal.

Além disso, reproduzindo teor de outro julgado da referida Corte (HC 189631/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012), a Ministra Relatora entendeu que:

Este Superior Tribunal possui orientação no sentido de que o magistrado não está vinculado ao relatório técnico que recomenda a desinternação do menor infrator, podendo, fundamentadamente, discordar do seu resultado e justificar a manutenção da medida de internação com base em outros elementos de prova, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado e em observância à independência dos magistrados no exercício de suas funções judicantes. Precedentes.

O paciente sustentava a impossibilidade de manutenção da medida exatamente em função de uma questão que recaía diretamente sobre a fundamentação. O direito infracional, nesse ponto, traz um critério interessante: nem tudo cabe em termos de argumentos para justificar a decisão. E o faz prestigiando o sentido de uma responsabilização excepcional, de *ultima ratio*, que necessita de motivação vinculada.

Esses outros elementos de prova citados na decisão, caso existam em mais algum lugar que não seja a consciência solipsista do julgador, precisam dar conta do caso concreto, da facticidade, dos elementos que conduzam efetivamente à (sempre) precária apuração de autoria e materialidade. E mais: submetidos à ampla defesa e ao contraditório.

Além disso, que o magistrado é independente no exercício de suas atribuições, de modo algum, significa que ele possa dispor de qualquer argumento para decidir um caso. Depender do que paira na consciência de um magistrado, a despeito das normas estabelecidas, dos princípios jurídicos e do que efetivamente constitui o sistema de responsabilização, em termos de possibilidade de aplicação, é um grave prejuízo.

É como afirma Luiz (2013, p. 40):

Em outras palavras, no solipsismo interpretativo, em que há a substituição do direito por aquilo que o intérprete acredita que o direito é, há um sério déficit de democracia, eis que ocorre o desvirtuamento daquilo que os representantes legitimamente escolhidos fixaram como regras gerais de convívio social para o axiologismo do intérprete (juiz), ou seja, para aquilo que o magistrado “acha bom” ou “acha melhor” para a sociedade.

A decisão com base no “livre convencimento” cria obstáculos ao próprio exercício da ampla defesa, posto que se o juiz não está vinculado ao processo, ao que os autos oferecem enquanto encadeamento de significantes (ROSA, 2011), como assegurar a possibilidade de defesa diante de uma condenação baseada no “livre convencimento”?

Há sempre uma série de questões dogmáticas atravessando decisões judiciais. No caso em questão, há uma boa dose de fragilidade técnica na fundamentação, que sequer enfrentou os argumentos aduzidos pelo paciente. Além disso, não transitou por quaisquer outros argumentos que não estivessem diretamente vedados pela legislação infracional, no que diz respeito à manutenção da medida mais grave.

Em uma primeira análise, parece estranho apresentar uma perspectiva hermenêutica de compreensão da decisão judicial, para dar conta de um território onde ainda talvez se possa dizer: falta técnica. Onde ainda, com algum esforço, pode-se transitar e produzir melhor teoria, no direito, em termos de técnica decisória. Talvez, quem sabe, um melhor caminho correspondesse ao debate de estratégias para que as decisões judiciais não fossem colonizadas por essa fragilidade dogmática.

Se é certo que há caminhos, a pesquisa inscreve-se naquele que compreende a necessidade de exploração hermenêutica desse problema de interpretação, no Direito. Uma perspectiva que não resolve, estritamente em termos de validade, os argumentos jurídicos dispendidos na decisão. Até porque, se algum acerto tiver o caminho adotado, será o de reconhecer que esse problema de interpretação, na decisão judicial, antecede – e muito – a fundamentação.

#### **4 O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL INFRACIONAL: A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE.**

Ao longo da investigação e da lida com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infracional, uma série de questões foram surgindo e confrontando o próprio caminho metodológico até então trilhado. É possível afirmar que, durante a pesquisa, estava nítido o problema da discricionariedade, assim como os prejuízos dela decorrentes. A partir dos autores estudados, não se pode dizer que já não estivessem claros o alcance e o sentido dos obstáculos que a arbitrariedade judicial estabelece em relação à construção de um modelo democrático de responsabilização de adolescentes.

Mas uma dessas questões permaneceu experimentada como uma espécie de (de)mora na pesquisa, protraindo-se no tempo. Enquanto, uma a uma, as decisões judiciais iam sendo analisadas, ficava a pergunta: que passo empreender, nesse contexto? Qual o sentido do confrontar-se nessa crise?

E tal questão só acontecia, porque algumas possíveis respostas se antecipavam e, todas elas, pareciam caminhos interessantes para compreender a tal crise de interpretação. Quando o encontro se dava com decisões judiciais, muitas vezes, tão distantes de uma certa qualidade técnica, onde se repetia, à exaustão, argumentos frágeis – numa perspectiva interna, de coerência com o próprio ordenamento jurídico material e processual – parecia que a crise apontava para a necessidade de um modelo teórico que assegurasse melhor dogmática do que a construída até então para a disciplina do ato infracional.

Eis que o Direito Penal serviria, com tudo o que possivelmente representa em termos de racionalização do poder punitivo, como um modelo viável. A taxatividade, por exemplo, que pelas bandas do Direito Infracional tanto falta, seria uma conquista interessante e, mais do que isso, capaz de produzir sensíveis mudanças nesse cenário. Reduziria, pois, discricionariedade.

Mas chamar o Direito Penal para compor e estruturar o modelo de responsabilização de adolescentes é uma perspectiva que, além de carregar insuperáveis equívocos – pois que crime e ato infracional não são, dogmaticamente, a mesma coisa, além do que isso demandaria um contorcionismo teórico para fazer caber algo que, no Direito Infracional, fizesse as vezes da culpabilidade, no Direito Penal – de modo algum atende a um modelo que se pretenda menos gravoso do que o estabelecido, pois que é necessário lembrar que o Direito Penal é um universo que não se esgota na intenção de racionalização, mas encerra uma dinâmica de poder profundamente desigual, seletiva e violenta.

Legitimar o Direito Penal, sem desvelar que consequências político-criminais (e talvez, antes, que pressupostos dessa ordem), estão enredadas no discurso que acredita no saber penal e o (re)legitima, sem mostrar, pois, sua estrutura latente, é uma perspectiva que não se sustenta, se o que se pretende, efetivamente – para além do “discurso democrático de fachada” (ROSA, 2006, p. 279) é reduzir danos na justiça infracional, embora ainda frequentes sejam essas abordagens.

Não bastasse, ao longo da pesquisa, surgiram também decisões sustentadas dogmaticamente. Onde havia argumentos. Algumas até invocavam princípios jurídicos. E, ainda assim, os sentidos deslizavam num alto grau de relativismo. Não se tratava, então, própria e exclusivamente, da falta de boa técnica. Havia também algo que positivamente entrava no jogo da crise, ou dizendo de outra forma, que ali já estava e que repercutia no modo-de-ser da jurisdição infracional.

Não adiantava invocar o direito penal como uma promessa de superação da discricionariedade: essa era a conclusão preliminar para a pergunta. Mas havia também outra possibilidade. Mendez (2001), tantas vezes mencionado nessa pesquisa, mobiliza em seus trabalhos, desde a década de 90, as contribuições de Ferrajoli. Até porque, qualquer discussão séria, a essa altura, sobre democracia, direitos fundamentais e política criminal não pode prescindir de seus aportes teóricos (PINHO, 2013).

E Ferrajoli (2002) também procurou dar conta do problema da discricionariedade. No Brasil, Rosa e Lopes (2011) desenvolveram importante trabalho, mobilizando o garantismo penal como uma possibilidade de (re)significação do direito infracional. Mas, apesar do inegável ganho de racionalidade que esse caminho pode(ria) trazer para o enfrentamento do problema, seria demasiado apressado e talvez um empreendimento com objetivos maiores do que as suas próprias condições de possibilidade, sustentar a viabilidade do garantismo como freio à discricionariedade<sup>55</sup>.

Aliás, nesse sentido, é a fundada crítica sustentada por Pinho (2013), quanto às fragilidades existentes na arquitetura teórica de Ferrajoli, especificamente em relação à possibilidade de superação da discricionariedade. O que, de modo algum, retira a importância da epistemologia garantista e tampouco a inviabiliza, ressalte-se<sup>56</sup>. Mas adotá-la, a essa altura,

---

<sup>55</sup> O que, no trabalho dos mencionados autores, inclusive, é expressamente assumido. Para eles, o sistema garantista é encarado como ‘um’ e não ‘o’ caminho possível, haja vista considerarem que o garantismo possui, mesmo em sua forma ideal, limitações inafastáveis (ROSA; LOPES, 2011).

<sup>56</sup> Nesse sentido, afirma Pinho (2013, p. 187): “não se afirmou, em nenhum momento, que o garantismo deva ser corrigido. Reconhece-se sua importância nos sistemas jurídicos democráticos. Porém, os óbices que apresenta para a construção de uma teoria da decisão penal que satisfaça os anseios de limitar o poder do juiz criminal precisam ser denunciados”

como um método para frear a discricionariedade na jurisdição infracional também já não parecia um caminho viável, pois que, simplesmente, não se poderia ignorar toda a profundidade da crítica produzida em relação ao garantismo<sup>57</sup>.

O que, até então, a lida com as decisões não havia permitido concluir é que essas possibilidades teóricas guardam algo em comum: elas têm, na base, uma preocupação com o “ir além”. Com a superação da crise. E, nisso, não há qualquer demérito, pois que, de fato, é urgente compreender que a jurisdição infracional produz consequências gravíssimas na experiência de cada indivíduo alcançado pelo sistema. Muitas delas, inclusive, marcadas no próprio corpo.

Isso não permitia alcançar um caminho que, talvez, não guarde a pretensão do “ir além”. Ao menos, não como um objetivo totalitário ou uma promessa de certeza. O que se pretende, nesse capítulo, é apresentar, ao mesmo tempo, o lugar e o alcance do caminho efetivamente trilhado na pesquisa.

Se ele corresponde, em alguma medida, a um movimento, pode-se dizer que não é, propriamente, prescritivo, ou seja, não se direciona a um “como será” da jurisdição infracional, mas retorna à ideia de crise de interpretação, retrospectivamente, para, se possível, desvelar o que caracteriza o seu “como-sendo”.

Trata-se não de produzir um método ou procedimento apto a ser aplicado, no processo de interpretação, mas fundamentalmente, de esclarecer as condições sobre as quais acontece a compreensão (GADAMER, 2012).

Nesse processo, o referencial adotado não aconteceu aleatoriamente. A hermenêutica filosófica, antecipada nos títulos do trabalho e desta seção, foi a possibilidade de (re)encontro com as questões da interpretação, na jurisdição infracional, em específico. E se, não necessariamente, a abordagem desenvolvida dê conta de construir uma arquitetura conceitual para superar a discricionariedade, de modo algum se pode dizer que corresponde a um passo simples de ser empreendido.

Lidar com a hermenêutica filosófica é atravessar um território marcado de conceitos que precisam ser compreendidos com todo cuidado, sob pena de indevida

---

<sup>57</sup> Nesse sentido, alguns trabalhos dão conta de promover importantes diálogos com a obra de Ferrajoli, abordando os mais variados aspectos que envolvem o garantismo, desde as questões relacionadas ao constitucionalismo democrático, até elementos mais específicos da epistemologia garantista, como é o caso, por exemplo, das seguintes obras, cuja leitura mostra-se imprescindível para compreender o estado da crítica em relação ao garantismo penal de Ferrajoli: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. Ed. Madrid: Trotta, 2009; e FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e Constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

apropriação<sup>58</sup>. Mesmo antes disso, é necessário delimitar o que se quer dizer com a expressão “hermenêutica filosófica”, pois que, por hermenêutica, pode-se chegar a significados muito diversos<sup>59</sup>.

É preciso ainda identificar a profunda importância de um autor, em específico, para o desenvolvimento dessa perspectiva de pensamento, que é Hans-Georg Gadamer e apontar em que condições a sua obra empresta novas possibilidades de compreensão para o problema da interpretação no Direito.

Nesse processo, a dificuldade reside em colocar em questão, inclusive, a própria compreensão do direito e da atividade que realiza o intérprete. Historicamente forjado em um paradigma que empresta ao direito apenas o caráter de uma “racionalidade instrumental” (STRECK, 2009, p. 76), manejada por um operador, não é tão simples reconhecer que aquele – o direito – não é uma coisa-em-si (uma abstração) e que este – o intérprete – não é um sujeito desconectado do mundo e fora da história.

Os tópicos a seguir cuidam de devolver uma perspectiva hermenêutica (só)negada, há muito. Se o problema da aplicação do direito foi, outrora, considerado uma questão de segunda ordem – uma preocupação que sequer deveria ser enfrentada pela teoria<sup>60</sup> – hoje assume a centralidade do debate. Se o desafio dos direitos da criança e do adolescente, conforme Ferrajoli (2001, p. 5), é deixar de ser um “direito menor”, vale a paráfrase para dizer que o desafio é também fazer com que a interpretação deixe de ser uma “questão menor” para a teoria, no Direito, e passe a ocupar o devido lugar.

---

<sup>58</sup> De acordo com Stein (2011, p. 9), é necessário separar, com muito cuidado, certos conceitos que vão aparecendo na Filosofia, para que se respeitem determinadas fronteiras entre campos de análise distintos. Segundo ele, como os objetos da filosofia são sempre de caráter conceitual, é de profunda importância separar os campos de conceitos com os quais se pretende trabalhar.

<sup>59</sup> São tantos e tão variados os conceitos de hermenêutica que um dos seus possíveis sentidos, segundo Grondin (2012, p. 10), é o de designar um espaço intelectual e cultural onde não há verdade, porque tudo é uma questão de interpretação. Essa perspectiva de compreensão, veremos, nada tem a ver com a hermenêutica filosófica, que se distancia de possibilidades arbitrárias e relativistas de atribuição de sentido. Por essa razão é que se torna fundamental explorar e delimitar conceitualmente de que hermenêutica se está a tratar.

<sup>60</sup> Kelsen (2006), por exemplo, defendia que a interpretação realizada por um órgão aplicador corresponde a um ato de vontade. Operando a partir de uma série de cisões estruturais, dentre elas, a que possivelmente se estabelece entre uma razão teórica e uma razão prática, ele transferiu a aplicação do direito para o âmbito da segunda, a que chamou de política do direito, sobre a qual não se ocupa a Teoria do Direito. Como um ato de vontade, a interpretação é compreendida, pois como uma manifestação da razão prática, ficando fora das possibilidades de conhecimento teórico. Dizia ele: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito” (KELSEN, 2006, p. 393).

#### **4.1 Interpretação, linguagem e direito, nas trilhas de Gadamer: encadeando as possibilidades da hermenêutica filosófica como um caminho para a (re)interpretação jurídica.**

No primeiro capítulo deste trabalho, recorreu-se, com frequência, à afirmação de que assistiu-se, no Brasil, a uma mudança importante entre dois modelos de responsabilização de adolescentes: de um sistema marcadamente discricionário, baseado na doutrina da situação irregular, passou-se a um outro, baseado em um diferente discurso – em tese, diametralmente oposto ao primeiro – assim chamado “doutrina da proteção integral”.

Mas, se algum acerto teve a inclusão, no capítulo anterior, de algumas decisões judiciais situadas já nesse segundo paradigma – o da proteção integral – foi possível perceber que algo não andou bem. As decisões apresentadas indicaram possibilidades de exercício discricionário de poder em cuja base havia – na quase totalidade delas – uma ideia de proteção integral onde tudo cabia.

Reação imediata, no curso da investigação, foi confrontar o exato sentido desse suposto paradigma. Proteção integral não poderia corresponder a significados tão diversos, nos casos concretamente levados a juízo. Mas, àquela altura, a variedade de interpretações possíveis para o termo encaminhava para a necessidade de uma espécie de fechamento semântico de sentido, como forma de evitar a discricionariedade.

Que expressão daria conta de portar – no lugar da vaga e imprecisa proteção integral, por exemplo – essa ruptura com o modelo de intervenção estatal anterior à Constituição e ao ECA – e, finalmente, asseguraria a plena efetividade de direitos e garantias fundamentais?

Essa forma de encaminhar o problema não parecia de todo equivocada, pois que um breve retorno às lutas dos movimentos sociais em defesa dos direitos da criança e do adolescente era suficiente para mostrar como as disposições legais sobre a infância e a juventude, durante muito tempo, foram o alvo dos questionamentos e dos debates em relação ao sistema de responsabilização de adolescentes.

Como se a matéria-prima do problema fosse a vagueza das palavras utilizadas pela lei – que não prendia adequadamente sentidos – chegou-se a considerar, como uma hipótese viável de análise – a necessidade de regulamentos cada vez mais específicos, mais detalhados, tanto quanto possível fosse constranger as hipóteses de cabimento das medidas socioeducativas, ao mesmo passo da afirmação e enunciação cada vez mais clara de direitos e garantias fundamentais de adolescentes a que se atribui a prática de atos infracionais.

Contudo, um breve passeio pelo texto constitucional e mesmo pelo teor do Estatuto apresenta a extensão da empreitada: expressões vagas, imprecisas ou ambíguas atravessam o ordenamento jurídico. Colonizam o terreno semântico da lei, de tal sorte que “regulamentar sentidos” seria, para dizer o mínimo, uma tarefa hercúlea.

Absoluta prioridade, proteção integral, superior interesse da criança, natureza grave, reiteração de atos infracionais e tantas outras expressões carregariam, assim, a mesma marca (se o problema do sentido atribuído na interpretação judicial nelas residisse, ou em outras palavras, delas decorresse): não fecham sentido.

Mesmo durante a pesquisa jurisprudencial, era o significado da lei o que parecia encaminhar a reflexão. Talvez isso denunciasse – lembrando que o pesquisador é um ser-no-mundo – uma certa crença irrefletida e compartilhada à exaustão nos manuais sobre direitos da criança e do adolescente, assim como nos mais variados fóruns de discussão sobre infância e juventude, em relação ao texto do estatuto.

Isso porque, a despeito do pouco rigor acadêmico da metáfora, são frequentes as abordagens que atribuem à legislação estatutária o mesmo lugar que ocupa uma imagem em um altar. Devota-se à lei uma função redentora em relação às práticas judiciais sobre a infância, historicamente desenvolvidas, no Brasil.

As decisões judiciais, entretanto, mostraram que a lei – infelizmente – não salvou. Nem todo o arsenal semântico inaugurado no estatuto, assim como a sua verdadeira limpeza – retirando expressões como “menor”, “abrigo”, “situação irregular” deram conta de efetivar isso que tanto se acreditou, em termos de luta pela afirmação de direitos e garantias fundamentais de adolescentes.

De se esperar, então, que a primeira hipótese para o problema de uma interpretação que desliza as mais variadas possibilidades (inclusive, contraditórias) residisse nos limites semânticos da lei.

Mas essa reação diante do problema necessitava, ela própria, constituir parte do cenário a ser enfrentado: por quê a lei? Seriam as palavras nela presentes uma possível causa para a discricionariedade? Como mencionado em capítulo anterior, ainda hoje há quem defenda tal perspectiva, como é o caso de Sposato (2013), para quem as expressões ambíguas do ECA entregaram à atividade interpretativa uma larga margem de discricionariedade, como se ela decorresse – para além da crítica compartilhada por Mendez (2006), em relação à uma cultura repressora e minorista – da própria lei.

Mas, ao mesmo tempo, restavam outras questões, igualmente importantes: e o intérprete? De que ordem é a atividade que realiza? Pois que, durante a pesquisa, uma

possível hipótese de compreensão da discricionariedade repousava o debate exatamente na atividade do intérprete.

Konzen (2005), por exemplo, chega a afirmar que a discricionariedade na aplicação de medidas socioeducativas, sobretudo as que reprimam a velha matriz autoritária dos Códigos de Menores, decorre de operadores com dificuldades de interpretação. Ora, que é isto, então – a interpretação?

Não se pode dizer que não haja uma enorme preocupação com a discricionariedade, atravessando os mais diferentes debates no campo da infância e da juventude. Pode-se dizer que a doutrina segue atenta ao problema.

De um modo geral, entretanto, encerra-se o debate sobre a interpretação em dois possíveis lugares onde se poderia situar a “causa” da discricionariedade: ou é a lei, ou é a consciência do intérprete, em uma espécie de movimento pendular.

Pelo primeiro, os sentidos estariam nas coisas, como um algo que existe independentemente da linguagem ou do intérprete. Aliás, aquela seria apenas um instrumento capaz de significar a essência das coisas. Em outras palavras, as coisas têm uma essência e, por isso, um sentido.

No Direito, essa perspectiva de compreensão pode ser vista em correntes que acreditam que a lei traz, de *per se*, um sentido, ou dizendo de outra forma, que as palavras da lei carregam uma essência, um significado prévio, e que, portanto, cabe ao intérprete, através de uma interpretação objetivamente mediada por regras, retirar o sentido do texto.

Nesse processo de extração de sentido, a partir da lei, o método se agiganta como uma promessa de certeza e objetividade. Através de metodologias, supostamente, ficariam preestabelecidos os critérios a partir dos quais o próprio objeto pudesse revelar o seu significado intrínseco (LUIZ, 2013).

Streck (2011, p. 120) aponta que o positivismo exegético<sup>61</sup> apostava na determinação rigorosa dos signos que compunham as leis, como suficientes para resolver o problema da interpretação do direito. Como se a verdade estivesse aprisionada na coisa-em-si, no objeto – a lei – a construção de um rigoroso processo lógico-dedutivo seria suficiente para conduzir o intérprete à essa espécie de oásis de sentido, localizado na lei.

---

<sup>61</sup> Positivismo primitivo, ou exegético, corresponde àquele que tem na lei, a centralidade do processo de atribuição de sentido. Na verdade, para o positivismo exegético, o juiz, em regra, a partir de critérios objetivos, apenas reproduz o que diz a lei, não havendo nisso, um esforço interpretativo.

Essa perspectiva, evidentemente, não dá conta de explicar o porquê de, a despeito das profundas alterações na legislação da infância e juventude, no Brasil, ainda assim o sistema de responsabilização permanecer arbitrário.

Ora, se a lei sofreu uma série de transformações e passou a estabelecer um modelo de responsabilização que considera adolescentes como sujeitos de direitos, que estabelece garantias processuais, que inaugura critérios para aplicação das medidas socioeducativas, era de se esperar que as velhas práticas arbitrárias fossem soterradas, uma vez que o tão esperado novo sentido da lei – agora, epidermicamente democrático – estaria ali, finalmente consagrado no ECA.

Bastaria, assim, em um processo silogístico, aplicar as diversas disposições da legislação precocemente proclamada como garantista, para que a vontade de superação do paradigma da situação irregular, vigente à época do Código de Menores de 1979 – finalmente alcançasse êxito.

Mas, se o problema não está mais na lei<sup>62</sup>, há que se encontrá-lo em outro lugar. É então que surge a ideia de que o problema da interpretação decorre da razão assujeitadora do intérprete (STRECK, 2013). Se, antes, o sujeito se encontrava preso à coisa, então considerada como um repositório de essência e sobre a qual se dava a busca pela verdade, a situação se inverte quando é o sujeito quem passa a assujeitar o objeto.

O sujeito racional se transforma no lugar da verdade e no ponto de partida para qualquer conhecimento. É como afirma Luiz (2013, p. 34):

O sujeito, assim, cria seu objeto, em um processo de objetivação do mundo, na medida em que a mediação da subjetividade é condição de possibilidade do próprio conhecimento, pois a razão seria capaz de compreender o que ela mesma produz segundo seu projeto. O sujeito, a partir de então, não se orienta pelo objeto; ao contrário, é o objeto que é determinado pelo sujeito.

Amarrada a esse paradigma de pensamento é que se encontra a noção de que o juiz é um sujeito que pode decidir conforme sua consciência, como se a sua relação com o direito fosse a de quem pode assujeitá-lo como um objeto e atribuir sentidos, a partir de critérios que, aprioristicamente, regessem a sua consciência.

Nesse contexto é que se pode falar em um sujeito solipsista, ou seja, aquele que opera a partir de uma consciência-de-si-do-pensamento-pensante, para usar a expressão

---

<sup>62</sup> A afirmação de que o problema não está mais na lei, não implica o desconhecimento das inconsistências técnicas e falhas dogmáticas ainda presentes no ECA, sobretudo nos dispositivos relacionados à aplicação de medidas socioeducativas. Com a referida afirmação, apenas se enfatiza que, para uma perspectiva de compreensão que coloca na lei a centralidade do problema hermenêutico, da interpretação, não haveria como sustentar a permanência de um modelo de responsabilização discricionário, a partir do momento em que entram em cena no ordenamento jurídico nova lei e novos dispositivos que – mesmo tomando os limites estritamente semânticos do texto – em muito se diferenciam e se afastam do modelo de responsabilização anterior.

cunhada por Streck (2013), atribuindo sentidos, a partir de uma razão cindida, desconectada e, operando em abstrato, como se existissem ideias descoladas de fatos ou ainda sentidos prévios às coisas, como se fosse, enfim, senhor dos sentidos.

De um objetivismo, que atribuía à reforma da legislação estatutária o movimento suficiente para que se rompesse com a justiça menorista e se inaugurasse um novo modelo de responsabilização, passa-se ao outro extremo, em termos de compreensão do problema, uma vez que, de outro lado, atribui-se à subjetividade dos julgadores a (in)determinação dos sentidos na responsabilização de adolescentes.

Mas nesse movimento pendular entre as duas perspectivas, muito ficava de fora. Streck (2009), há muito, denuncia que esses dois possíveis caminhos para a abordagem do problema da interpretação insulavam, de um lado, o direito, como se se tratasse de um mecanismo asséptico e, de outro, o intérprete, como alguém que, deslocado do mundo prático, procedesse à interpretação, seja procurando na própria coisa uma essência, um sentido dado, seja acoplando a ela um significado, a partir do que dita sua consciência.

Diante dessas possíveis abordagens, o problema da interpretação tomado como questão principal, nessa investigação, já havia assumido outros contornos. Se, antes, tratava-se de uma questão direcionada a um resultado prático, qual seja, o de propor a contenção da discricionariedade, a lida com o que dizia a doutrina passou a direcionar a atenção para o próprio caminho, ao invés do resultado.

A hermenêutica filosófica surgiu, assim, como uma possibilidade de abordagem que a própria pergunta então colocada começava a prelinear. Tendo Streck (2009), desde a publicação do trabalho em que defende o desenvolvimento de uma “Nova Crítica do Direito”, introduzido, com maior profundidade, os aportes hermenêuticos para o debate da aplicação do direito, pode-se dizer que essa via de compreensão sobre a decisão judicial, a discricionariedade e o intérprete-juiz consolidou uma possível repercussão da hermenêutica filosófica para as ciências jurídicas.

É, pois, em Gadamer, que a presente investigação situa as suas próprias possibilidades de contribuição para a mirada do problema da interpretação. De certa forma, é arbitrário apresentar alguns dos conceitos da hermenêutica filosófica, sem o merecido diálogo com o trabalho de outros tantos autores que se dedicaram à interpretação, tendo em vista que os limites dessa dissertação não permitem incursionar com maior profundidade naquilo que está para além do problema colocado.

Mas, reconhecendo essa perda, o que se pretende com a abordagem é apresentar um viés hermenêutico que, embora já consolidado em relação à construção de uma teoria da

decisão, no Brasil, sobretudo a partir dos trabalhos de Streck (2009), ainda não alcançou, suficientemente, o campo de discussão dos direitos da criança e do adolescente, onde ainda se opera, salvo poucas exceções, ignorando o estado da discussão sobre o problema da interpretação.

Disso decorre uma consequência: se há alguma performatividade, nessas linhas, talvez seja a de tornar acessível esse viés hermenêutico, tanto quanto seja possível mobilizar o um-leitor para (re)visitar a crise de interpretação do ECA, desde outros aportes. Ou seja, não se trata de exaurir, um a um, o significado de pré-compreensão, tradição, preconceitos, círculo hermenêutico, em uma linguagem carregada e hermética<sup>63</sup> que, ao invés de oferecer uma perspectiva, a insule em lugar inacessível, sobretudo considerando que, para boa parte dos agentes do direito, a filosofia, quando muito, é um discurso de segunda ordem, auxiliar, em relação ao qual vive-se bem, à distância. A intenção é aproximar, mesmo sob a tensão da perda.

Já se disse que, por hermenêutica, é possível chegar a uma série de significados. Antes de Gadamer, as mais variadas abordagens relacionadas ao problema da interpretação se desenvolveram. Embora não se possa dizer que esses vários momentos pelos quais atravessou a hermenêutica tenham se dado organizada e teleologicamente, costuma-se apontar três grandes etapas: a) hermenêutica clássica, como arte de interpretar os textos; b) hermenêutica “mais universal”, do século XIX, tendo Schleiermacher e Dilthey como expoentes e, finalmente; c) a “virada existencial” da hermenêutica, em Heidegger (GRONDIN, 2012).

Essa chamada virada existencial assume toda importância. Isso porque, embora se possa dizer que a hermenêutica filosófica tem, em Gadamer, seu principal nome (GRONDIN, 1999), a vinculação do projeto hermenêutico do referido autor à obra de Heidegger é incontestável<sup>64</sup>. E ele opera uma mudança das mais importantes, em se tratando de como se compreende a própria hermenêutica.

Heidegger vincula a hermenêutica a um projeto muito mais amplo do que até então se havia estabelecido. Enquanto as perspectivas anteriores dotavam os esforços no sentido de construção de métodos para interpretar textos, ou de encontrar os estatutos próprios

---

<sup>63</sup> “Em relação à física, quase todos nós nos encontramos nessa situação lastimável de não entendermos nada do que está em jogo nela e, contudo, vivermos de seus conhecimentos”. É assim que Gadamer (2010, p. 331) identifica a experiência na linguagem, em uma era tecnicista. Para ele, há um risco, inclusive na filosofia, de apresentar uma terminologia, jargões e todo um universo expressivo pré-formado que, ao invés de comunicar, desempenha uma função excludente.

<sup>64</sup> Há uma tendência, muito peculiar, de se falar em hermenêutica, círculo hermenêutico, e outros conceitos sem citar a importância de Martin Heidegger para a introdução e/ou renovação desses conceitos. Streck (2013) defende que tal lembrança é, no mínimo, condição de possibilidade para se falar de hermenêutica filosófica.

pelos quais se pode chegar à verdade nas ciências do espírito, em comparação às ciências da natureza, Heidegger, perguntando pelo sentido do ser, chega à ideia de que compreender não é, propriamente, uma intencionalidade cognitiva, mas o próprio modo de ser do ser-aí enquanto existência (LUIZ, 2013).

A compreensão é, pois, um existencial. “O ser-aí é, em si mesmo, hermenêutico, enquanto já sempre se movimenta numa compreensão de seu próprio ser”, aduz Stein (2001, p. 188), nesse sentido. Heidegger toma o termo “hermenêutica”, no sentido de desenvolver uma ontologia da compreensão<sup>65</sup>, não mais como uma arte ou teoria para a interpretação de textos. Como elemento ontológico da compreensão, esse caráter hermenêutico é desenvolvido por ele no interior da própria existencialidade. Em outras palavras, compreender é da ordem do existencial e está presente na experiência do homem-no-mundo, como também em todo ato de interpretar.

Em uma leitura apressada, parece que essa ideia de hermenêutica nada tem a ver ou a contribuir com a interpretação no direito. Que ligação tem o jurista e o direito com essa ideia de ser-no-mundo, ser-aí, existencialidade, ontologia? Embora não se trate de uma questão simples e rápida de ser atendida, trata-se de uma das mais importantes consequências dessa virada hermenêutica para o direito.

Em face desse reconhecimento de que a compreensão já-sempre acontece, mesmo antes daquilo que se constitui como uma enunciação argumentativa, pode-se dizer que, se para algumas perspectivas teóricas, o problema da verdade no direito encontrava-se no limite do procedimento, ou seja, daquilo que se reduz ao nível lógico-argumentativo (apofântico), para a hermenêutica filosófica, a verdade, porque a compreensão se dá antes mesmo disso, encontra-se em um nível estrutural, hermenêutico<sup>66</sup>.

Disso decorre uma consequência interessante: se algumas perspectivas, sobretudo as que apostam no método como caminho de acesso à verdade, tomam a interpretação como um processo que se estabelece com o objetivo de compreender algo, há uma verdadeira virada, a partir da hermenêutica da facticidade de Heidegger, em que compreender precede –

---

<sup>65</sup> Para Grondin (1999, p. 186), “ontológico significa, aqui, como tão frequentemente em Gadamer: universal. O círculo é universal, porque cada compreensão é condicionada por uma motivação ou pré-conceito. Os pré-conceitos – ou a pré-compreensão – escreve Gadamer provocadoramente, valem, de certa forma, como ‘condições de compreensão’, transcendentais. A nossa historicidade não é uma limitação, e sim um princípio de compreensão. Nós compreendemos e tendemos para uma verdade, porque somos guiados neste processo por expectativas sensoriais”.

<sup>66</sup> Essa distinção entre um logos hermenêutico e um apofântico, segundo Grondin (1999, p. 161), pode ser compreendida nos seguintes termos: “mais originariamente do que o ‘como’ apofântico, isto é, como a expressão dos fenômenos, que se exprime em locuções ou enunciados, atua um ‘como’ hermenêutico, que realiza uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí.

não como um momento ou etapa, mas na perspectiva de algo que está na base, ou dizendo de outra forma, que se constitui como dimensão fundamental do ser – a própria interpretação.

As tradicionais teses acerca da interpretação no direito, que operavam com elementos tais como subsunção, silogismo, conformação do legislador, dão lugar a uma perspectiva hermenêutica que não mais aborda a interpretação como uma determinação das significações textuais da lei e é nisso que consiste o grande giro hermenêutico operado na teoria do direito (STRECK, 2009, p. 389).

Assim, não se interpreta, pois, para compreender, eis que, antes mesmo, já-sempre se compreende, para interpretar (STRECK, 2009). Gadamer retoma essa perspectiva de compreensão da hermenêutica, como algo que constitui a experiência do homem no mundo, para dar conta de esclarecer, tanto quanto possível, quais as condições em que se dá a compreensão.

E Gadamer o faz, inclusive, retomando conceitos tais como o de circularidade hermenêutica<sup>67</sup>. Segundo ele, inclusive, Heidegger empreendeu uma descrição fenomenológica perfeita da pré-estrutura da compreensão (GADAMER, 2012, p. 359).

A circularidade da compreensão encerra um constante reprojeter. Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas é a tarefa constante da compreensão, segundo Gadamer (2012, p. 356).

Esse procedimento não é um algo formalmente estabelecido, ressalte-se. Ele se dá toda vez que se compreende algo. Compreende-se e, nesse processo, encontram-se uma série de aspectos que merecem a devida atenção. Em primeiro lugar, a linguagem é tomada de uma forma completamente diferente, para Gadamer. Ao invés de ser compreendida como algo que o sujeito pode dispor, ela passa a ser encarada como algo que antecede e constitui o próprio intérprete. A experiência do homem, no mundo, para Gadamer, é uma experiência na e pela linguagem.

A tradição, em que se sustenta toda experiência, enquanto indeclinavelmente histórica, existe no *medium* da linguagem (GADAMER, 2012). Daí porque, toda tentativa de insular a linguagem como um instrumental a serviço da razão, ignora que, pensamento e

---

<sup>67</sup>Embora ambos os autores se vinculem, muito particularmente, ao tomarem por pressuposto o caráter ontológico da compreensão, há uma série de aspectos que diferenciam a maneira como Heidegger e Gadamer desenvolvem suas concepções hermenêuticas. Nesse sentido, Grondin (2003) aponta algumas, tais como: a motivação existencial, presente em Heidegger, diferentemente do projeto gadameriano, que projeta a questão hermenêutica, nas ciências do espírito, para além dos modelos metodológicos de objetividade e a forma como cada um desenvolve a noção de circularidade hermenêutica, assumindo contornos diferentes (entre o todo e as partes; entre interpretar e compreender).

linguagem estão, de fato, relacionados, mas não tendo um o domínio estabelecido sobre o outro. É como afirma Palmer (2006, p. 207):

A linguagem que vive no discurso, a linguagem que engloba toda a compreensão e todos os intérpretes de textos, está de tal modo fundida com o processo de pensamento (e conseqüentemente com a interpretação) que pouco nos fica quando abandonamos o que as linguagens nos dão em matéria de conteúdo e pretendemos pensar a linguagem como forma. A inconsciência da linguagem ainda não deixou de ser o autêntico modo de ser da linguagem.

A linguagem, tal como a própria compreensão, é um fenômeno englobante e, pois, nunca pode ser totalmente objetificada. Isso permite sustentar a crítica em relação a determinadas perspectivas teóricas, no direito, que acreditam ser possível, através de um fechamento semântico, dar conta dos relativismos interpretativos.

A elaboração de uma linguagem artificial, taxativa, aliada ao desenvolvimento rigoroso de procedimentos e métodos de interpretação e de manuseio dessa linguagem, no direito, não opera adequadamente a contenção da discricionariedade, uma vez que, a despeito do máximo rigor, não é possível prefixar a interpretação e os sentidos, antes mesmo do caso concreto, antes mesmo das perguntas.

O direito é um fenômeno na linguagem. Mas é preciso que se compreenda que essa linguagem antecede e constitui a própria experiência do intérprete, antes mesmo de qualquer tentativa de construção de uma linguagem artificial. O desenvolvimento de métodos, ele próprio, já pressupõe essa pertença da experiência à linguagem. Ou seja, insistir na possibilidade de construção de modelos teórico-interpretativos, como vias de acesso às respostas de um caso concreto, deixa de lado o que de mais característico possui a linguagem: o seu caráter não-instrumental.

A hermenêutica filosófica devolve a linguagem ao mundo que ela própria constitui. O problema da interpretação não se direciona, nesse sentido, às questões de forma, seja da linguagem, seja dos métodos empregados para interpretar, mas antes, radica-se no mundo que se compartilha, na linguagem e que, indeclinavelmente, atravessa a própria experiência (hermenêutica) do homem, no mundo.

Quando o intérprete se direciona a um texto, esse movimento que se dá entre ambos tem a estrutura da pergunta como condição de possibilidade. Tanto o intérprete quanto o texto interrogam-se, num movimento de diálogo. É interessante reconhecer que não só o intérprete coloca perguntas ao texto, mas o texto também lhe antecipa questões. Compreender um texto é, em grande medida, relacionar-se com uma questão que é colocada pelo próprio texto.

De fato, como ainda será possível abordar a seguir, o intérprete nunca chega como uma *tabula rasa* a um texto. Ele carrega um mundo consigo. E o texto que se pretende interpretar, também entra nessa relação dinâmica, participando ativamente do processo. Isso reformula completamente a ideia de que o texto é um objeto sobre o qual se exerce uma atividade meramente cognitiva.

Tampouco se trata de procurar as intenções, o sentimento ou a opinião do autor (PALMER, 2006). O texto coloca uma questão e é em termos disso que o próprio texto antecipa que o intérprete interage, colocando também suas questões e, a cada reprojeter, fundindo horizontes com o próprio texto.

Se se trata de um encontro – entre intérprete e texto – é importante sublinhar que ele é um movimento de diálogo em que ambos interagem, tendo um horizonte como condição de possibilidade<sup>68</sup>. A tarefa da hermenêutica é tirar o texto da alienação em que se encontra (rígido, escrito), para recolocá-lo exatamente nesse horizonte vivo do diálogo (PALMER, 2006, p. 202).

Dizer, entretanto, que o texto antecipa também questões, não significa dizer que ele carregue um sentido imutável, prévio e permanente. É como afirma Pinho (2013, p. 117):

É conveniente insistir que essa expectativa de sentido não significa sentido aprisionado, ou seja, não significa dizer que o texto traz em si um significado permanente. A rigidez do texto (ou melhor, das palavras do texto) tem de ser colocada no movimento do diálogo. Isto é, a tradição interpela-me, mas eu (intérprete) também interpelo a tradição. A hermenêutica deve, por isso mesmo, retirar o texto de seu estado de sonolência (do passado) e trazê-lo à discussão presente.

Isso corresponderia a afirmar, no campo do direito infracional, por exemplo, que o texto do ECA carregaria sentidos dados, prévios que poderiam ser descobertos pelo intérprete. A hermenêutica filosófica afasta-se desses essencialismos, que dão conta de restringir (ou em outros termos, de entificar) o problema da interpretação. Não por acaso, como mencionado no primeiro capítulo, a crença irrefreada de que o ECA representou uma mudança de paradigma, nos direitos da criança e do adolescente, traz essa marca, uma vez que pressupõe que a lei, carrega, de per-si, independente de qualquer aplicação, um sentido prévio.

O diálogo de que nos fala Gadamer constitui uma virada importante para a reformulação das questões sobre a interpretação. Isso porque, esse jogo dinâmico entre texto, intérprete, história, constitui, ele próprio, enquanto um *como* o ambiente em que se pode desenvolver adequadamente uma compreensão hermenêutica.

---

<sup>68</sup> Gadamer desenvolve esse movimento, em termos de um jogo. Figurativamente, é como um algo que não possui nenhum alvo em que termine, mas renova-se em constante repetição. O jogo é a própria realização do movimento enquanto tal, enquanto um sendo-jogado.

Enquanto, para outras perspectivas de compreensão que municiam uma ideia de sujeito racional, descolado do mundo, esse jogo é, em grande medida, jogado só, pois que o problema da interpretação passa a residir exclusivamente naquilo que o intérprete atribui, em termos de significado, às coisas; a hermenêutica abraça um contexto muito mais amplo, dinâmico, em que atua nesse diálogo uma série de outros aspectos, até então, pouco ou mal compreendidos em termos do quanto atravessam o problema da interpretação.

Isso retira a interpretação de um território colonizado por uma espécie de subjetividade totalizante e devolve à própria coisa interpretada um movimento, uma vinculação à tradição viva da qual ela também faz parte. Quando se trata de compreender o lugar dos textos jurídico-normativos, por exemplo, isso permite devolver uma carga de expressividade e de pertença à uma tradição, que as abordagens estritamente semânticas obstaculizam ao tomar o problema do sentido, exclusivamente em termos de uma linguagem que se pretende rigorosamente objetiva e científica.

Nos tópicos seguintes, será possível debater ainda, como a história e os pré-conceitos do intérprete entram nesse jogo da compreensão e repercutem na atividade interpretativa. O que interessa, ainda, preliminarmente, mencionar, é que Gadamer, de modo algum, mesmo considerando todos esses aspectos que repercutem e constituem o processo de interpretação, negocia com relativismos.

Significa dizer que, a despeito de não considerar o método como via de acesso à compreensão, de modo algum se pode dizer que a interpretação, desde a mirada da hermenêutica filosófica, seja uma atribuição arbitrária de sentido. Exatamente porque há a alteridade do texto, como se verá adiante, como também pelo fato de atuar em toda compreensão um momento da tradição e, tendo em vista a importância da pergunta nesse movimento que se estabelece a partir do encontro do intérprete e do texto é que se pode delinear o contexto amplo em que se dá a interpretação. Há, pois, constrangimentos e de várias ordens.

E se se pode falar em constrangimentos, ressalte-se que não se trata de algo da ordem do pré-fixado, no nível argumentativo, mas muito antes, de algo que sempre opera, enquanto se compreende. Trata-se, nesse sentido, não de criar constrangimentos, no nível argumentativo, mas de reconhecê-los, (re)encontrá-los, naquilo que atravessam o nível hermenêutico da compreensão.

Ferrajoli (2002), por exemplo, ao propor uma linguagem artificial, como mecanismo de contenção da discricionariedade, ao fim e ao cabo, tende ao excessivo rigor metodológico e de precisão da linguagem, exatamente porque esse tipo de constrangimento

sempre chega tarde, em termos de interpretação. Reforça uma série de barreiras de contenção, no nível argumentativo, compensando a falta hermenêutica que o garantismo penal carrega, sobretudo ao considerar a linguagem como um instrumento artificializado.

A defesa de um direito penal juvenil, nesse sentido, para além da deficiência criminológica (ROSA, 2006), abriga também um déficit hermenêutico, ao desconsiderar que a atividade de decidir os casos é, sobretudo, prática. Que, mesmo a reconstrução, no nível racional e lógico-argumentativo, da estrutura do sistema de responsabilização não dá conta de esgotar a interpretação.

Assim, como afirmado no título deste capítulo, a necessidade de controle da decisão judicial infracional encontra na hermenêutica filosófica sua condição de possibilidade, mas não na perspectiva de um procedimento a ser estabelecido com a finalidade de constranger o intérprete a uma determinada interpretação previamente fixada.

Trata-se, antes, de reconhecer que em todo decidir, há uma série de aspectos já-sempre atuando. É condição de possibilidade, pois, de formular as bases para uma proposta de controle que dê conta de satisfazer, hermeneuticamente, aquilo que o direito, por si só, se tomado como um instrumento, enredado em procedimentos e métodos não consegue, suficientemente, atingir em termos de constrangimento – democrático, ressalte-se – do ato decisório.

#### **4.2 O juiz e a cultura menorista: a interpretação como afastamento de preconceitos inautênticos.**

Diz-se que, em um processo penal democrático, é necessário que o juiz ocupe uma certa posição de alheamento. Estar alheio poderia significar, do ponto de vista teórico, a crença em um descolamento do juiz em relação ao seu mundo. Mas não é disso que se trata.

Que é necessário que o juiz esteja afastado dos interesses das partes, Ferrajoli (2002, p. 464), por exemplo, cuidou bem de esclarecer através da ideia de equidistância, além de demonstrar que relação isso guarda com a imparcialidade. O que muitas vezes passa despercebido, entretanto, é que a estrutura do processo não dá conta – por absoluta impossibilidade – de operar um alheamento do juiz em relação ao mundo.

A imparcialidade – garantia, ressalte-se – decorre não de uma característica pessoal de um magistrado, mas daquilo que a estrutura do processo (democrático) lhe reservou enquanto possibilidade de atuação. Embora ele seja também um sujeito do (e no) processo, a sua atividade não se confunde com a das partes e, mais que isso, a ele não cabe a

gestão da prova.

Nesse sentido, imparcialidade não se confunde com ausência de preconceitos, visões de mundo ou pressupostos. Não corresponde à neutralidade. O juiz, indeclinavelmente, compartilha um mundo e a sua carga ideológica é inafastável (ROSA, 2006, p. 296). E o processo, enquanto estrutura, não é capaz de fazer frente a essa realidade.

Entretanto, não há nisso nenhum fatalismo. Como se, ante a impossibilidade de eliminar as visões de mundo do juiz, houvesse uma espécie de concordância tácita em relação ao seu ingresso no processo e na decisão judicial e à possibilidade de isso influenciar e determinar a solução do caso concreto.

Como apontado nos capítulos anteriores, a cultura menorista constitui um argumento frequente para justificar a permanência de decisões arbitrárias. Como se o que o juiz carregasse, em termos de visão de mundo, fosse propriamente o obstáculo para a efetivação da Constituição de 1988 e da legislação estatutária.

Mendez (2001, p. 31) chega a afirmar que é “óbvio e evidente que o novo direito exige uma profunda renovação nas filas dos operadores jurídicos”, pois que aqueles que até então ocupavam o lugar de “juizes de menores”, radicados em uma cultura repressiva e tutelar sobre a infância não teriam condições de dar efetividade ao novo sentido da responsabilização de adolescentes, no Brasil.

Isso coloca um impasse: se o processo, em termos estruturais, não dá conta de frear as visões de mundo do (um-)juiz e se este compartilha uma cultura de tutela-repressão, dando sentido à infância e à juventude como o lugar da intervenção assujeitadora, isso significa que, ao fim e ao cabo, quem sujeita a decisão são essas visões de mundo?

Em um contexto como o da América Latina, em que os mecanismos jurídicos de intervenção sobre crianças e adolescentes foram forjados como instrumentos de controle e objetificação, seria impróprio pensar que os sujeitos que compõem a trama das instituições, como o Poder Judiciário – lugar inclusive em que a comunidade desenvolve e sustenta representações sociais<sup>69</sup> – estivessem à margem dessa história.

Na América Latina, a história da infância é, propriamente, a história de seu controle (MENDEZ, 1994). Isso significa que é nessa tessitura das relações e trocas sociais,

---

<sup>69</sup> Embora a teoria das representações sociais não seja um referencial adotado nessa pesquisa, o argumento permanece válido para indicar como a trama das relações sociais, ou dizendo em outras palavras, a comunidade e o espaço público são lugares em que se estruturam verdadeiros arsenais de sentido sobre determinados aspectos da vida, tais como a infância e a juventude. Nesse sentido é a contribuição de Jovchelovitch (1994), ao nominar e demarcar instâncias como a esfera pública, enquanto espaços de estruturação de representações sociais. Nesse sentido, conferir: JOVCHELOVITCH, Sandra. Vivendo a vida com os outros: intersubjetividade, espaço público e representações sociais. In: \_\_\_\_\_. JOVCHELOVITCH, Sandra; GUARESCHI, P. (Orgs.). **Textos em representações sociais**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 63-85.

radicadas na história, que os indivíduos experimentam os significados construídos socialmente, como os de infância e de juventude. Ou seja, não é descabido pensar em um algo compartilhado – ainda que em termos de cultura – que oriente a compreensão de adolescentes como objetos de tutela.

Mas, de modo algum, pode-se admitir que a atividade interpretativa do juiz seja atribuir qualquer sentido. Embora, com frequência, pareça certa resignação em relação ao relativismo, como se o direito fosse um campo em que, naturalmente, seja possível atribuir várias respostas a uma mesma pergunta, porque, ao fim e ao cabo, não seria aquele uma ciência exata (PINHO e BRITO, 2014), se a interpretação judicial se tratasse de permanecer no nível do meramente “opinável”, a discricionariedade sequer seria um problema.

Aliás, Gadamer (2012, p. 358) comenta que as opiniões (prévias) representam uma infinidade de possibilidades mutáveis. Só que dentro dessa tamanha variedade, nem tudo é possível, quando se está diante de um texto. O horizonte do texto não se funde a qualquer opinião prévia.

Então é necessário dar conta de um outro impasse: que lugar ocupam as visões de mundo do juiz? Que significa interpretar, em um contexto em que não se pode negar o fato de que o intérprete, no direito, é, antes, um ser-no-mundo? Não há como fazer frente ao menorismo que ainda (é) forja(do) (pel)o juiz?

Para responder a esse impasse, Gadamer restitui à ideia de preconceito um lugar de destaque para o problema da interpretação. Note-se que essa “restituição” é um aspecto importante e deve ser compreendido com maior detalhamento.

Grondin (2012, p. 67) aponta que a velha receita para fundar a verdade das ciências humanas, desde o Iluminismo, consistia em excluir os pré-juízos do entendimento, em nome de uma concepção de objetividade, herdada das ciências exatas. Não havia lugar para os preconceitos nesse modo de produzir conhecimento e de buscar a verdade.

Em função disso, a noção de preconceito, desde o Iluminismo, assumiu contornos muito negativos. A verdadeira cruzada contra eles alicerçava-se sobre a ideia de que só pode ser reconhecido como verdadeiro aquilo que foi fundado com base na razão, o que levou o Iluminismo a desvalorizar todo conhecimento fundado na tradição e na autoridade (GRONDIN, 2012).

Com base nessa premissa, a interpretação acabou assumindo contornos próprios de um modo científico de proceder (PALMER, 2006). O texto a ser interpretado é encarado como um objeto, sobre o qual se estabelece um procedimento de análise do qual resulta a verdadeira interpretação. Como em um laboratório, onde se pode dissecar um objeto, o

intérprete assume cada vez mais o lugar do cientista e, quanto maior o distanciamento do mundo, mais rigoroso e exato corresponderia o resultado da interpretação (PALMER, 2006).

Mas, Gadamer, afastando-se dessa perspectiva, devolve à ideia de preconceito a importância para a estrutura da compreensão. E o faz mostrando que, no lugar de um sentido prévio de negatividade, os preconceitos também assumem um valor positivo na compreensão.

Para ele, preconceito não significa, de modo algum, um juízo falso. Tanto é assim que, defende Gadamer (2012, p.360), existem preconceitos legítimos. O intérprete sequer pode deles dispor, como se fossem opcionais.

Embora a ideia de preconceito, de que fala o referido autor, não se confunda com meras noções populares, o que é importante deixar claro, a essa altura, é que a compreensão, inclusive no direito, jamais pode prescindir de juízos arraigados historicamente no próprio intérprete (PINHO, 2013, p. 63).

O homem é um ser histórico, finito e a sua relação com isso que Gadamer chama de tradição, com o que o homem se relaciona na perspectiva de uma pertença, constitui condição de possibilidade de sua própria compreensão. A história não está à disposição do indivíduo, porque ele, já-sempre encontra-se nela<sup>70</sup>.

Não se escolhe estar ou não no mundo, ou antes disso, ser ou não histórico. Esse lugar onde se está permanentemente imerso não se relaciona com o homem (o intérprete) como se fosse uma herança encerrada numa bagagem da qual ele possa simplesmente dispor, abrir mão, deixar em algum lugar, mas é a sua própria condição.

Dessa pertença do homem à tradição advém conceitos prévios, ou dizendo de outra forma, preconceitos. E são eles que testemunham, propriamente, a condição e a realidade histórica do ser (GADAMER, 2012).

Em outras palavras, é com eles (e através deles) que o intérprete chega ao texto. E essa relação com o texto não é, propriamente, o lugar em que os preconceitos colonizam arbitrariamente a interpretação, mas, antes, a experiência através da qual é possível confrontá-los com a coisa-mesma, no horizonte da compreensão.

Isso significa que um juiz, como qualquer intérprete, não chega “cru” ao texto (PINHO, 2013, p. 63). Gadamer (2012, p. 389) afirma que “nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação

---

<sup>70</sup> É como afirma Streck (2009, p. 330): “O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso a um texto (e compreendê-lo, é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônada psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante de um mundo linguístico”.

precedente com o assunto”.

Pois bem. No título deste tópico, partiu-se da ideia de que a interpretação é um processo constante de afastamento de preconceitos inautênticos. Isso merece maior detalhamento, pois que pressupõe aprofundar a noção de preconceitos, a partir da hermenêutica filosófica.

Em primeiro lugar, afastar, de modo algum, significa eliminar. Se o processo de interpretação puder ser enxergado como um caminho trilhado pelo intérprete, com o objetivo de ter acesso ao sentido do texto, pode-se dizer que, nessa trajetória, existem alguns preconceitos que obstruem e outros que permitem o acesso.

Embora eles não apareçam ao intérprete, de antemão, classificados como legítimos ou ilegítimos, a lida nesse caminho em busca do acesso à coisa-mesma é o processo através do qual o intérprete coloca, um a um, esses preconceitos à prova. Toda interpretação começa com uma expectativa de sentido que precisa ser confirmada no texto (PINHO, 2013, p. 63). Avançar, nesse processo, corresponde a confrontar esses sentidos previamente apresentados.

Os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição. Diz Gadamer (2012, p. 391) que o intérprete sequer está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos.

Diz-se, assim, que é possível afastar os preconceitos inautênticos. Mas isso não significa eliminá-los, previamente. Até porque não se dispõe deles, como já afirmado. Não são algo que o intérprete possa aceitar ou recusar, mas constituem a própria capacidade que ele tem de compreender algo (PALMER, 2006, p. 186).

Afastar, pois, não significa destruir. Nessa direção à coisa-mesma, os preconceitos vão sendo confrontados e, na medida em que se constituem como antecipações de sentido, vão sendo revisados, em termos do que o texto também coloca.

Essa relação do intérprete com o texto merece todo cuidado. Não se trata da relação entre um sujeito (fora da história) e um objeto (passivo e asséptico). A noção de coisa-mesma – embora não seja possível, neste trabalho, desenvolvê-la na profundidade merecida – é importante para compreender que o texto não é um algo inteiramente ao dispor do intérprete.

A coisa interpretada, ela própria, já antecipa sentido. Um texto, por exemplo, já diz algo (PINHO, 2013, p. 63). E nem tudo cabe, em termos de interpretação, exatamente porque o intérprete não chega ao texto com sentidos prontos para nele acoplar, mas necessita

(re)conhecer o que o próprio texto lhe antecipa e lhe confronta.

Mais uma vez cabe tratar a relação entre os preconceitos, o intérprete e o texto, em termos de um afastamento daquilo que, inautenticamente, obstrui o acesso ao sentido do texto. Gadamer (2012, p. 358) afirma que “quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto”.

Há a alteridade do texto e isso é fundamental para compreender a relação que se estabelece com o intérprete. O juiz, por exemplo, não pode atribuir qualquer sentido à lei, exatamente porque ela não é um dado à disposição dos sentidos que ele resolva estabelecer, arbitrariamente. Ainda que existam conceitos vagos e expressões indeterminadas – até porque as palavras não prendem sentido – o ordenamento jurídico não diz qualquer coisa, mas antecipa algum sentido.

Proteção integral de crianças e adolescentes, nesse contexto, não significa pois, uma autorização em branco para que o juiz diga o que quiser. Antes que o intérprete lhe acople qualquer noção, o encontro com o ordenamento jurídico e, mais especificamente, com a legislação infracional, não autoriza qualquer sentido para a ideia de proteção.

Nesse aspecto, o ganho que a compreensão hermenêutica promove, em relação à interpretação judicial é ir além de perspectivas – como a de um positivismo normativista – que compreende ser a interpretação do juiz um ato de vontade.

Essa ideia aparece no acervo de justificativas para a discricionariedade, no campo da decisão infracional. Não raro, inclusive, argumenta-se que o magistrado pode escolher a medida socioeducativa a ser aplicada, ou decidir pela sua manutenção (ou não), com base no livre convencimento. Nesse sentido, Costa (2005, p. 153) acredita que “o juiz pode, portanto, condenar ou absolver de acordo com sua livre convicção, desde que justificando sua decisão”.

Condenar e absolver são, no mínimo, respostas diametralmente opostas. Ainda assim, parte da doutrina segue acreditando que o juiz pode decidir por qualquer delas, mediante um ato de escolha, bastando para isso justificar a sua decisão, como se o processo de apuração de ato infracional fosse um jogo de azar, a depender do magistrado e de suas convicções.

É importante destacar que considerar a decisão como um ato de vontade provoca um déficit democrático, uma vez que substitui-se a ordem democraticamente estabelecida pelos critérios obscuros da consciência do intérprete e de suas preferências pessoais (LUIZ, 2013).

Mais do que necessário, portanto, deslocar-se a partir de outras perspectivas de compreensão do problema da interpretação, sob pena de se continuar insistindo na tese fatalista de que a discricionariedade sempre intervirá na interpretação do direito, já que interpretar decorre de um ato de vontade do intérprete.

Outro ganho possível para a compreensão do problema, com a hermenêutica, é o de tornar claro que o sentido do texto não se encontra enclausurado em um *em-si*, donde seria possível ao intérprete, através de métodos ou procedimentos interpretativos, alcançar esse lugar prévio do sentido. A hermenêutica filosófica retira o texto dessa perspectiva de compreensão que o coloca como um inerte recipiente, um depósito passivo de significações.

Abordada nesses termos, parece que esta perspectiva teórica se mostra distante ou pouco presente no atual debate sobre a discricionariedade. Mas a crença no senso de equidade do juiz e nas técnicas jurídicas como elementos determinantes no processo de interpretação judicial ainda são muito frequentes. Por todos, menciona-se a tese de Sposato (2013, p. 130), para quem

Certo é que o juiz decide, resolve, escolhe, e o faz em nome do que o considera direito, a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito de que eles constituem um elemento central. Nesse contexto, as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que não é uma lógica formal, mas uma lógica do razoável, representam um auxílio essencial na medida em que permitem que o juiz conceitue, por uma argumentação apropriada, o que lhe dita seu senso de equidade e seu senso de direito.

A interpretação não é, insista-se, relação de mão única e linear estabelecida entre o intérprete e o texto; sendo aquele o que se move e este o que permanece inerte à espera da atividade assujeitadora do intérprete. Trata-se de um diálogo em que o texto também participa, falando e oferecendo resistência (GRONDIN, 2003).

Isso permite confrontar a ideia de que o texto acolhe, passivamente, qualquer possibilidade de interpretação. Interpretar não é outra coisa, senão o exercício constante de uma revisão. A lição de Gadamer (2012, p. 356), nesse aspecto, merece transcrição:

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

Se há, então, visões de mundo que reprimam e atualizam o menorismo, compartilhadas pelo um-juiz, disso não decorre o fatalismo de uma decisão judicial que estabeleça, arbitrariamente, sentidos, num caso concreto. No que diz respeito à relação do juiz com essa chamada cultura menorista, a presente pesquisa insiste que o problema da

interpretação judicial, no direito infracional, ainda que admita a existência de uma tal cultura, não rende-se à discricionariedade, pois que interpretar não é um deixar-se à deriva.

Se, para a hermenêutica filosófica, “o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem” (GADAMER, 2012, p. 355-356), é necessário estar atento ao que, em cada caso, o magistrado concretiza, em termos de interpretação. Que ele não busca um sentido prévio, já foi possível debater. Mas é importante compreender que nisso, de outro lado, não há plena autorização para concretizar um sentido que sequer corresponda ao que o texto ou o caso concreto antecipam em termos de expectativa de sentido.

A despeito de não se tratar de um método, ou dizendo de outra forma, de os preconceitos não serem elementos formais, a partir dos quais se possa auferir a validade da interpretação, no caso concreto, a perspectiva hermenêutica ajusta melhor o lugar do texto, do intérprete e até das visões de mundo, no interior desse processo, tornando possível, ao menos, compreender que o problema não se trata de técnica interpretativa, tampouco de bom senso do juiz, mas de necessidade de abertura à opinião do texto, ou mais precisamente, ao que ele, dada a sua alteridade, confronta o intérprete.

#### **4.3 Nem todo argumento é possível: encadeando o horizonte de sentido do paradigma da proteção integral.**

Que o intérprete não se assemelha a um cientista de laboratório, isolado e hermeticamente apartado do mundo, já foi possível debater. Além disso, que a compreensão não decorre de um procedimento metodologicamente situado, também já se discutiu, a partir de alguns aportes na hermenêutica filosófica.

Mas, além desses aspectos, há um outro que merece toda atenção, tendo em vista repercutir nisso que chamamos de interpretação e que, também no direito, não há como ser desconsiderado.

Há sempre uma história atuando e atravessando a experiência do intérprete. Há, em outras palavras, uma relação de pertença entre o homem e a história. Mas, trata-se de uma pertença que não pode ser compreendida como algo da ordem de um total assujeitamento, como se o homem pudesse opor-se à história e manuseá-la como a um objeto, como também, de outro lado, não corresponde a que se possa concluir que a história amarra de tal forma o homem, que chega a se colocar como uma total oposição em relação a possibilidade de exercício da razão.

A compreensão, pois, não se situa fora da história. E isso é extremamente relevante do ponto de vista hermenêutico. Mesmo a interpretação judicial não se dá isolada de um algo que é compartilhado pelo intérprete, antes mesmo do próprio direito, isso se (ainda) compreendido este como uma espécie de racionalidade instrumental à disposição do intérprete.

Quer-se dizer que, até mesmo o direito, prática constituída na e pela linguagem, está atravessado na e pela história. A relação do Estado com a infância e a juventude, no Brasil, nesse sentido, também (re)conhece essa dimensão histórica.

Há, então, alguma consequência decorrente disso que, dinamicamente, chega até hoje, como uma espécie de herança e que, ao mesmo tempo, continua forjando o intérprete e sendo por ele forjada?

Volte-se à trajetória dos direitos da criança e do adolescente, no Brasil. Que, aliás, como autêntico mecanismo de controle sobre a infância e a juventude carrega e compartilha sentidos que não decorrem, propriamente, do que se estabeleceu pelas mãos do ordenamento jurídico, ou seja, sentidos “criados” em laboratório, artificialmente, mas antes disso, decorre daquilo que, em alguma medida, é compartilhado no mundo da vida, na trama das relações sociais.

A preocupação com o que significa essa relação entre o intérprete e aquilo que lhe acompanha, situa e alcança como história é importante para o estudo em questão, tendo em vista uma possível objeção: se se pode dizer que a história da infância e da juventude, na América Latina, é a história de seu controle e objetificação (MENDEZ, 2006), um sistema de responsabilização de adolescentes que assim o tomem, para fins de restrição de suas liberdades não atenderia tanto mais a essa história, em outras palavras, à essa tradição – do que propriamente uma ruptura ou uma quebra nesse encadeamento, a partir da (re)compreensão de adolescentes como sujeitos de direitos (constitucionais, nunca é demasiado lembrar)?

Um intérprete forjado em uma tradição menorista que ainda hoje se atualiza, tem condições de, em alguma medida, opor-se à ela, ou em outros termos, de ressignificá-la? Ao mesmo passo, outra questão que surge é apontada por Pinho (2013, p. 20), quanto aos juízes – formados em uma tradição positivista – que, há algumas décadas, viram-se diante de um texto constitucional recheado de princípios e tendo que dar conta de resolver casos, para os quais os até então estabelecidos métodos de interpretação (baseados em regras de tudo ou nada) não mais davam conta de solucionar.

O que significa, pois, uma Constituição que, não só no direito da infância e da juventude, mas em qualquer outra área do Direito, estabeleceu um choque, uma quebra diante de um passado autoritário? Há diálogo ou submissão à tradição? Que consequências promove(u) essa virada constitucional em relação à interpretação judicial?

Gadamer (2012, p. 385) cuidou de se perguntar exatamente que consequências tem para a compreensão a condição hermenêutica de pertencer a uma tradição. Pois, para ele, antes de tudo, “não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela” (GADAMER, 2012, p. 367-368).

Isso significa que o homem encontra-se inserido em uma tradição. Mas, para Gadamer, essa inserção não é objetiva, ou seja, sequer pode ser tomada como algo estranho ou alheio ao próprio homem. Não por acaso, Palmer (2006, p. 180), para designar essa relação entre o homem e a tradição fez uso da seguinte imagem: ela é algo tão invisível ao homem como a água o é para o peixe.

Se se pode reconhecer um espaço para a tradição, nesse rico e vasto contexto em que se dá a compreensão, pode-se dizer que ela constitui “o horizonte no interior do qual pensamos” (PALMER, 2006, p. 186).

O homem, finito e histórico, jamais consegue se colocar acima da história a fim de alcançar um conhecimento objetivamente válido, pois que todo movimento seu enquanto compreensão – aliás, lembre-se que esta não é de ordem meramente cognitiva, mas existencial<sup>71</sup> – encontra-se radicado no tempo e no espaço e, pois, atua sempre um momento da tradição nesse processo.

É por essa razão que, mesmo ao passado, é devolvida uma certa dinâmica, um certo movimento que interage e atua em toda a compreensão. Quando o homem intenta compreender um algo do passado, não o encontra como um dado, como um objeto-em-si, mas o seu próprio “direcionar-se” a ele já carrega o fato de que a tradição ali também atua.

Aliás, é nela que os preconceitos encontram a possibilidade de transmissão. É como aduz Palmer (2006, p. 180):

O presente só é visto e compreendido através das intenções, modos de ver e preconceitos que o passado transmitiu. A hermenêutica de Gadamer e a sua crítica à consciência histórica, sustentam que o passado não é como um amontoado de factos que se possam tornar objecto de consciência; é antes um fluxo em que nos movemos e participamos, em todo acto de compreensão. A tradição não se coloca pois contra nós; ela é algo em que nos situamos e pelo qual existimos [...]

<sup>71</sup> Heidegger, em “Ontologia: Hermenêutica da Faticidade”, já prelineava essa ideia de que compreender não é algo que se dá em termos de uma “intencionalidade”, mas é, propriamente, um “como” do ser-aí. Nesse sentido, interpretar, para o referido filósofo, “não é algo que se acrescenta ao ser-aí, algo que se lhe adere ou dependura de fora, mas algo a que o próprio ser-aí chega por si mesmo, do qual vive, pelo qual é vivido (um como de seu ser)” (HEIDEGGER, 2012, p. 39)

A tradição pode ser pensada, assim, como um fluxo no interior do qual o homem se situa. Mas ela se constrói como um território compartilhado, comum. Luiz (2013, p. 91) chega a afirmar que, indiscutivelmente, ela corresponde a uma categoria coletiva.

Pois bem. Se ela atua na interpretação, pode-se dizer que uma das primeiras consequências disso é o fato de que não se pode viver, pensar e compreender, como um ser isolado. Toda interpretação encontra-se situada em um mundo compartilhado, ou seja, na tradição (LUIZ, 2013, p. 90)

Mas, a essa altura, o que ainda não se debateu foi a relação entre o que advém da tradição e o que decorre da interpretação. Em que medida, pois, esses dois aspectos se relacionam. Como afirmado, se a relação for de aprisionamento total, a tradição menorista que se desenvolve ainda hoje, no país, reforçada inclusive pelo clamor punitivo cada vez mais intenso sobre adolescentes, não permitiria ao intérprete – como o juiz, por exemplo – fugir de uma compreensão objetificadora de adolescentes.

Mas, de outro lado, se ao intérprete couber alguma possibilidade frente à tradição, que significa então interpretar uma legislação como o ECA e solucionar casos concretos em um contexto para o qual essa herança autoritária encontrou um freio normativo, advindo da Constituição de 1988?

De fato, não há como negar que a tradição possui “algum direito” sobre a interpretação que se realiza e, além disso, determina amplamente as instituições e os comportamentos (GADAMER, 2012, p. 372). Mas, apesar disso, não há sujeição passiva e total do intérprete, como se ele, ao interpretar, apenas prestasse contas sobre o que lhe cobra a tradição.

Essa é uma importante questão, uma vez que, no direito infracional, a ideia de cultura menorista, embora não desenvolvida em termos de uma “tradição”, no sentido que lhe empresta Gadamer (2012), é argumento invocado, com frequência, para justificar essa espécie de passividade e conformismo diante da discricionariedade judicial, como se se tratasse do sintoma de uma história que ainda hoje forja as instituições e os saberes sobre a infância e a juventude.

Compreender que o intérprete não se encontra isolado e apartado do mundo e, portanto, reabilitar o lugar da tradição para a questão da compreensão não significa, pois, reconhecer que esse algo compartilhado determina o intérprete, acriticamente. Nesse sentido, esclarece Luiz (2013, p. 89) que:

A tradição fornece, nas práticas particularizadas da construção do significado, a estrutura prévia da compreensão. Esta pré-estrutura no processo de formação do sentido é um primeiro passo inevitável à compreensão. Contudo, ela não amarra o

sujeito, pois o resultado da interpretação, porque realizado pelo círculo hermenêutico, pode levar a alteração, revisão ou transformação da pré-compreensão que se possuía no primeiro movimento interpretativo. A circularidade da compreensão apresenta-se, assim, nesse contínuo fluxo, no qual um preconceito existente leva a outro, que será condição de possibilidade na compreensão de eventos futuros.

Em tópico anterior, quando se cuidou de apresentar essa estrutura de circularidade da compreensão, os preconceitos tomaram um importante lugar para dar conta de esclarecer o que corresponde essa estrutura. Veja-se, pois, que ela só se torna possível enquanto uma espécie de descrição desse processo da compreensão, exatamente porque resgata o elemento de temporalidade e de facticidade que sustentam todo agir hermenêutico.

A tentativa de livrar-se de alguma característica historicamente ultrapassada – como, por exemplo, a trajetória menorista no âmbito das práticas judiciais sobre a infância e a juventude – de modo algum significa a negação da tradição, como se se tratasse de uma espécie de “tornar-se livre” dela. Mas é que o homem realiza uma espécie de capacidade ativa de promover a tradição.

Ela não existe para além do homem, como um algo-em-si. Diz Gadamer (2012, p. 388-389) que “nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-os a partir de nós próprios”.

Uma das possíveis confusões em relação à tradição é acreditar que ela corresponde ao puro conservadorismo, como se se tratasse de um aprisionamento ao passado. A temporalidade do homem e do mundo fazem com que esse horizonte em que se estabelece toda compreensão não seja fixo, mas algo permanentemente em movimento.

Ramires (2010, p. 100) cuidou de indicar um aspecto importante em relação à importância da tradição, sobretudo para a compreensão do que significa promover uma interpretação constitucional, no Brasil. Segundo ele: “em um país que tem uma Constituição democrática e um passado de direito autoritário – caso do Brasil –, não só a tradição não é desprezível como é ainda mais importante para a interpretação constitucional”.

Pinho (2013, p. 74) esclarece, nesse sentido, que o passado autoritário sequer encontra resposta na nova ordem constitucional instituída, no Brasil, razão pela qual, a tradição é reconstruída.

O velho hábito de cindir a interpretação no Direito em relação a um algo compartilhado – seja em termos de uma tradição, seja em termos de moralidade (para algumas perspectivas teóricas) – cria obstáculos à compreensão do que representa um texto constitucional atravessado por uma série de princípios que não autorizam ao intérprete

qualquer resposta. A tradição atua na compreensão, indeclinavelmente, não como o que subjuga sentidos, mas como um território em movimento onde se torna possível confrontar os pré-juízos e atualizar sentidos. Onde há, em última análise, diálogo e não sujeição.

#### **4.4 Da condição às possibilidades: a hermenêutica como um ganho de racionalidade para a(s) teoria(s) no direito.**

Reunir, em um mesmo esforço de pesquisa, questões tão específicas, como é o caso da discricionariedade em algumas decisões infracionais e, ao mesmo passo, mobilizar um referencial radicado na filosofia como um caminho possível para a compreensão do problema não é, de fato, algo tão simples de ser sustentado.

A essa altura da pesquisa, em que se encaminha para a formulação de algumas conclusões acerca da crise de interpretação do ECA e de sua relação com a discricionariedade na (in)determinação de medida socioeducativa de internação, talvez seja necessário debater ainda mais que lugar ocupa essa abordagem filosófica em relação ao Direito e às questões levantadas na pesquisa.

Aliás, elaborar isso em termos de um lugar ocupado *em relação* ao Direito não é, propriamente, o mais adequado, pois que não se trata de enquadrar a hermenêutica filosófica à margem do saber jurídico e de indicar a que ela atende ao Direito, mas apontar em que medida há, antes disso, alguma relação entre Filosofia e Direito e o que isso tem a ver com um possível reprojeter das questões (como a discricionariedade) que tem evidenciado os problemas de um saber jurídico autofundamentado e cindido.

Não se trata de assumir de modo difuso uma perspectiva filosófica, como que para “salvar” a teoria, no Direito, quanto à resolução de um problema. A hermenêutica filosófica não é, nessa perspectiva, um recurso, mas a condição de possibilidade para compreender de que ordem é a limitação de parte da teoria, no Direito, em relação ao problema da interpretação e o que isso tem a ver com a crença exacerbada no método como forma de busca pela verdade.

Stein (2004, p. 155) comenta que, quando no Direito, o jurista confessa a sua perplexidade diante de uma questão, ele já está, de alguma forma, manifestando a esperança de uma certa orientação que possa vir da Filosofia. Mas tal orientação não se esgota no simples ingresso de uma perspectiva filosófica, no Direito, como que um saber ornamental, mas espera-se que a filosofia ofereça, inclusive para o saber jurídico, uma determinada forma de descrever o mundo.

A “aplicação”<sup>72</sup> da filosofia no direito, pois, necessita ser compreendida adequadamente e, antes disso, colocada de forma tanto mais clara, em um esforço de pesquisa como este, sob pena de provocar indevidas conclusões. A preocupação coloca-se em termos de um lugar e de um alcance para a referida abordagem, indicando em que medida esses dois grandes ambientes – o filosófico e o empírico – podem se relacionar, respeitadas as diferenças entre o labor do filósofo e o do cientista – a partir de uma mediação possível.

Estaria, nesse sentido, a hermenêutica filosófica convocada como um referencial para solucionar os problemas da jurisdição infracional? Que sentido há nessa espécie de migração empreendida, tendo um problema empírico como origem e o esforço de um caminho atravessado pela filosofia, como via de acesso a possíveis conclusões sobre a crise de interpretação de que se tratou nesta pesquisa?

Certo é que a busca por soluções para um dado problema não se confunde com os problemas das soluções encontradas. Aliás, estes dois movimentos situam-se em campos distintos. De acordo com Stein (2004, p. 126):

Qualquer um sabe que o conhecimento científico se constrói por meio de um processo discursivo pelo qual se busca a solução de problemas. O conhecimento filosófico, como ficou descrito anteriormente, busca dar uma resposta aos problemas da solução, que são atinentes ao problema do conhecimento como tal e não se referem ao objeto do conhecimento. Por isso toda boa Filosofia é, em primeiro lugar, uma tentativa de responder ao problema do conhecimento.

Em parte, é nessa diferença que reside a justificativa subjacente ao modo de proceder adotado na presente investigação. Tendo encontrado, ao longo do processo de pesquisa, inúmeros autores preocupados com a busca por soluções para a discricionariedade que marca as decisões judiciais em matéria infracional, o elemento que mobilizou o esforço aqui empreendido, afastando-se daquela perspectiva, não foi propriamente a busca por uma solução empírica para a discricionariedade, tais como uma possível reformulação de aspectos processuais, dogmáticos ou normativos, mas o deter-se em um problema de conhecimento que antecede a questão da decisão-mesma, qual seja, o problema de como se interpreta.

Aquelas duas ordens de preocupações (a busca por soluções e o problema da solução), por vezes, confundem-se no interior da ciência jurídica (STEIN, 2004, p. 136). Ousa-se afirmar que, no caso do direito infracional e da interpretação do ECA, contexto que tem sido alvo das mais diferentes abordagens teóricas, o problema de como se interpreta

---

<sup>72</sup> Utiliza-se o termo entre aspas, tendo em vista que não se trata de uma compreensão metodológica da filosofia, como se ela se prestasse tanto melhor a dar conta dos problemas empíricos para as quais o conhecimento científico não cuidou de encontrar soluções adequadas. Embora melhor elucidado no texto, parte-se da abordagem de Stein (2004), quanto às diferentes formas em que o conhecimento filosófico e o científico se realizam, razão pela qual a aproximação entre esses dois grandes campos não se dá na perspectiva de correção de discursos, como o jurídico.

passou à margem e, de alguma forma, sufocado pelas tentativas de solução daquilo que, embora empiricamente se apresente como um problema (a discricionariedade), na verdade carrega, antes, uma questão fundante: a interpretação jurídica.

Como poderia ter se encaminhado a ciência jurídica e, mais especificamente, o direito infracional, caso essa perspectiva hermenêutica tivesse mediado as tentativas de solução para o problema? O que a ciência jurídica, em relação ao problema da interpretação, deixou de saber de si – radicada nos métodos que lhe são próprios – e que pode ser retomado? Essas questões tomaram o lugar da reflexão, ao longo da pesquisa.

Porque, se de um lado, havia a convicção de que a hermenêutica filosófica não se prestava como um método ou modelo empírico para correção do problema da discricionariedade, de outro – e, mesmo diante de propostas teóricas tão bem apresentadas como caminhos para a solução da mencionada crise – já não se poderia dizer que, aqui, ela não tivesse um lugar privilegiado para uma espécie de retorno ao problema.

Esse tópico apresenta, pois, aquilo que talvez tenha constituído duas das questões mais difíceis de serem enfrentadas, ao longo da pesquisa: que faz(er) (com) a hermenêutica nesse lugar e que relação ela guarda com abordagens outras que, desenvolvendo-se no interior da ciência jurídica, dão conta de apresentar modelos ou propostas de contenção da discricionariedade?

A preliminar conclusão, ao menos para a segunda questão dentre as que acabaram de ser apresentadas, decorre de algo já mencionado acima: a hermenêutica filosófica não está ao lado de um modelo de direito penal, ou de uma defesa pelo garantismo, como uma alternativa epistemológica para o problema. Aliás, não é dessa ordem a mediação operada pela filosofia.

E, em relação ao outro questionamento, seguindo Trindade (2013, p. 263-264), a importância de abraçar um referencial como esse, de alguma forma, também estava adequadamente colocada:

é inadmissível continuar acreditando ser possível fazer direito sem filosofia. O direito é, inevitavelmente, filosofia aplicada; e a filosofia, por sua vez, não é mero ornamento ou orientação, mas sim condição de possibilidade. Ou melhor: poder-se-ia até mesmo dizer que, para o estudo do direito, a filosofia, mais especificamente no que diz respeito aos paradigmas de racionalidade atrelados ao fenômeno jurídico, é tão importante como, para o estudo da física ou da engenharia, é a matemática.

Mas, ainda assim, nenhuma dessas respostas preliminares guardavam relação especificamente com a hermenêutica filosófica, pois que tomar uma filosofia como totalidade do campo filosófico também corresponde a uma impropriedade. O que, especificamente, cuida de colocar a importância desse referencial na pesquisa?

Foi através do conceito de *standard* de racionalidade, apresentado por Stein (2004), que uma possível resposta começou a se prelinear. E o primeiro passo empreendido, para tanto mais compreender o porquê da hermenêutica filosófica, foi perceber que, assim como nem toda resposta cabe a uma determinada pergunta, também nem toda filosofia cabe, em termos de uma possível relação com o conhecimento jurídico.

Ou, dizendo de outra forma, há que se ter presente, nessa relação entre filosofia e direito, um suporte sólido o bastante, para mediar possíveis repercussões na forma como esses dois discursos interagem. Não basta, pois, que um se adira ao outro como um pensamento parasitário ou acessório, para dar ares de complexidade ao que se produz em quaisquer dos dois campos.

Esse suporte sólido referido anteriormente corresponde ao assim chamado *standard* de racionalidade. Stein (2004, p. 152) o conceitua como um “núcleo de determinadas filosofias que se apresentam com pretensões de algum tipo de transcendentalidade que poderá constituir a estrutura mínima do conhecimento e da experiência”.

Essa relação entre Filosofia e Direito, pois, dá-se na perspectiva de encontrar tais elementos de racionalidade, ou dizendo de outra forma, de aspectos que se constituam como uma espécie de estrutura mínima capaz de constituir um campo, um espaço em que seja possível mover-se (n)o Direito.

A funda(menta)ção do direito não é, pois, alheia a um *standard* de racionalidade. Mas, ressalte-se que fundamentar, aqui, não corresponde a um sentido de estabelecer razões e argumentos lógicos, mas muito antes disso, de encontrar um elemento organizador, estruturante e abrangente (STEIN, 2004, p. 159), com que se opera no Direito.

Trindade (2013, p. 263) reforça essa ideia ao aduzir que sempre que se quiser aplicar a filosofia a um determinado campo, incluindo o direito, é necessária a utilização de autores que inauguraram certos paradigmas filosóficos, ou seja, que fundaram *standards* de racionalidade.

É por essa razão que a hermenêutica de matriz gadameriana não corresponde a uma escolha aleatória. Há alguns aspectos, através dos quais se pode identificar uma verdadeira mudança de paradigma operada através da hermenêutica de Gadamer, sobretudo em relação à forma como se compreende o problema da interpretação.

A partir desse *standard* de racionalidade introduzido por intermédio do conceito de mundo, da pré-compreensão, de uma auto-explicação existencial, que os limites e o verdadeiro fundamento do direito devem ser pensados, aduz Stein (2004, p. 168).

Das muitas repercussões decorrentes dessa abertura operada pela hermenêutica filosófica para a compreensão do direito, é possível identificar, como uma espécie de “reforço de sentido”, para usar a expressão de Streck (2009, p. 415), as seguintes:

a) Que o direito não se esgota no nível argumentativo e que a interpretação judicial não é apenas uma questão de fundamentação, restrita à tarefa de mobilizar justificações. O discurso jurídico pode, assim, ser recuperado em um duplo nível (hermenêutico e apofântico).

b) A hermenêutica filosófica permite compreender que a linguagem não é um objeto à disposição do sujeito, mas antes disso, condição de possibilidade de toda compreensão. Nesse sentido, a hermenêutica filosófica municia a crítica em relação às perspectivas que – ao mesmo passo que insulam o direito apenas no nível apofântico – acreditam ser possível, a partir do fechamento semântico, dar conta de conter a discricionariedade judicial. Tal é a perspectiva adotada, por exemplo, pelo garantismo penal e que tem sido cada vez mais invocado, no Brasil, como um caminho possível para a contenção da discricionariedade na jurisdição infracional.

c) A hermenêutica filosófica, ao apontar para a alteridade do texto – este, aliás, compreendido como um evento, e não um objeto-em-si – permite alcançar a ideia de que a relação que com o intérprete se estabelece não é de mera sujeição, como também que interpretar não é acoplar qualquer sentido ao texto. Nessa perspectiva, reforça-se a necessidade de superação do esquema sujeito – objeto, que ainda caracteriza e sustenta boa parte do que se produz, no Direito, em termos de perspectivas teóricas para dar conta da questão da interpretação jurídica.

d) Além disso, evidencia que a discricionariedade ainda encontra lugar, no direito, sobretudo em função de perspectivas teóricas que atribuem ao sujeito a tarefa de “eleger” sentidos, na decisão de casos concretos. A hermenêutica filosófica não negocia com arbitrariedades, exatamente porque, como visto a partir da ideia de preconceitos e da circularidade hermenêutica que a interpretação envolve o afastamento daqueles pré-juízos inautênticos, no encontro com a coisa-mesma. Nem tudo cabe, advertia Gadamer (2012), quando se trata da relação entre texto e intérprete, o que significa dizer que o processo de atribuição de sentido encontra, necessariamente, constrangimentos.

Para além dessas possíveis consequências decorrentes de uma filiação à hermenêutica filosófica como referencial, o presente tópico cuida ainda de debater um último desafio: apresentar, finalmente, que encadeamento se dá (ou não) entre a hermenêutica

filosófica – como um caminho – e as possíveis respostas teórico-dogmáticas apresentadas ao problema da interpretação no direito.

Ele próprio já antecipa: impossível dizer que a hermenêutica filosófica negue a racionalidade situada nesse nível lógico, enunciativo, argumentativo. A ressalva é necessária, pois uma leitura apressada poderia levar à conclusão de que ancorar o debate sobre a interpretação em um referencial como o pensamento de Gadamer, corresponderia à negação do esforço argumentativo, lógico e explicitativo que acontece e encontra seu lugar no fazer dogmático.

Porque, se para Gadamer (2012, p. 29), o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método, talvez haja quem – rasteiramente – conclua: há que se abandonar o labor dogmático, no Direito.

Mas tal conclusão é demasiado precipitada. Streck (2009, p. 404) indica que é possível fazer epistemologia hermeneuticamente e que, no mesmo passo, a hermenêutica não anula o labor dogmático.

O que se espera de uma compreensão verdadeiramente hermenêutica, no direito, é dar-se conta de que o método sempre chega tarde, pois que mesmo antes de enunciar discursos de fundamentação, o intérprete já compreendeu. A relação entre o intérprete e a linguagem não é a de um uso, pois que a linguagem antecede e constitui o próprio sujeito.

Mas, de modo algum, isso corresponde a uma total negação da importância do labor dogmático. No Brasil, por exemplo, Pinho (2013) exemplifica, com precisão, uma das possibilidades de tornar férteis, no direito, os aportes na hermenêutica filosófica.

Debruçando-se sobre o garantismo penal, cuidou de indicar como os esforços de Ferrajoli, embora direcionados à contenção da discricionariedade, não dão conta de satisfazê-lo, exatamente por trabalhar com a linguagem na perspectiva de um objeto, de cindir direito e moral, de apostar na precisão semântica como mecanismo de fechamento de sentido, indicando, sempre, como esses aspectos escapam de uma compreensão hermeneuticamente situada.

Ainda assim, mesmo apontando as mencionadas fragilidades, de modo algum deixou de considerar o garantismo penal como um modelo importante e – porque não dizer – viável – sobretudo em sistemas jurídicos que se pretendem democráticos, dada a inegável contribuição ferrajoliana para a consolidação de um modelo de direito penal nesses termos.

Assumir a hermenêutica, na pesquisa, por certo que corresponde muito mais a uma ressignificação do caminho trilhado no direito, do que propriamente um debate direcionado aos resultados práticos. E dizer isso, às proximidades da conclusão, é necessário

pois que o movimento empreendido ao longo do trabalho, na verdade, consistiu muito mais um retorno ao problema-mesmo, do que um desenvolvimento a partir dele.

Ao fim e ao cabo, retornar às questões mais fundamentais, como a que a pesquisa insiste ser a da interpretação jurídica, permite, tanto mais, identificar os problemas existentes nas soluções até então forjadas para a discricionariedade judicial, assim como na forma de compreendê-la, do que propriamente, ultrapassá-la, no nível metodológico ou argumentativo, sem negar, dessa forma, aquilo que no nível apofântico, pode também contribuir para um melhor encaminhamento da questão “como se aplica” o direito.

## 5 CONCLUSÃO

Um texto sempre pressupõe uma perda. E não poderia ser diferente quanto à experiência de escrita de um trabalho acadêmico. Encontrar-se na lida com as questões da jurisdição infracional e, mais amplamente, com o sentido da afirmação de direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes, no Brasil, sempre mobiliza questões e aspectos das mais variadas ordens, o que torna, muitas vezes, difícil a escolha por um caminho de pesquisa.

Mas, se em alguma medida, esse caminho pôde ser trilhado, razão pela qual chega-se, pois, à conclusão do trabalho, pode-se dizer que os apontamentos que seguem, nesse momento, constituem muito mais parte integrante do caminho do que, propriamente, um resultado.

Tendo empreendido algo como três movimentos, ao longo da pesquisa, quais sejam: a) contextualizar a jurisdição infracional no Brasil, desde aspectos anteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988 e do ECA; b) apresentar acórdãos do STJ em matéria infracional, como indícios de que a discricionariedade – característica tão marcante de modelos de administração de justiça juvenil baseados em uma compreensão objetificadora de adolescentes – permanece, a despeito do que se considera, inclusive amplamente pela doutrina, como uma virada de paradigma operada pelo ECA; bem como, finalmente, c) prestar o esforço de, a partir da hermenêutica filosófica, revisitar isso que se convencionou chamar de crise de interpretação do ECA, desvelando o que comumente deixou de entrar, como chave de compreensão, nas tentativas de superação da discricionariedade, mostrando o que, afinal, está em jogo na questão de interpretação/aplicação do direito; pode-se enumerar as seguintes conclusões:

1. A tão recorrente ideia de que há uma crise de interpretação do ECA, caracterizada por uma leitura subjetivista e discricionária de suas disposições não é uma afirmação exagerada ou imprópria. Embora se possa argumentar que o sistema de justiça juvenil não está em crise, pois que sua “fisiologia”, tem na discricionariedade um dos seus mais importantes mecanismos para operar seletividade, a crise de interpretação é uma possível chave de compreensão e, mais do que isso, necessária, para indicar o quanto há de contrassenso na ideia de que presenciou-se a uma virada de paradigma no direito infracional.

O hiato entre o senso comum que atribui ao Estatuto o papel de um verdadeiro elemento de ruptura com o modelo menorista de responsabilização de adolescentes e o cotidiano de práticas judiciais ainda fortemente associadas a um discurso que determina privação de liberdade, com fundamento no binômio compaixão-repressão indicam que a crise

de interpretação pode ser tomada como um importante mote de debate e reflexão acerca do que representa a jurisdição infracional e o quanto (des)atende às finalidades constitucionalmente estabelecidas em relação a um modelo que deve(ria) ser menos gravoso do que o direito penal o é para os adultos.

2. Os problemas relacionados à interpretação judicial decorrem, em parte, de uma inadequada compreensão do que seja interpretar/aplicar o direito. Historicamente forjado em uma tradição positivista, o problema da atribuição de sentido foi, durante muito tempo, entregue a um segundo plano, como uma preocupação que não correspondia à finalidade da própria ciência do direito. Entretanto, desde o advento de estruturas constitucionais complexas, que passaram a demandar cada vez mais respostas do Poder Judiciário no sentido de concretização de direitos e garantias fundamentais, houve um sensível deslocamento da preocupação da ciência jurídica para as questões “como se interpreta”, como se “aplica” o direito.

Isso passou a demandar uma série de perspectivas teóricas como possíveis esquemas ou modelos destinados a resolver as questões de interpretação. Nesse trabalho, a hermenêutica filosófica foi o elemento de sustentação para indicar que dar conta dessa complexidade referente à interpretação – dentre elas a que se processa na decisão judicial – não é uma questão para a qual o estabelecimento de um método ou uma determinada arquitetura conceitual dê conta de constranger o processo de atribuição de sentido, ou de evitar a discricionariedade.

Mesmo no interior do positivismo é possível encontrar tentativas de contenção da discricionariedade, pois que não se pode incorrer no erro de tomar por “positivista”, uma única forma de compreender o direito. Por todos, basta mencionar Ferrajoli (2002) que, a despeito de sua filiação ao positivismo, produziu um verdadeiro arsenal teórico para dar conta, no direito penal, de constranger ao máximo os espaços de discricionariedade do juiz.

Além disso, o que se encontra na base, ou no “DNA” do positivismo, para usar a expressão de Streck (2013, p. 33) é a filiação ao esquema sujeito-objeto, que insula a interpretação em uma via de mão única – e porque não dizer desconectada do mundo – entre um sujeito cognoscente – cuja razão dá conta de encontrar o sentido – e um objeto passivo e inerte, à espera da razão assujeitadora do intérprete.

3. Foi possível, ainda, compreender qual a necessidade de uma teoria da decisão judicial que dê conta de explicitar adequadamente o problema da interpretação, no direito. Não há como, sob pena de se continuar insistindo na conclusão fatalista de que a discricionariedade do juiz é inevitável, pois que sua interpretação decorre de um ato de

vontade – concretizar um modelo democrático de responsabilização de adolescentes se ao juiz existir a possibilidade de atribuir qualquer sentido às provas, ao caso concreto e ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, como foi possível apontar através de algumas decisões, o “livre convencimento” do magistrado é um sério entrave à efetivação desse modelo. Isso porque, desvinculando o juiz de qualquer necessidade de vinculação ou constrangimento, em termos de fundamentação, perde-se (e muito) um dos poucos e mais caros elementos de controle que o positivismo deu conta de produzir para a teoria da decisão, qual seja: a motivação.

Se a legitimidade da decisão encontra-se fortemente vinculada aquilo que é sustentado enquanto motivação da decisão, não há como sustentar que o poder exercido pelo magistrado, no caso concreto, possa decorrer de sua livre apreciação. Nesse sentido, tanto mais se justifica a hermenêutica filosófica como necessária para o debate sobre a interpretação judicial, no sentido de mostrar que a atividade do intérprete não é o lugar do acoplamento de quaisquer interpretações relativistas.

Se há algo que pode ser considerado uma importante chave de compreensão para o processo de interpretação é a alteridade da coisa-mesma com que se depara o intérprete. A atividade interpretativa corresponde ao diálogo e não ao assujeitamento promovido pelo intérprete. Inaceitável, pois, a permanência de decisões judiciais que ignoram o processo, o caso concreto, o ordenamento jurídico e simplesmente determinam privações de liberdade, a partir de um livre e incontrolável convencimento.

4. Embora não se possa negar que no direito infracional, as fragilidades e ambiguidades dogmáticas ainda estejam fortemente presentes, sobretudo pela ausência de categorias claras e definições mais precisas em termos de limites e hipóteses de cabimento de medidas socioeducativas, cenário pouco alterado mesmo após o advento da lei 12.594/2012, destinada a regulamentar a execução das referidas medidas, não se pode concluir pela estrita necessidade de ajuste dogmático, para fins de solução do problema da discricionariedade na determinação das referidas medidas.

Isso porque, como visto ao longo da pesquisa, compreender o direito apenas como uma racionalidade instrumental, insulado nesse momento lógico, argumentativo e explicitativo acaba sonhando um importante e indeclinável momento, presente em todo processo de interpretação, qual seja: o momento hermenêutico. Assim, não que o direito prescindia de boa e necessária técnica, mas insiste-se que para a adequada compreensão do que significa a referida crise de interpretação do ECA, fundamental compreender as questões da aplicação do direito, para além dos procedimentos, métodos e teorias estabelecidos no interior

da razão dogmática, através dos aportes hermenêuticos, que resgatam o mundo prático, a história e a facticidade e atravessam o direito, devolvendo o que, historicamente, sempre sobrou de realidade diante das tentativas dogmáticas de aprisionamento do problema da interpretação no interior de uma razão teórica cindida.

5. O argumento de que há uma cultura menorista, por sua vez, também não pode ser simplesmente descartado, como se não existisse uma demanda punitiva específica a atualizar a compreensão de crianças e adolescentes como objetos de controle e repressão. Entretanto, como visto, se os juízes, em alguma medida, compartilham de uma referida cultura, não significa dizer, no mesmo passo, que a determinação da medida possa ser resultado dessas visões de mundo e pressupostos estabelecidos historicamente em relação à infância e à juventude.

Isso porque, mesmo que se compreenda que o juiz é um ser-no-mundo e que, portanto, tem na história o lugar da sua própria experiência, de modo algum significa dizer que a interpretação por ele realizada não encontre constrangimentos de alguma ordem. Como visto, a tradição, o que embora não se confunda com a ideia de cultura, é o horizonte no qual se estabelece e acontece toda compreensão, não constitui um aprisionamento ao intérprete. Assim, ainda que assista razão à ideia de que a história da infância e da juventude seja a história de seu controle, foi possível compreender que a Constituição de 1988 é uma importante barreira a esse passado menorista e aos pré-conceitos autoritários.

6. A hermenêutica filosófica não é assumida como um método ou como uma proposta de correção para o que se estabelece(u) dogmaticamente. Mas ela permite criar condições para a construção de uma teoria da decisão judicial para além do insulamento dogmático, que acredita e aposta no método como caminho de correção para a interpretação, como também permite identificar que operar com a linguagem na perspectiva de um objeto, acreditando ainda ser possível dar conta de fechar sentido através da precisão semântica, a exemplo do garantismo, não é suficiente para dar conta do problema da discricionariedade.

Nesse sentido, embora se reconheça a importância e mesmo a viabilidade de um modelo de garantismo infracional, nisso não se investiu na presente pesquisa, pois que seria necessário atravessar as muitas críticas colocadas diante do garantismo em relação à forma como ele faz frente à discricionariedade, sendo, talvez, mais apropriado compreender as condições hermenêuticas da interpretação e, a partir delas, construir possibilidades teóricas hermenêuticamente situadas, para o enfrentamento do problema da discricionariedade.

7. A jurisprudência do STJ, embora se reconheça que contribui(u) para o fortalecimento da efetividade de direitos e garantias fundamentais de adolescentes a que se

atribui a prática de ato infracional, continua apresentando possibilidades discricionárias de determinação da medida socioeducativa de internação. Embora não tenha sido objeto de investigação nesse trabalho, insiste-se que o exercício discricionário de atribuição de responsabilidade guarde relação com a excessiva aplicação da internação, em detrimento das demais medidas, subvertendo a própria dicção do Estatuto, para quem a referida medida deve ser excepcionalmente aplicada, apenas nas hipóteses expressamente previstas no artigo 122 e, cumulativamente, quando outras medidas não puderem ser aplicadas.

8. O regramento previsto no artigo 122 do ECA, que dispõe sobre as hipóteses de aplicação da medida de internação, embora tenha representado – em relação aos modelos anteriores de atribuição de responsabilidade aos adolescentes – uma importante conquista, em termos de racionalização da intervenção estatal sobre a adolescência, não foi capaz, de per si, de impedir as possibilidades discricionárias de privação de liberdade.

Isso porque o problema da atribuição de sentido não se encontra insulado nos limites semânticos do regramento legal. Para a perspectiva teórica que acredita estarem os sentidos previamente dados nas palavras, o problema da discricionariedade aponta para a insuficiência de um modelo de compreensão que não dá conta da complexidade do fenômeno interpretativo.

Não por acaso, autores como Streck (2009) defendem que o direito assume, a essa altura da história, um caráter inegavelmente hermenêutico. Não se trata de desconsiderar a importância e a necessidade de um debate sério sobre as questões dogmáticas relativas ao direito infracional – sobretudo porque, historicamente, a relação entre juventude e direito sempre padeceu de um alto nível de informalidade e ausência de rigor técnico, mas de retornar ao problema da interpretação a partir de uma perspectiva que devolva à compreensão do direito, a facticidade e o mundo prático, desatrelados do direito em função de uma pretensão de objetividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELOFF, Mary. Modelo de la Protección Integral de los derechos Del niño y de la situación irregular: um modelo para armar y outro para desarmar. In: **Justicia y derechos del niño**. Santiago de Chile: UNICEF, 1999, p. 9/21.

BERGALLI, Roberto. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. In: PINHO, Ana Cláudia Basto de; DELUCHEY, Jean-François; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords.). **Tensões Contemporâneas da repressão criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

COSTA, Ana Paula Mota da. **As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Lourdes Nascimento Franco. São Paulo: Ícone, 2006 (Coleção Fundamentos do Direito).

FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: MENDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary. **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os direitos da criança 1990-1998**. Blumenau: Edifurb, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011 (Coleção Obras de Michel Foucault).

FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, vol. 33, 2000.

\_\_\_\_\_. Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas: breves comentários à proposta de lei de diretrizes socioeducativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, vol 26, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Enio Paulo Giachini. 12. ed. Petropolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução: Marco Antonio Casanova. Petropolis: Vozes, 2010.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. 2º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v.3.

GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Tradução: Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica**. Tradução: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: (hermenêutica da faticidade). Tradução: Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado – 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KONZEN, Affonso Armando. **Pertinência socioeducativa**: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, Cezar Bueno de. **Jovens em conflito com a lei: liberdade assistida e vidas interrompidas**. Londrina: Eduel, 2009.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MELO; Eduardo Rezende. **Crianças e adolescentes em situação de rua**: direitos humanos e justiça – uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. In: \_\_\_\_\_; BELOFF, Mary (orgs.) **Infância, lei e democracia na América Latina**: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os direitos da criança 1990-1998. Blumenau: Edifurb, 2001, v. 1, p. 21-46.

\_\_\_\_\_. **Infancia y privaciones arbitrarias de libertad**: la “solucion” como problema. 2003. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/bulacio/emilio.pdf>> Acesso em: 16 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que uma historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.) **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 7-23.

\_\_\_\_\_; História da criança como história de seu controle. In: \_\_\_\_\_. COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros Editora, 1994, p. 11-31.

MENESES, Elcio Resmini. **Medidas socioeducativas**: uma reflexão jurídico-pedagógica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NETO, Orlando Faccini. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NETO, Wanderlino Nogueira. Direitos Humanos. In: **Justiça Juvenil sob o marco da proteção integral**: caderno de textos. São Paulo: ABMP, 2008, p. 6-35.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (orgs.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41-57.

OLIVEIRA E SILVA, Maria Liduina. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores: discontinuidades e continuidades. In: **Revista Quadrimestral de Serviço Social**. Ano XXVI – n. 83. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Ângela. **Criança e adolescente no Brasil**: porque o abismo entre a lei e a realidade. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta de controle hermenêutico da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; BRITO, Michelle Barbosa de. É possível controlar o livre convencimento motivado? Quando a falta de uma teoria da decisão transforma a discricionariedade em “princípio”. In: PINHO, Ana Cláudia Basto de; DELUCHEY, Jean-François; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords.). **Tensões Contemporâneas da repressão criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 53-72.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do homo sacer (Agambem). In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 277-302.

\_\_\_\_\_; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Ano 2, vol. 2, número 2, 2001.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil:** adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Em torno à diferença:** as aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SPOSATO, Karina Baptista. **Direito penal de adolescentes** - elementos para uma teoria garantista. Brasília: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7 (1), p. 277-298, jan-jul 2011.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade.** Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. **Exercícios de fenomenologia:** limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

\_\_\_\_\_. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (orgs.). **Hermenêutica e epistemologia:** 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 09-24.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Compreender direito:** desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v.1.

TIBURI, Marcia. **Filosofia Prática:** ética, vida cotidiana, vida virtual. Rio de Janeiro: Editora Record, 2014.

TRINDADE, André Karam. A filosofia no direito e as condições de possibilidade para se compreender os fenômenos jurídicos. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto-SP. a XVIII, n. 22, p.258-268, jan-dez-2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, 2010.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.